Digitized by Google

BIBLIOTECA NAZ.
Vittorio Emanuele III
XX
F
30
NAPOLI

Digitized by Google

Digitized by Google

# ANTONII FABRI I.C.

## SEBVSIANI, SER^mi SABAVDIAE DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPREMO SABAVDIÆ Senatu Præſidis Primarij

# RATIONALIA IN TERTIAM PARTEM PANDECTARVM,

In tres Tomos diuiſam:

*Cum* INDICIBVS *Rerum & Verborum locupletiſſimis.*




AVRELIANÆ,

Sumptibus Hæredum Petri de la Rouiere.

M. DC. XXVI.

*Cum Priuilegio Chriſtianiſſimi Regis Galliarum.*

Petri Franciſci Paſſerini Conſiliarij à Latere Serenis Ducis P. & P.

Digitized by Google

# CAROLO EMANVELI

## SERENISSIMO ET INVICTISSIMO

### SABAVDIÆ DVCI, ET PEDEMONTII PRINCIPI DOMINO SVO CLEMENTISSIMO

## ANTONIVS FABER S. ET F. P.

OFFERO tibi, Princeps Inuictiſſime, Rationalium meorum in totius iuris Pandectas partem tertiam. Cur tibi potius quàm alij, non quæret, vt arbitror, quiſquis ex vitæ meæ condicione ſcriptorúmque meorum lectione didicerit me meáq; omnia Celſitudini tuæ iampridem dicata eſſe & conſecrata. Idque tam multis de cauſis & rationibus, vt plagiarius haberi meritò debeam, ſi quæcunque mea videri velim, alterius dici patiar quàm tua. Sed cur tertiam, non primam aut ſecundam partem? Hoc verò non tantùm quæret, ſed etiam mirabitur fortaſſis, nec abs re, quiſquis mecum intelliget, quod vniuerſa videt Europa; Inter tot Principes, quibus iam gloriæ eſt, non minus Iuriſprudentiam, quàm Iuſtitiam colere, Vnum te eſſe, qui, vt literatos omnes, ita ex literatis omnibus, eos potiſſimùm qui Papinianeæ ſcientiæ ſectatores ſe profitentur, maiori ac præcipuo quodam ſtudio proſequaris; Fabrum autem tuum vnicè, quem ſingulari propemodum animi propenſione, à primis honorum cunabulis, ad pręcelſum hoc tantæ dignitatis faſtigium, per omnes honorum gradus, vltrò euectum voluiſti; & in ſumma, iis ornamentis decoratum quibus vel Papiniani noſtri dignitas (ſi te Imperatorem hodie haberet, feliciore planè fato, quàm olim Caracallam) expleri vtique poſſet. Quid enim maius & magnificentius à te proficiſci in me potuit, quàm vt hæc omnia, vtinam virtutis & ſcientiæ potius quàm fortunæ ornamenta, mihi concederes, quæ & ſcriptis meis gratiam famámque non vulgarem poſſent addere, & ex fama dignitatem, ex dignitate denique etiam authoritatem? Quanquam enim maius & difficilius quiddam eſt, quàm credi à pleriſque poſſit; poſt tam eximios ſcriptores, quibus priora ſecula claruerunt, & noſtra, iure ſuo gloriantur, velle ac audere in Pande-



Digitized by Google

ctas, Rationalia ſcribere. Creſcit tamē operis dignitas, fitque opus multò gratius & illuſtrius, cùm ab eo proficiſcitur, cuius ingenium & induſtriam tantus Princeps agnouerit, quem gradatim ad ſumma quæque dignitatum faſtigia, quaſi manu perduxerit, deniq; quem hoc ipſo, tot honoribus dignum vel iudicauerit, vel ( quod nō minoris eſſet gloriæ) effecerit. Neque tamē cùm primam huius operis partem Cæſareæ Maieſtati dicauimus, ſecundam autē Sereniſſimo Principi Cardinali noſtro, in eo verò quicquam à propoſiti mei ratione alienum videri factū debet: vtrumq; enim ita peractum eſt, te non modò ſciente, ſed etiam imperante; cùm diceres, vel ſolam operis inſcriptionem dignam tibi videri, quæ facere deberet, vt Ceſari totum opus probaretur, eiuſq;, ſi non penitus abſoluendi, ſaltem inchoandi tentandique cura, ( ſi nemo eam vltrò ſuſciperet) ei, cui nec ingenium, nec diligentia ad tantam rem preſtandam deeſſet, propoſitis etiam tanto labori præmiis, liberalitatem Cæſaream arguentibus, iniungeretur. Cuius enim magis, quam Cæſaris intererat, vt ius Romanū, tot Legibus, Senatuſcōſultis, Plebiſcitis, & Principum Cōſtitutionibus conſtitutum, totque vigiliis & lucubrationibus auctum, ad eam vſque excreſceret & dignitatis & pulchritudinis magnitudinem, vt nihil ei adiici poſſe videretur? Nec ſanè tantus Imperator, quantus Rudolphus fuit erga literas & literatos omnes (vt audio) propenſiſſimus, aliter facturus fuiſſe credendus eſt; niſi peſſimo meo fato accidiſſet, vt ſub idem tempus, quo Celſitudinis Tuæ Orator Illuſtriſſ. ad Aulam Cæſaream miſſus eſt, & primam illam Rationalium partem exhibere iuſſus, magnus Imperij Cācellarius, ad quem ſcripſeram, vt dedicationis huius meæ interceſſorem ſe præberet, ab Aula recedere coactus, explendi officij facultatem, prius quàm voluntatem amiſiſſet: ita effectū eſt, vt ne illud quidem ſcire vnquam potuerim, an vel ipſum Rationalium, ne dicam Antonij Fabri nomen, ad tanti Imperatoris aures peruenerit: adeo infœliciter ſucceſſit mihi tam præclarus conatus, & quod magis doleo, toti etiam Iuriſprudentię, cui Imperatoris approbatio ac beneuolētia, nō minus ornamenti allatura erat, quàm mihi, honoris & gratiæ, ſi res fœlicius ceſſiſſet. Quòd autem ſecundam Rationalium partem Sereniſſimo Principi Cardinali tuo dicatā volui, non ſolùm te imperante factum eſt, ſed etiam propria quadam ratione, cùm eo tempore çonſtitutum iam apud te eſſet ad Chriſtianiſſimū Galliarum Regem, eum mittere, tractādi eius Matrimonij gratia, quod inter Sereniſſ. Pedemontanorum Principem, & Sereniſſ. Chriſtianam à Francia, Regis ſororem amantiſſimam, poſtea fœliciſſimè contractum eſt, & cuius me, non modò teſtem, ſed etiam miniſtrum iam tum elegeras; vt in eam potiſſimum rem, Cardinalis Ampliſſimus, (quamuis virtutibus & ſubſidiis propriis ſuffultus, nulliuſq; externæ operæ indigus)

& Reue-

& Reuerendiſſ. Franciſci de Salles, Epiſcopi Gebennenſis induſtriâ & gratiâ (quæ iam tum apud Gallos erat maxima) & operâ meâ, ſi qua opus eſſet, vteretur. Erat enim conueniens, vt tantum Cardinalem munere aliquo deuincirem, cui parendum habebam & ſeruiendum, ſed eo præcipuè munere, quod ipſi perſuadere poſſet, nihil à Celſitudine tua in eligendo me factum eſſe, quod non ad ipſius dignitatem reíque gerendæ vtilitatem pertinere maximè videretur: Nec poſſum diſſimulare, (quamuis tacere fortaſſis eſſet modeſtiùs) quanta me voluptatis & gloriæ titillatio exceperit, cùm celeberrima illa pompa, quę Cardinalem Ampliſſimum, in Ampliſſimam Pariſiorum ciuitatẽ vidit introeuntẽ, cùm ter Maximus ille Epiſcopus, & ego, in eadem rheda eſſemus; mihíque cõtigiſſe idem ferè, quod olim Plinio iuniori, qui in ſpectaculis adſidens Cornelio Tacito, nunquam maiori laude perſuſum ſe aut delectatum gloriatur, quàm quòd omnium digitis oſtenderetur, tanquam qui, vel ob id vnum, vir maximus eſſe deberet, quòd tanto viro tantopere familiaris eſſet; & dignus iudicatus, qui in eius amicitiam adſciſceretur: Quotus enim quiſque erat in tãta ſpectantium copia (de iis intelligo qui de Theologia aut Iuriſprudentia aliquid audiuiſſent) qui tranſeuntibus nobis non exclamaret, digitíſque notaret, Ecce Gebennenſem Epiſcopum, Theologiæ totius & Theologorum noſtri temporis omnium Coriphæum: mox, Ecce quoq; Fabrum Præſidem, tot librorum patrem, tanti etiam Epiſcopi affectione & incomparabilis amicitiæ magnitudine, fratrem: puderet referre niſi & plerique grauiſſimi teſtes interueniſſent, (inter quos Reuerendiſſimum Epiſcopum Bellicenſem D. Petrum Camuſium poſſim nominare, qui inſtar omnium futurus ſit) & tuæ potiſſimum gloriæ ea laus pararetur, cùm ex eo omnes coniicerent, non deeſſe tibi in Sabaudia magnos viros & ad maxima quæque obeunda præſtantiſſimos; rémque iudicio tuo digniſſimam à te factam, omnes prædicarent, quòd in Cardinalis conſilium eos dediſſes miniſtros, qui publicâ hominum famâ, optimi ſanè ac præſtantiſſimi in eam rem eſſe crederentur: etſi verò non eram adeò mei neſcius, vt quàm longè à laudibus iſtis diſtarem, non intelligerem, iuuabat tamen, quid alij de me ſentirent, intelligere, vt qualem eſſe me dicerent alij, talem me præſtarem, ſi poſſem; in ea re præſertim, in qua quicquid erat meæ, ſiue laudis, ſiue exiſtimationis, videbam cum tua dignitate coniunctum: auxit opinionem meam, & ex opinione voluptatem, quòd ſequenti die, cùm ſalutãdi Regis gratia, in Regiã cõſcendiſſemus, Rex ipſe, ab ampliſſimo D. de Silery Cãcellario, qui tum aderat, admonitus, vt me ad genua prouolutũ attẽtius intueretur, ad Cancellariũ cõuerſus, mox fixis in me vnum oculis; Hic ne Faber eſt, de quo tam multa? nam quæ Cancellarius de me dixerat, etſi verè comperta habeo, nolim tamen referri, ne aut minus vera videar dicere, aut agnoſcere veriora, quàm modeſtia patiatur. Silerios,

Vaitos,Ianinos,& alios tam multos taceo,qui inter Regios Cōſiliarios præcipui, Aulam illam Regiam,tum maximè illuſtrabant,quibus nihil erat gratius,quàm vt me, & laudibus & officiis quibus poſsēt omnibus, etiam apud Regem proſequerentur;nec ornandi & amandi mei finem vllum facere ſibi poſſe viderentur;nec fere dubitarent quin rationi adprimè conſentanea eſſent omnia,quæ pro incundo Matrimonio à me primùm propoſita, interdum etiam diſputata & obtenta eſſent:Ita ſucceſſu feliciſſimo ſummáque non tantùm Regis Chriſtianiſſimi, ſed etiam totius Regni gratulatione,ſuperatis difficultatibus omnibus, quas & temporum importunitas, & emergentium caſuum iniquitas,præter multorum opinionem,& ipſius quoque Regis expectationem inuexerat, Matrimonium contractum eſt; quo neq; felicius neque magnificentius vllum aliud vix vnquam fieri potuit. Patere,obſecro, Princeps Inuictiſſime,vt quam ex eo Mattimonio ſuſcepiſti ſuauitatem, noua iſta recenſione renouem, méq; in aliquam laudis partem adſciſcam,quem tantę negotiationis, ſub tanto Cardinale,cum tanto Epiſcopo, poſt defunctum Comitem Veruenſem(Deus bone qualem quantúmque virum) miniſtrum,& laboris ſocium eſſe voluiſti. Longior & importunior futurus ſim, ſi omnia recenſere velim,quæ mihi ad laudem & gloriam à Magnis illis Viris acceſſerūt: Nihil auſim dicere de ſumma illa Curiarum omnium(vt ita dixerim) Curia Pariſienſi,quę & binos liberos meos in Aduocatorum ſuorum ordinem,perhonorifico & inſolito decreto adoptari paſſa eſt,& libros meos ei oblatos, præſertim Fabrianum Codicem,pro grati animi ſignificatione miro applauſu excepit,& Sacrario ſuo conſecrauit. Sed nō poſſum prętermittere,aut facere,quin glorier tot beneficiorum nomine, quæ ab integerrimo & meritiſſimo tantæ Curiæ Præſide D.Nicolao de Verdun,ad me peruenerunt: Is enim fuit qui lectis perlectiſque libris meis,fortaſſis omnibus,præſertim verò Chiliadibus, & Rationalibus, tantā de me ſcriptiſq; meis opinionem non modò concepit,ſed etiam aliis omnibus, quibuſcum ipſi de me ſermo,inſinuauit & infixit,vt ſi plus ipſius iudicio tribuerem,quàm meo(quod tamen facere me par eſſet)credere deberem, maius aliquid me in Iuriſprudentia noſtra aſſecutum eſſe, quàm credant etiam ij, qui tam amicè, aut potiùs gratioſè de nobis ſentiunt, vt nobis comparent paucos,anteponant fortaſſis neminem. Quàm iucūdum mihi erat ſuauiſſimis tanti Viri colloquiis,& quando, & quandiu vellem perfrui; & Virum eloquentiſſimum(ſi quis alius in tota Gallia)non modo videre, ſed etiam audire diſſerentem, mira eruditione, de grauiſſimis Iuris quæſtionibus, & de iis maximè, quas in libris meis tractatas meminerat ( vt eſt ille inter cætera, prodigioſæ memoriæ ), & adfirmantem, ſæpiſſimè ſibi contigiſſe, & in Tholoſano Senatu ( cui

per

Digitized by Google

per multos annos ſumma cum laude præfuit ) & in Pariſienſi ; vt multas ex meis opinionibus , non ſolùm aduerſus communes Interpretum ſententias tueretur, ſed etiam à Senatu euinceret, vt pleraque quæ olim aliter iudicata fuerant , hodie ſecundum opinionem meam iudicarentur: fuit autem, & debuit eſſe mihi hoc tantò iucundius,quantò mirabilius erat, videre tantum Præſidem nunc in Curia ipſa publicè declamantem, tanta cum & copia & facundia Græca, Romana,& Gallica, vt nihil vnquam Gallia viderit vel audiuerit,ornatius,eruditius, elegantius, nec Roma ipſa, cùm Ciceronem publicè dicentem audiebat, nec Athenæ ipſa cùm Demoſthenem aut Periclem. Non te morarer in iſtis recenſendis, Princeps Inuictiſſime, niſi crederem tua intereſſe; de tanto Viro iſta intelligere; vt ſi quid eſt in meis Rationalibus quod aut tibi placere, aut publicè prodeſſe queat, nõ minus tuis laudibus, quàm meis laboribus & vigiliis acceptum feratur, ſciantque omnes, ſi qua mihi laus ex tot ſcriptis accedere poterit, ſic eam accipiendam, vt ad te tota redundare videatur. Ea res fecit, vt toto eo tempore quod nuptias ſecutum eſt; ſi quid à tuis negotiis reliquum ocij fuit, totum id, & Lutetiæ & Turoni, huic tertiæ Rationaliũ parti iam hic inchoatæ; proſequendę & abſoluendæ libenter impenderim : cùm ex tot Clariſſimis Iureconſultis cum quibus de ſcriptis meis quotidie cõferebam, nemo eſſet qui in hanc vnam curam incumbere me debere non diceret, ſuaderet, imperaret, ne tã immenſi operis magnitudine territus, animum deſpondiſſe, aut de priſtina mea in ornandam Iuriſprudentiam diligentia & ſollicitudine remiſiſſe viderer. Nec ſane in tam longum tempus tertiæ huius partis compoſitio dilata fuiſſet, niſi me Lutetiã redeuntem, aduerſa valetudo excepiſſet; quæ (licet per biennium fere integrum continuata) extorquere tamen à me non potuit, non magis quàm aut amicorum preces, aut medicorum Imperia, vt ab huius tertiæ partis abſoluendæ propoſito deſiſterem: Adeò me vrgebat, non tam gloriolæ neſcio cuius expectatio, quàm auiditas boni publici, quod ex hac potiſſimum Pandectarum parte ſperari poſſe videbatur : Continet enim tractatum omnium ſubtiliſſimum meo iudicio, & difficillimum, de Conditionibus omnibus; itémque de Contractibus æquè omnibus; ſi pignora & dotes excipias; de quibus quarta pars tractabit: ſed præter valetudinem, alia multa impedimento fuerunt, ne tam longum vaſtúmq; opus tam citò abſoluere potuerim, aut abſolutũ relegere: nam, vt nihil de iis dicam, qui laudis noſtrę, ſiue inuidi, ſiue auidi, cõtra nos ex profeſſo ſcripſerunt, non tã vt opiniones quaſdam noſtras conuellerent, quàm vt noſtræ in ſcribendo diligentiæ remorã iniicerent, inter quos male feriatus ille, qui contra nos auſus eſt ſcribere Benedictorum libros quatuor, in quibus nihil niſi maledicta reperias: Illud etiam importunè accidit, quod ſub idem fere tempus, allatum mihi eſt reſponſum Mantuanorum ad meam de

Montisferrati Ducatu Conſultationem eo tempore editum, quo nihil tale amplius ſperabatur; & ita tamen editum, vt neque fere an editum eſſet ſciri poſſet, & in conquirendis exemplaribus, plurium menſium adeóque anni fere minus integri ſpatium in eo fuerit conſumendum: Etſi verò nihil in tota illa reſponſione apparuit, quod noua replicatione indigere videretur, faciendum tamẽ fuit pro tantę Cauſæ magnitudine ac dignitate, vt intelligerent nihil ſe dixiſſe, quod Conſultationis meæ dignitatem poſſet labefactare vel lædere. Itaque fuit ea prima cura ſuſcipienda, vt Europa vniuerſa videret, tantis Celſitudinem Tuam vti rationibus ac iuribus, vt de Cauſæ tuæ iuſticia & æquitate dubitari nullo modo poſſet: ſed omniũ infeliciſſimè illud cecidit, quòd eodem tempore quo & abſoluenda hæc pars erat, & noſtra ad Mantuanorum reſponſionem Replicatio concludenda, noua mihi ſatiſque periculoſa valetudo ſubiit, quæ omnem mihi, non modò ſcribendi, ſed etiam legendi aut relegendi licentiam eripuit; & (quod mihi fuit omnium grauiſſimum) chariſſimæ vxoris meæ iacturam feci, quæ & valetudinis antè meæ tantam gerebat ſollicitudinem, vt quicquid mihi ab annis duodeuinginti, (quibus matrimonium noſtrum feliciter conſtitit) vitę aut ſanitatis reliquum fuit, id vnum ipſi poſt Deum accepto referre debeam, valdéque timere, ne in poſterum, vt viuendi, ita ſcribendi, ſtudendique opportunitate deſtituar, quam amantiſſimæ coniugis perpetua ſollicitudo ſuggerebat: nec ideò tamen animum deſpondere potui, nõ ſolùm vt tertiam hanc partem tandem abſolutam in publicum darem, ſed etiam vt de quarta quoque inchoanda cogitarem, ad eamque parandam me accingerem; vt quidquid vitæ & ocij dabit mihi Opt. Max. totum id, ſi non peragendo (quod vix vnquam ſperaui) ſaltem proſequẽdo operi impenderetur: ſed multò alacrius ſi te Princeps Inuictiſſime, huius mei conſilij & inſtituti, non tantùm authorem haberem, ſed etiam adiutorem: & ſanè digna res eſt quam Celſitudo Tua omni ſtudio amplexetur, vt ſi fieri poterit, glorietur poſteritas, non modò tuis auſpiciis & imperiis, tuaque ætate tantum opus confectum fuiſſe, quanto vix maius vllum aut ſperare, aut optare poſſit vnquam poſteritas ſed etiam Præſidis tui Fabri diligentiâ effectum hoc tandem fuiſſe, vt ab eo ſit tãtopere exornata Iuriſprudentia, quem Tua Liberalitas priùs, omni & Honorũ & Dignitatum genere cumulauerat, quique non alio potiori iure conſtantem tuam in me beneuolentiam prouocare poſſim, vt finem amandi mei nõ facias, quamdiu ego & amabo Iuriſprudentiam, & tibi vt eam amare debeas, præſtabo. Pro tãtis ergo in me & Remp. beneficiis, Deus O.M. Celſ. Tuam & Heroicam tuam proſapiam æternùm ſoſpitet. Camberij Calendis Ian. 1624.

Celſitudini Tuæ addictiſſimus

*ANT. FABER.*

# ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI, SERENISS. SABAVDIÆ DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV

Præſidis Primarij

# RATIONALIA

## IN TERTIAM PARTEM PANDECTARVM

### Ad libr. XII. Tit. I.

### *De reb. credit. ſi cert. petat.*

VLPIANVS libro vicenſimo ſexto ad Edictum.

ERE eſt, priùs quàm ad verborum interpretationem perueniamus, pauca de ſignificatione ipſius tituli referre. Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia iura ſub hoc titulo prætor inſeruit, ideo rerum creditarum titulum præmiſit. omnes enim contractus, quos alienam fidem ſecuti inſtituimus, complectitur: nam vt libro primò quæſtionum Celſus ait, credendi generalis appellatio eſt. ideo ſub hoc titulo prætor, & de commodato & de pignore edixit. nam cuicunque rei aſſentiamur, alienam fidem ſecuti, mox recepturi quid ex hoc contractu, credere dicimur.

¶ Rei quoque verbum vt generale prætor elegit.

*Ad l. 1. E re eſt.*

PRÆFATVR Vlpianus è re eſſe, id eſt, ad huius edicti quod Prætor propoſuit *De rebus creditis*, interpretationem maximè pertinere, vt antequam ad verba edicti ſpecialiora illa *ſi certum petatur* explicanda accedamus, pauca de ſignificatione ipſius tituli qui eſt *De rebus creditis* præmittantur. Fuit enim hic titulus edicti Prætoris. Primum verò caput *Si certum petatur*, id eſt, de certi condictione illa generali de qua dicemus *in l. certi condictio 9. infr. hoc titul.* quæ ex omni contractu & negotio ciuili ſiue certo ſiue incerto naſcitur, dummodò per eam certum petatur, id eſt, effectu ipſo pecunia numerata *l. 1. infr. De condict. tritic.* Rectè verò Florentina lectio, *E re eſt*. non vt vulgata *benè* aut *ferè eſt*: aut quomodo apud Accurſium *herè* pro *herile*: vt nugatur ipſe, quaſi ad dominum & doctorem ſpectet de verborum ſignificatione dicere. Eſt igitur hic titulus edicti generalis *De rebus creditis*: quoniam vt idem Vlpianus noſter ſubiicit, multa & ad varios contractus pertinentia iura ſub hoc titulo prætor inſeruit, de quibus dicemus in libris & titulis ſequentibus ad quartam vſque partem Pandectarum, quæ potiſſimùm eſt de pignoribus, & de dotibus. Quamquam de pignoribus quoque tractabimus *in Tit. de pignor. act.* Denique omnes omnino contractus ſiue nominatos ſiue innominatos, quos alienam fidem ſecuti inſtituimus, Titulus hic complectitur: id eſt

vt benè Accurſ. explicat, tractatus hic De reb. creditis, in octo libros diſtributus l. 2. §. *in tertia Cod. de veter. iur. enucl.* Ideóque prudenter prætor de rebus creditis locutus eſt: quia vt Celſus dicebat, *Credendi* appellatio generalis eſt. Nam cuicunque rei aſſentiamur alienam fidem ſecuti, deinde poſtea quandocunque recepturi aliquid ex hoc contractu, credere dicimur. Vnde & creditorum appellatio generalis quoque eſt, & omnes complectitur quibus ex quacunque cauſa debetur *l. creditores* 10. *& ſeqq. infr. de verb. ſignif.* quamuis ſtrictè ſumpta appellatio ad *Crediti* mutui cauſam reſtringatur, *vt in l. prox.* § 1. *inf. l.* 1. *C. ſi aduerſ. credit. l. quia* 4. *ad SC. Maced. & Nouell.* 33. *de his qui mut. dant agricol.* Rei quoque verbum generale eſt, vt & pecuniam & ſpeciem omnem, & facta quoque comprehendat *l. rei* 5. *& ſeq. infr. de verb. ſignific.* licet cùm de actione in rem loquimur, non genus, ſed certam & indiuiduam ſpeciem ſignificet *l. ſi in rem* 6. *ſupr. de rei vindic.* Fuit enim vtendum verbis generalibus ad concipiendum Titulum generalem. Vt miror virum doctiſſimum Iacobum Cuiacium in perpetua illa fuiſſe hęreſi, vt crediderit nullos eſſe in libris noſtris Titulos generales: ſunt enim certè permulti & hic præcipuè, vt & ille *De recept. Qui arbitr. recept.* quemadmodum ad illum Titulum iam ſcripſimus. Cæterum nulla ad hanc Vlpiani præfationem dubitandi ratio occurrit.

2. PAVLVS libro 28. ad Edictum.

MVtuum damus recepturi non eandem ſpeciem, quam dedimus, (alioquin commodatum erit, aut depoſitum [a]) ſed idem genus [b]. nam ſi aliud genus [c], veluti, vt pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum.

*Ad l. Mutuum damus* 2.

Hæc lex eſt de contractu mutui, & de ſpeciali condictione ex mutuo, vt & totus ferè hic Titulus. RAT. DVB. Mutui datio non conſiſtit in ſpecie ſed in genere, & in iis rebus quæ pondere, numero, vel menſura conſtant §. *prox. infr.* Fruſtra ergo, imò malè Paulus hîc ſcribit mutuum nos dare recepturos non eandem ſpeciem quam dedimus, ſed idem genus. DEC. Noſtris prudentibus ſpecies dicitur id quod apparet, quod Philoſophi indiuiduum appellant: Quemadmodum & quod Philoſophis eſt ſpecies, id eſt, quid vniuerſale plura ſub ſe indiuidua continens, non ſpecies dicitur, ſed genus in libris noſtris. Senſus igitur huius loci eſt, Mutuum ita contrahi, vt non idem ipſum reddatur, quod datum eſt, ſed vt tantundem. Cùm enim mutuum re contrahatur, & traditione §. 1. *inſtit. quib. mod. re contr. oblig. l.* 1. §. *re contrahitur inſt. de oblig. & act.* certum eſt genus tanquam quid vniuerſale, quod neque videtur neque tangitur, tradi nullo modo poſſe: vt neque aliam rem quamlibet incorporalem *l.* 1. §. *vlt. ſupr. de rer. diuiſ. l. ſeruus* 43. §. *incorporales infr. de acquir. rer. domin.* Rurſus id quod traditur cùm tale ſit, vt nullum vſum præbere queat citra abuſum, id eſt, quin vſu conſumatur [eſt enim hoc commune eorum omnium, quæ in pondere vel numero, vel menſura conſiſtunt, vt diximus ad Tit. ſupr. *de vſufr. ear. rer. quæ vſu conſum.*] fieri certè nequit, vt reddendum ſit illud ipſum quod datum & acceptum eſt: alioqui nullam accipienti vtilitatem præberet. Cùm tamen & mutuum & cæteri contractus omnes non niſi ad vtilitatem hominum & commerciorum comparati ſint *l. ex hoc iure* §. *ſupr. de inſtit. & iur. l. actionum* 25. §. 1. *infr. de oblig. & action.* Sed & cùm mutuum ex eo dictum ſit quod de meo fiat tuum §. *appellata infr.* ideóque neceſſe ſit ex cauſa mutui dominium in accipientem transferri, fatendum eſt non ad id obligari poſſe illum, qui mutuum accepit, vt idipſum quod accepit reddat, ſed tantùm vt tantundem; alioqui nec dominium transferretur, ſi reſtituendum id ipſum eſſet *l. qui ſic ſoluit* 5. *infr. de ſolut.* Itaque in mutuo vt ſunt ſingularia pleraque *l. ſingularia* 15. *infr. hoc tit.* ita & hoc maximè vt in ſpecie non in genere traditionem fieri oporteat, quia nec aliter poſſet, obligatio tamen ad reſtitutionem non ſpeciei ſed generis contrahatur. Proinde pecunia numerata & ex cauſa mutui tradita, quia in ſpecie non in genere conſiſtit, perire facilè poteſt, at pecunia reſtituenda non poteſt, quia conſiſtit in genere, genus autem perire nunquam poteſt *leg. incendium* 11. *Cod. ſi cert. petatur.*

a *Alioquin aut commodatum erit, aut depoſitum.* RAT. DVB. Etiam in depoſito conuenire poteſt, vt non illa ipſa corpora nummorum quæ depoſita fuerunt, reddantur, ſed vt tantundem *l. Lucius* 24. *infr. depoſit.* DEC. Egreditur ea res nouiſſimos depoſiti terminos, vt illa lex ait, quoniam in depoſito id ipſum quod depoſitum fuit, reſtituendum eſt non tantundem, cùm ex depoſito non transferatur dominium ſicut neque ex commodato *l. licèt.* 17. §. 1. *infr. depoſit. l. res commodata.* 8. *cum ſequ. infr. Commod.* ſi ergo illud ipſum reddendum eſt, quod datum fuit, depoſitum vel commodatum, non mutuum eſt. Poteſt etiam interdum eſſe contractus innominatus, vt Accurſius notat ex *l. naturalis* 5. §. 1. *l. ſi tibi* 13. §. 1. *aliàs l. ſi tibi area infr. de præſcript. verb.*

b *Sed idem genus.* RAT. DVB. Mutuâ datâ pecuniâ fieri tamen poteſt, vt eadem ipſa corpora nummorum quę mutuo data & numerata ſunt, reddantur creditori, atque ita debitor liberetur. Quidni enim poſſit debitor eadem nummorum corpora reddere ad ſe liberandum, qui potuit etiam poſt interpoſitam ſtipulationem non accipiendo ſe non obſtringere? *l. qui pecuniam* 30. *infr. hoc tit.* DEC. Cùm debitor qui mutuum accepit, reſtituit illud ipſum quod accepit, non reſtituit tanquam idem ſed quaſi tantundem, & ideò liberatur. Nam ſi alia corpora ſoluendo potuit liberari, quia recipient functionem in ſuo genere, quidni multò magis ſoluendo eadem? An eo minus fortaſſe recipiunt functionem in ſuo genere quod ſint eadem? Et ita bene Accurſius contra Azonem concludit, quia magis inſpiciendum eſt propoſitum contrahentium initio contractus, cùm de transferendo dominio actum eſt, quàm quid poſtea in

ſoluendo

Digitized by Google

ſoluendo contigerit, vt & *in l. precij cauſa 9. C. de reſcind. vendit.* Ergo quod Iuſtinianus contrà ſcribere videtur *in princ. Tit. Inſtit. quibus mod. re contr. oblig.* in mutuo non eaſdem res nobis reddi, ſed alias eiuſdem naturæ & qualitatis, non ad factum referendum eſt, nec ad facultatem debitoris, vt non poſſit eaſdem ipſas ſpecies quas accepit reddere, ac reddendo ſe liberare, ſed ad merum ius & neceſſitatem obligationis, id eſt, vt non poſſit mutuum ita contrahi, vt obligetur debitor ad eaſdem ſpecies reddendas, quas acceperit. Non autem vt non poſſint reddi eædem ſpecies, dummodò non tanquam eaſdem, ſed tanquam quaſlibet, vt *in l ſi paterfamilias 15. §. qui duos ſup. de adopt.*

c *Nam ſi aliud genus.* RAT. DVB. Etiamſi conueniat vt aliud genus, veluti vinum pro tritico recipiamus, non eò minùs fit de meo tuum. Dominium enim rei meæ transfertur in te, quamuis alterius generis, & qualitatis rem à te ſim accepturus, cuius dominium æquè in me transferetur. Ergo non eò minùs eſt mutuum. DEC. Non ex eo ſolo æſtimatur mutuum quod de meo tuum fiat, ſed etiam ac potiſſimùm ex eo, quod qui mutuum dedit, tantundem recepturus ſit quod eiuſdem generis ſit & qualitatis, nec valet argumentum ab etymologia affirmatiuè, ſed tantum negatiuè, vt dicemus ad *§. appellata. infr.* Cùm ergo triticum damus vinum receptum, mutuum eſſe non poteſt, ſed contractus innominatus, ex quo naſcitur actio præſcriptis verbis, vt notat Accurſius ex *l. naturalis 5. §. 1. infr. de praeſcript. verb.* qui tamen locus probat optimè non alium eſſe hunc contractum quàm permutationis. Sed an contractus permutationis nominatus dicendus ſit an innominatus, alia quæſtio eſt, de qua dicendum erit ad illum locum, & ad Tit. *de rerum permut.* Nec ad rem pertinet, quod tum quoque, cùm datur triticum, vt vinum reddatur, poteſt fieri facilè vt tantundem reddatur, puta ſi & triticum æſtimatum ſit & conuenerit, vt ex vino æquè æſtimato ſoluatur creditori ad concurrentem vſque tritici quantitatem. Nam cùm dicimus, ex cauſa mutui tantundem reddi debere, intelligimus tantundem, non in valore & æſtimatione, ſed in eodem rei genere.

1 ¶ Mutui datio conſiſtit in his rebus, quæ pondere, numero, menſura conſiſtunt: quoniam eorum datione poſſumus in creditum ire: quia in genere ſuo functionem recipiunt per ſolutionem, quàm ſpecie. nam in cæteris rebus ideo in creditum ire non poſſumus, quia aliud pro alio inuito creditori ſolui non poteſt.

*Ad §. 1. Mutui datio.*

RAT. DVB. Creditum conſiſtit etiam extra eas res, quæ pondere, numero, menſuráve continentur *§. creditum infr.* Ergo non eſt bona ratio quam hîc adfert Paulus, vt probet mutui dationem in his tantùm rebus conſiſtere, quæ pondere, numero, menſuráve conſtant. Quod, inquit, earum duntaxat rerum non etiam cæterarum ratione in creditum ire poſſimus. DEC. Crediti appellatio ambigua eſt. Aliquando enim largè ſumitur, aliquando ſtrictè, vt diximus ad legem præcedentem. Largè ſumptum creditum omnes omnino contractus complectitur, quos inſtituimus alienam fidem ſecuti *d. l. proxim. ſupr.* Et hoc ſenſu creditum eo differt à mutuo quo genus à ſpecie *d. § creditum.* At ſtrictè ſumptum, vt in hoc §. nihil aliud ſignificat quàm mutuum, vt & in *l. 1. C ſi aduerſ. credit. l. quia 4. infr. de SC. Macedon.* Hoc verò genus crediti quod ſpecialiore magiſque proprio nomine mutuum appellamus, non poteſt in aliis rebus conſiſtere, quàm quę pondere, numero, menſuráve continentur, ideo quia hæ ſolæ res ſunt huiuſmodi, vt ſi quando debeantur & ſoluendæ ſint, ſolui poſſint in aliis rebus eiuſdem generis, quandoquidem in ſuo genere functionem recipiunt per ſolutionem magis quàm ſpecie. Species enim, id eſt, res ipſa data mutua perit & conſumitur ſtatim atque ea vtitur is qui accepit, ideóque nec ſolui & reddi ampliùs poteſt, licèt illa ipſa ſit quæ debetur. Nec cùm alia ſpecies redditur, quæ tamen ſit eiuſdem generis & qualitatis, aliud pro alio ſolui intelligitur, ſed illud ipſum, quod debetur, adeò recipiunt inuicem res iſtæ functionem in ſuo genere. At in cæteris rebus ideò mutuũ contrahi non poteſt, quoniam aliud pro alio inuito creditore ſolui nõ poteſt: Nec enim recipiunt functionem in ſua ſpecie propter ſpecificas & indiuiduales, quas habent differentias, licèt ſub eodem genere contineantur, vt puta ſi quis pro Sticho vellet dare Pamphilum, vel pro fundo Corneliano Libonianum. Et ideo nõ poteſt debitor Stichi ſoluere Pamphilum, nec debitor fundi Corneliani ſoluere Libonianum niſi creditor conſentiat *l eum qui mutuam 16. & ſeq. C. de ſolut.* Volenti ſiquidem & conſentienti non fit iniuria *l. in diem 9. §. 1. infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Alioqui non poteſt liberatio contingere niſi ſolutione eius ipſius ſpeciei quæ debetur. *l. ſi mulier 59. § ex aſſe. infr. de iur. dot.* Itaque probo, quod ait Accurſius, ſi tibi librum certi ponderis dedero vt alium librum tanti ponderis mihi reddas, aut centum oues, aut etiam panes, vt totidem reddas, non eſſe mutuum. Nam & libri, & oues & panes in ſpecie conſiſtunt, non in genere, non in pondere, nec in numero, licèt ponderare quis has res velit aut numerare: quia non ex earum natura eſt vt ponderentur aut numerentur, ſed per accidens ex hominum arbitrio & voluntate. Sola pecunia in id comparata eſt vt numeretur: ideóque quaſi vno nomine dicitur pecunia numerata. Vnde eſt quod idem Accurſius noſter addit, nec malè, ſi pecuniam non numeratam, ſed in ſacculo tibi dedero, vt tantundem mihi reddas, mutuum non eſſe, ſed contractum innominatum: quoniam hoc caſu per modum ſpeciei non generis pecunia data ſit *l. planè 34. §. ſed hoc ita. infr. de legat. 1.* Neque aliud erit ſi accepero pecuniam ad numerum & conuenerit vt reddam tibi frumentum ad menſuram. Etſi enim conſiſtat vtrumque in genere nec minùs quod reddendum quàm quod datum eſt, aliud tamen genus eſt quod in numero, aliud quod in menſura

conſiſtit. Idem verò genus eſſe debet, vt initio huius legis ſcriptum eſt: Nec quemadmodum pecunia frumentum cæteraſque res omnes æſtimat vſu ſuo naturali in eam rem comparato, ita per cæteras res æſtimari poteſt *l. ſi ita fideiuſſorem 42. inſr. de fideiuſ.* Planè ſi accepero argentum ad pondus, putat Accurſius poſſe me reddere pecuniam dum ne vllo ære contaminatam, & ſi modò in ea pecunia eadem æſtimatio fuerit. Hoc enim addere debuit ex *l. 1. §. vlt. l. cùm certum 9. l. cùm aurum 19. inſr. de auro & argent. legat. & l. ſi quis argentum 35. §. 1. Cod. de donat.* Sed ego probare non poſſum: Aliud enim genus eſt quod in pondere, aliud autem quod in numero conſiſtit, non minùs quàm quod in menſura: Neque repugnant ſupradicti iuris loci, in quibus ſcilicet non agitur de mutuo, ſed de legato certi ponderis auri vel argenti: quo caſu quantitas magis legata intelligitur, quàm pondus, vt ſcriptum eſt in *dict. l. cùm aurum. verſ. proinde.* At cùm certum pondus argenti mutuum datur, certa ſpecies traditur, cùm genus ipſum, vt diximus in præcedentibus, tradi nunquam poſſit, & ideo non poteſt dici mutuam datam eſſe quantitatem, non magis quàm ſi legatum eſſet certum pondus argenti certa ſpecie deſignata *dict. l. cum certum.* Idémque eſt ſi donatum ſit certum pondus auri vel argenti, niſi quod Iuſtinianus voluit, vt hoc caſu non tantùm ex quantitate, ſed etiam in vaſis ſatisfieri donatario poſſit *d. l. ſi quis argentum.* Planè ſi quis mutuos dederit mille nummos aureos ea lege, vt tantundem reddatur in nummis argenteis vel etiam æreis, non improbabiliter meo iudicio dicetur eſſe mutuum, non tam ex mera iuris ratione quæ certè videtur repugnare, quàm ex generali illa conſuetudine, quæ paſſim & vbique terrarum recepta eſt, vt atteſtatur *Bart. ad d. l. 1. §. vlt. de aur. & argent. legat.* vt pro vna ſpecie nummorum debita alia ſpecies ſolui poſſit, aut potius vnum genus nummorum pro alio genere nummorum. Eſt enim vnum & idem genus genericum nummorũ, licèt alia atq; alia ſit nummorũ ſpecies.

a *Quia aliud pro alio.* RAT. DVB. Proniores eſſe debemus ad liberationem quàm ad obligationem *l. Arrianus 47. inſr. de oblig. & act.* Debitor enim quodammodo ſeruus eſt ſui creditoris, ideóque diffinitur obligatio iuris vinculum quo neceſſitate adſtringimur, vt Iuſtinianus ait in *Inſtit. titul. de obligat.* Proinde obligatio inducit ſpeciem quandam ſeruitutis: Econtrario autem liberatio ſpeciem quandam libertatis. Permittendum ergo fuit debitori cuilibet vt aliud pro alio poſſet ſoluere ad ſe liberandum, puta in pecunia iuſtam ęſtimationem ſpeciei debitæ, cùm res omnes valore ſuo & pecunia æſtimari poſſint *d. l. ſi ita fideiuſſorem 42. inſr. de fidiuſſ.* Eſt enim pecunia menſura rerum omnium prætérquàm ſui ipſius, vt Ariſtoteles dicebat. Alioquin eueniet facilè vt vel ad impoſſibile redigatur debitor, quod nunquam ferendum eſt *l. impoſſibilium 85. de regul. iur.* vel aliquid iniqui emergat, ſi non liceat miſero debitori aliud pro alio ſoluere ſaltem pecuniam pro ſpecie, vt euenit in pleriſque caſibus quos Accurſius noſter hîc congerit, ex *l. ſi domus 71. §. qui confitetur. de legat. 1. l. miles 6. § 1. de re iudic. Nouell. 4. de fideiuſ. §. quod autem vnde ſumpta eſt auth. hoc niſi debitor. C. de ſolut. l. non dubium 14. §. vlt. de legat. 3. l. qui reſtituere 68. ſupr. de rei vindic. l. qui autem 24. §. ſed etſi quis. inſr. de pecun. conſtit. l. ſi quis argentum 35. § fin autem donator. C. de donat. l. fideicommiſſa 11. §. ſi ſeruo alieno de legat. 3.* DEC. Obligatio eſt iuris vinculum quo neceſſitate adſtringimur, alicuius rei ſoluendę, non cuiuſlibet, ſed eius ipſius quæ debetur. Nam & actio quæ ex obligatione naſcitur, nihil aliud eſt quàm ius perſequendi in iudicio quod ſibi debetur *l. nihil aliud 51. de oblig. & action.* Ergo non aliter poteſt liberatio contingere, quàm ſi ſoluatur illud ipſum quod eſt in obligatione. Nec ſanè aliter conſtitui ius poſſet ſine manifeſta creditoris iniuria *l. Paulus 99. aliàs l. creditorem. inſr. de ſolut.* niſi creditor conſentiat vt aliud pro alio ſoluatur, quo caſu nulla volenti & conſentienti facta videri poteſt iniuria *l. in diem 9. §. 1. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Sed addenda alia quoque exceptio eſt ad ſupradictas omnes leges pertinens, quas ex Accurſio cumulauimus, niſi aliqua cauſa vel neceſſaria vel ſaltem iuſta quid aliud ſuadeat. Non enim poteſt non eſſe iuſta cauſa quæ eſt neceſſaria. Quoties autem iuſta aliqua cauſa intercedit, nihil prohibet etiam inuito creditori aliud ſolui pro alio, ſed in contrarium eſt regula *l. eum qui mutuam 26. & ſeq. C. de ſolut. l. promiſſor 21. §. vlt. inſr. de pecun. conſtit. l. item liberatur 6. §. qui paratus eſt. inſr. quib. modis pign. vel hypoth. ſolut. l. 4. § ait Prætor. inſr. de re iud.* Obſeruandum tamen eſt etiamſi aliud pro alio ſolui non poſſit, nihilominus aliud pro alio deduci in condemnationem, quia per ſententiam lis ſemper æſtimanda eſt ac proinde in pecunia, quamuis ſpecies peteretur & deberetur, nempe propter nouationem quæ fit per conteſtationem, & vt iudicati executio fieri poſſit, vt dicemus ad *l. vinum 22. inſr. hoc tit.*

2 ¶ Appellata eſt autem mutui datio ab eo, quòd de meo tuum fit: & ideo ſi non fiat tuum, non naſcitur obligatio.

### *Ad §. 2. Appellata.*

RAT. DVB. Fallax eſt argumentum ab etymologia nominis. Alioqui ſi quoties de meo tuum fit mutuum eſſet, conſequens fieret, vt permutatio, donatio, dotis datio, venditio, à domino facta, contractus do vt des, & do vt facias, aliíque huiuſmodi contractus ex quibus dominium transfertur quod penes dantem fuit, mutui nomine ac iure cenſeretur. Quod euidenter falſum, & abſurdum eſt. DEC. Fuerunt prudentes noſtri ſtudioſiſſimi & diligentiſſimi obſeruatores etymologiarum ad cuiuſque rei proprietatem certiùs aſſequendam, vt ex actiua verborum ſignificatione, paſſiua quoque rerum ſignificatio faciliùs perciperetur. Eſt enim actiua ſignificatio verborum, quia ſignificant, paſſiua rerum, quæ ſignificantur. Et ita accipi debet *tit. de verb. & rerum ſignific.* Etſi verò non eſt bonum argumentum ab etymologia affirmatiuè, vt cui conuenit etymologia nominis, cõueniat etiam nomen, optimum tamen eſt negatiuè & vix vnquam fallit, vt cui non conuenit etymologia nec nomen conueniat, vt diximus in noſtra Iuriſprudentiæ Papinianeæ ſcientia ad *princip. 1. tit. de iuſtit. & iur.* Ergo bona eſt conſecutio & illatio, quæ hîc à Paulo fit, vt quia mutuum ex eo dictum eſt, quod de meo

fiat

fiat tuum, ſi de meo non fiat tuum, nec ſit mutuum, nec vlla mutui naſcatur obligatio. Quod Accurſius noſter benè intelligit de mutuo, vt vocant, naturali, quod per numerationem ac traditionem contrahitur. Nam in ciuili quod per confeſſionem nudam acceptæ pecuniæ contrahi dicitur poſt elapſum biennium, intra quod excipi potuit de non numerata pecunia, aliud eſt *l. in contractibus 14. & paſſ. Cod. de non numer. pecun.* Nihil enim eſt eo caſu quod de meo tuum fieri potuerit. Quemadmodum tamen elapſo tempore poſt quod opponi ampliùs non poteſt exceptio non numeratæ pecuniæ, pecunia numerata fuiſſe creditur, ita vt negari id ampliùs non poſſit, ita & de mea tua facta fuiſſe dicenda eſt. Quid ergo ſi pecuniam meam ſine mea voluntate alij credideris? Non erit mutuum, neque condictio certi ex mutuo aut tibi aut mihi acquiretur: Non tibi, quia pecuniam meam credidiſti non tuam, nec feciſti accipientis. Non mihi, quia non ego contraxi *l. quacunque 11. infr. de obligat. & action.* Si tamen eam pecuniam tibi reddi ſtipulatus ſis, competet tibi actio non ex numeratione ſed ex ſtipulatione. At quam mihi præſtare teneberis ſi ratam numerationem facere velim *l. 1. C. ſi cert. petat.* Ita fit quod Accurſius ait, vt ex poſtfacto concilietur, & conualeſcat mutuum, quod ab initio non valuit: ſed multo magis conualeſcet conſumptione, id eſt ſi aliena pecunia, quam quis mutuam dederit, conſumpta ſit penes accipientem *leg. nam etſi fur 12. in principio legis praced. infr. hoc tit.* Non quia conſumptio ſit modus acquirendi dominij, ſed quia modus eſt amittendi, ita vt dominus qui fuerat nummorum eos vindicare ampliùs non poſſit. Ideóque ad condictionem neceſſariò recurrendum eſt, quæ porrò non alij competere poteſt, quàm ei qui contraxit & pecuniam numerauit: niſi cùm idẽ eſt qui cõtraxit & dominus fuit, ſed ex aliqua cauſa dominium pecuniæ ſuæ transferre in alium non potuit, vt pupillus & furioſus & alij de quibus in *l. rogaſti 11. §. vltim. l. ſi à furioſo 12. l. ſequent. infr. l. ſi quis pro eo 56. §. ſi nummos infr. de fideiuſſ.* Idem eſt ſi aliena pecunia vſucapta ſit. Nam & vſucapione mutuum conciliabitur *argument. l. Proculus 67. infr. de iur. dot. & l. ſi alienam rem 13. in princip. infr. de mort. cauſ. donat.* Denique ſi pecunia numerata ſit ea lege, vt non prius fieret accipientis quàm condicio aliqua extitiſſet, vel defeciſſet, mutuum interim pendebit, quoniam & dominij translatio pẽdet ſed ex euentu aut defectu condicionis cõfirmabitur aut infirmabitur, vt in *leg. proinde 8. infr. hoc titulo.*

3 ¶ Creditum ergo à mutuo differt, quà genus à ſpecie. nam creditum conſiſtit extra eas res, quæ pondere, numero, menſura continentur: ſicut ſi eandem rem recepturi ſumus, creditum eſt. Item mutuum non poteſt eſſe [a], niſi proficiſcatur pecunia: creditum autem interdum, etiam ſi nihil proficiſcatur: veluti ſi poſt nuptias dos promittatur.

### *Ad §. 3. Creditum ergò.*

RAT. DVB. In creditum ire non poſſumus aliarum rerum nomine quàm quæ in pondere vel numero vel menſura conſiſtunt & quæ functionem recipiunt in ſuo genere *§. mutui datio ſupr.* Ergo falſum eſt quod hic Paulus ſcribit tanquam ſecum pugnans, creditum conſiſtere extra eas res quæ põdere, numero, menſurâve continentur. Illud verò multo magis quod ſubiicit ſi eandem rem recepturi ſumus, creditum eſſe. Pugnat enim hoc quoque cum eo quod ſcriptum eſt in principio huius legis, mutuum non poſſe dici ſi ſpeciem aliquam dederimus eandem poſtea recepturi, ſed vel depoſitum eſſe vel commodatum, vel denique alium quemlibet contractum innominatum, vt ibi diximus. DEC. Crediti nomen æquiuocum eſt. Habet enim duas ſignificationes: generalem vnam, quæ omnia contractuum genera complectitur, in quibus alienam fidem ſequimur *l. 1. ſupr.* ſpecialem alteram per quã ad mutuum reſtringitur, vt in *d. §. mutui datio ſupr.* In generali ſignificatione eo differt creditũ à mutuo, quo genus à ſpecie, vt ſcriptum eſt in hoc §. Et ideo bona conſecutio eſt: mutuum eſt. Ergo & creditum, ſed non è cõtrario, creditum eſt, ergo & mutuum eſt. Valet enim argumentum à ſpecie ad genus affirmatiuè non à genere ad ſpeciem. Negatiuè autem valet à genere ad ſpeciem non è conuerſo. Iunge *l. 4. Item ſi 7. alias §. mutui datio infr. de SC. Maced. l. ſi ventri 24. §. in bonis de reb. author. indic. poſſid. aliàs l. 9. de priuileg. credit.* Denique quoties nomen crediti opponitur alteri contractui, ſemper accipitur in ſenſu ſpeciali, pro mutuo vt in *d. §. in bonis l. quòd ſi minor 24. § reſtitutio ſupr. de minor.*

a *Item mutuum non poteſt eſſe.* Alia differentia eſt crediti, & mutui ſumpta non à materia vt ſuperior; ſed ab effectu: quia mutuum non eſt niſi à dante proficiſcatur dominium in accipientem. Alioquin enim non fieret de meo tuum, vt diximus ad §. præcedentem. Intellige autem non de pecunia tantùm, de qua ſola hîc Paulus loquitur, exempli ſcilicet gratia aut vt Accurſius loquitur, largè ſumpto pecuniæ vocabulo pro omni eo quod conſiſtit in pondere, numero & menſura, *vt in l. ſalis 30. in prin. de legat 1.* non ſtrictè pro pecunia numerata *vt in l. 1. infr. de SC. Maced.* aut largiſſimè pro re qualibet *vt in l. 2. in fin. C. de conſt. pecun. l. pecunia 178. de verb. ſignific.* At creditum poteſt interdum eſſe etiamſi nihil proficiſcatur, id eſt non ſolùm ſi dominium in accipientem non tranſeat, ſed & ſi nec poſſeſſio: veluti, inquit Paulus, ſi poſt nuptias dos promittatur: poſt nuptias, inquam, non ſolutas, vt poſt Ioannem perperam interpretatur Accurſius, ſed contractas, quæ prima & aliorum apud Accurſium interpretatio eſt. Non enim ob id minus promitti & dari dos poteſt, quod iam contractæ ſint nuptiæ *l. cùm multæ 20. C. de donat. ant. nupt.* Nec quod dotes etiam donationum nomine comprehenderentur olim, vt in ea lege ſcriptum eſt, donationes autem inter virum & vxorem conſtante matrimonio interdictæ ſint, ad rem facit. Non enim poſſunt videri dotes in numero earum donationum eſſe, cùm quod ad maritum pertinet, cauſam habeat oneroſam non lucratiuam *l. vltim. §. 1. infr. quæ in fraud. credit. l. ex*

*promiſſione* 19 *infr. de oblig. & act.* vt ſcilicet inſeruiant oneribus matrimonij *l. pro oneribus* 20. *C. de iur.* Planè ſi cum donare viro vxor vellet conſtante matrimonio, dotis colorem quæſierit, certum eſt non valituram donationem *l.* 2. *Cod. de dot. caut. non numer. l. ſi diuortio* 21. *infr. de verb. oblig.* Non enim magis dotis cauſa quàm alterius contractus prætextu donatio inter coniuges fieri poteſt *l.* 3. §. *ſciendum l.* 5. §. *circa venditionem infr. de donat. int. vir. & vxor.* Cæterùm ſoluto matrimonio non poteſt dos marito promitti, quia nec dos eſſe poteſt vbi matrimonium amplius nullum eſt *l.* 3. *de iur. dot.* ſicuti nec ante nuptias, ſi nuptiæ nullæ ſequantur *l. ſtipulationem* 21. *infr. de iur. dot.* quamuis poſſit vir etiam poſt diuortium promittere vxori dotem quam ipſe nunquam habuerit & eo nomine obligari *d. l. ſi diuort. o.* cùm falſa demonſtratio nõ magis perimat ſtipulationem quàm legatum *l. ſi ſic legatum* 75. §. *ſi mihi de legat.* 1. Cùm ergo hic locus intelligendus ſit de dote per mulierem promiſſa viro, apparet de ea dote Paulum ſentire non quæ poſt ſolutas, ſed quæ poſt contractas nuptias promiſſa ſit. Ideo autem poſt contractas nuptias non antè, quia omnis ſtipulatio quæ dotis cauſa fiat, condicionem illam tacitam habere intelligitur ſi nuptiæ ſequantur *dict. l. ſtipulationem* 21. *& ſeq. de iur. dot.* Quamuis enim creditor condicionalis etiam pendente condicione ſit creditor *l.* 15. *cum* 42. *de obligat. & action.* ita tamen eſt creditor vt deficiente quandocunque condicione nunquam creditor fuiſſe videatur *l. pecuniam* 36. *infr. l. vnic.* §. *ſin autem ſub conditione Cod. de caduc. tollend.* Euaneſcit enim ſtipulatio *d. l. ſtipulationem in fin.* Ratio igitur dubitãdi ad hunc verſiculum illa eſſe poteſt quam iam attigimus, quod dotes quoque appellatione donationum contineantur *dict. l. cùm multa.* Poſt nuptias verò & conſtante iam matrimonio donationes omnes prohibitæ ſint quæ fiunt inter virum & vxorem *d. l.* 3. §. *ſciendum & tot. titul. de donat. int. vir & vxor.* Sed decidendi illa eſt, quòd, vt diximus, non ſit dos ex numero donationum prohibitarum, tanquam quæ cauſam habeat neceſſariam & vtilem reipublicæ *l.* 1. *ſolut. matrimon.* Adeò vt nec propriè dici poſſit donatio, nõ ob id ſolùm quod cauſam habeat oneroſam magis quàm lucratiuam ex parte mariti, ſed etiam quia nec videtur pauperior facta mulier quæ dotem dedit, cùm ob hoc ipſum dotem habeat & maritum obligatum ad eam dotem quandoque reſtituendam. Porrò non aliæ donationes inter virum & vxorem prohibitæ ſunt quàm quæ donantem faciunt pauperiorem & donatarium locupletiorem *l. ſi ſponſus* 5. §. *conceſſa infr. de donat. int. vir. & vxor.*

4. ¶ In mutui datione oportet dominum eſſe dantem, nec obeſt, quod filiusfamilias, & ſeruus dantes peculiares nummos obligant: id enim tale eſt, quale, ſi voluntate mea tu des pecuniam: nam mihi actio adquiritur, licet mei nummi non fuerint.

*Ad* §. 4. *In mutui.*

RAT. DVB. Etiam tutor pupilli & curator iuuenis adeóque procurator militis ſi pecuniam pupilli vel minoris vel militis mutuam dederint, non ſuo, ſed alterutrius eorum nomine contrahitur mutuum, & ex eo naſcitur condictio certi danda pupillo vel minori vel militi *l. ſi pecuniam* 26. *infr. hoc tit.* Et tamen certum eſt neque tutorem neque curatorem neque militis procuratorem eſſe dominos. Non igitur neceſſe eſt in mutui datione dominum eum eſſe qui dat. Nam & filiusfamilias & ſeruus dantes peculiares nummos mutuos obligant accipientem ex mutuo, & tamen non ſunt domini, cùm ſint ipſi in patria & dominica poteſtate *l. ſic eueniet* 21. *ad leg. Iul. de adult.* DEC. Non poteſt eſſe mutuum niſi de meo fiat tuum §. *appellata ſupr.* Non poteſt autem fieri de meo tuum niſi quod eo tempore meum fuit. Non enim poteſt traditio quicquam transferre in accipientem niſi quod penes tradentem fuit *l. traditio* 20. *infr. de acquirend. rerum domin.* Ergo in mutui datione oportet eum qui dat eſſe dominum. Nec obeſt quod & tutor, & curator, & procurator militis, & filiusfamilias, & ſeruus mutuum ex aliena pecunia contrahunt. Nam quod ad tutorem & curatorem pertinet, licèt non ſint domini, attamen dominorum loco habentur, cùm benè adminiſtrant *l. qui fundum* 7. §. *ſi tutor infr. pro emptor. l. is qui in puteum* 11. §. *an ignoſcitur infr. Quod vi, aut clam.* Et priuilegium pupilli, & minoris eſt vt ſi eorum pecunia credita ſit à tutore vel curatore, qui eam ſibi dari ſtipulati ſint ſuo nomine, ipſis tamen acquiratur actio ſaltem vtilis *l.* 2. *infr. quand. ex fact. tutor.* quemadmodum & ſi ex eorum pecunia res empta eſſet, licet tutoris vel curatoris nomine, ipſi tamen pupillo vel minori & dominium & vindicatio ſaltem vtilis acquiretur *l. penult. & vltim. Cod. eod. tit. l.* 3. *C. arbitr. tutel. l. eum qui* 5. §. *penult. infr. de pecun. conſtit.* quod priuilegium etiam militi datum eſt *l. ſi vt proponis* 8. *C. de rei vindic. d. l. ſi pecuniam* 26. *infr. hoc tit.* Quod autem diximus filiumfamilias & ſeruum dantes peculiarem pecuniam obligare accipientem, non pugnat cum eo quod volumus dantem eſſe dominum oportere: Id enim tale eſt quale ſi voluntate mea tu mutuam des tuam pecuniam. Nam mihi actio acquiritur, licèt nummi mei non fuerint, quia non eo minùs dominium in accipientem transfertur, cùm à te qui dominus es, fiat traditio meo nomine, nec quicquam ſit quod impediat quo minùs & dominium quod tuum fuerat, transferatur à me in alium ex tua voluntate, & ex eadem voluntate mihi actio acquiratur. Nam & in filiofamilias & in ſeruo idem contingit vt quamuis peculiarium nummorum domini non ſint, quippe quorum hic nihil proprium habere poteſt ne quidem volente domino. Ille verò nihil quoque niſi volente patre: Attamen credendo & tradendo peculiares nummos dominium transferunt quod non habent, quia ex voluntate patris vel domini id facere intelliguntur à quibus conceſſam habent liberam peculij adminiſtrationem. In quam certè illud venit vt de peculiaribus nummis poſſint credere, alitérve pro arbitrio contrahere citra donationem *l. filiusfamilias* 7. §. 1. *infr. de donat.* adeò vt ex contractibus filijfamilias & ſerui etiam inuiti pater & dominus de peculio teneantur *l.* 1. *ſi quis cum filiofamilias* 44. *tituli. l. ſi quis ſeruum* 29. *in fin. & tot. titul. infr. de pecul.* Nec tantùm ſi voluntate mea pecuniam tuam meo nomine crediderim,

dideria,

Digitized by Google

dideris, acquiritur mihi condictio, quaſi mutuo per me contracto, ſed etiam ſi abſente me & ignorante id acciderit, dummodò ſciam poſteà & ratum habeam, vt benè Accurſius hîc notat ex *l. certè condictio 9. §. ſi nummos* vbi dicemus *infr. hoc tit.* Ratihabitio enim facit meum negotium quod meo nomine ab alio geſtum eſt *l. ſi pupilli 6. §. item quæritur l. Pomponius 9. ſupr. de negot. geſt.*

5 ¶ Verbis quoque credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interpoſito: veluti ſtipulatione.

*Ad §. vlt. Verbis quoque credimus.*

RAT. DVB. Mutuum eſt ex numero eorum contractuum qui re ac traditione non verbis perficiuntur *l. 1. §. 1 infr. de oblig. & action.* & apud Iuſtin. *tit. quib. mod. re contrah. obligat.* Cùmque non poſſit eſſe mutuum niſi fiat de meo tuum *§. appellata ſup.* certum eſt non magis ſtipulationibus quàm nudis pactis, & aliis conuentionibus quæ nudæ ſint & traditione deſtitutæ dominia rerum transferri poſſe, ſed traditionibus tantùm, & vſucapionibus. Quę ſententia eſt *l. traditionibus 20. C. de pact.* Ergo fieri nequit vt verbis quoque credamus etiam quodam actu ad contrahendam, & comparandam obligationem interpoſito, veluti ſtipulatione, cùm non alio quàm traditionis actu fieri id poſſit. DEC. Hic §. non de mutuo eſt, ſed de credito generaliter ſumpto, cuius appellatio contractibus omnibus conuenit in quibus alienam ſequimur fidem *l. 1. verſic. credendi. & hac ipſa lege §. creditum ſupr.* in quo numero maximè ſunt ſtipulationes, quæ nec aliam ob cauſam interponi ſolent quàm firmandarum aliarum obligationum & conuentionum gratia *l. . §. vlt. infr de verb. obligat.* Aut ſi vis de mutuo hunc locum intelligere, non de mutuo hic locus intelligi debet naturali, vt vocat Accurſius, quod ſola traditione contrahitur, ſed de mutuo ciuili mixto; id eſt, cui etiam natura cooperatur, quod incipit quidem à numeratione, ſed tamen perficitur ſtipulatione, cùm pecuniam quam tibi mutuam dedi & numeraui, ſtipulor poſteà mihi reddi: Quo tamen caſu contractus non iam mutui contractus dicendus eſt quàm ſtipulationis, quam mutuum præceſſerit duntaxat vt impleretur ſtipulatio, nec ſine cauſa interpoſita videretur, vt eleganter ratiocinatur Pomponius *in l. cùm enim 7. infr. de nouat. iunct. §. vltim. legis præcedentis*, addens nullam hoc caſu actionē ex numeratione naſci, quę poſteà per ſtipulationem nouetur, ſed id agi, vt ſola ſtipulatio teneat: Quæ porrò ſi non teneret, ſinè condictio ex numeratione naſceretur *l. cert. condictio 9. §. quoniam infr. hoc tit.* Cæterùm interueniente ſtipulatione eáque valida, cùm non mutum ſit, ſed ſtipulatio, difficile eſt, vt de eo mutuo intelligendus ſit Paulus in hoc loco, Non magis quàm de mutuo merè ciuili quod per ſolam confeſſionem & lapſum biennij ſine vlla numeratione contrahitur *l. in contractibus 14. C. de non numer. pecun.* Prior itaque noſtra interpretatio quæ Accurſij etiam fuit, probabilior eſt.

3. POMPONIVS libro viceſimo ſeptimo ad Sabinum.

CVm quid mutuum dederimus, & ſi non cauimus, vt æque bonum nobis redderetur, non licet debitori deteriorem rem, quæ ex eodem genere ſit, reddere: veluti vinum nouum pro vetere: nam in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum eſt: id autem agi intelligitur, vt eiuſdem generis, & eadem bonitate ſoluatur, qua datum ſit.

*Ad l. Cùm quid 3.*

RAT. DVB. Quicquid adſtringendæ obligationis eſt, id niſi palam verbis exprimatur, pro omiſſo habendum eſt *l. quicquid adſtringendæ 99. de verb. oblig.* Ergo & qui mutuum aliquid dedit ex iis quæ conſiſtunt in pondere, numero vel menſura ſi non cauerit ſibi creditor vt æquè bonum reddatur, dicendum eſt liberari debitorem, ſi modo rem reddat quæ ſit eiuſdem generis licèt deterior proponatur, vt vinum nouum pro vetere. Nec enim aliud requiri videtur ad eſſentiam mutui contrahendi, quàm vt idem genus reddatur *l. prox. in princip. ſupr.* Imputet enim ſibi creditor qui in contrahendo mutuo non dixit legem apertiùs, ex reg. *l. veteribus 39. ſupr. de pact.* maximè cùm in dubio & obſcuro magis fauendum ſit debitori quàm creditori *vulg. l. Arianus 47. infr. de oblig. & action.* DEC. In ſtipulationibus cæteriſque contractibus ſemper ſequimur id quod actum eſt *l. ſemper in ſtipulationibus 34. de regul. iur.* ac proinde in contrahendo quod agitur pro cauto habendum eſt, vt hîc Pomponius ſcribit, iunge *l. ſi cui 9. ſupr. de ſeruit. l. quamquam 61. de rit. nupt. l. res quæ 54. de iur. dot.* Id autem agi intelligitur inter eos qui mutuum contrahunt vt eiuſdem generis & in eadem bonitate ſoluatur, quod datum eſt. In eadem, inquam, bonitate intrinſeca, licèt valor ſit diminutus, vt benè Accurſ. noſter explicat ex *l. vinū 22 inſ. hoc tit.* Non eſt autem eiuſdem bonitatis vinum nouum cuius eſt vetus, licèt ſit eiuſdem generis. At neq; ſufficit vt ſit eiuſdem bonitatis, ſi non ſit etiam eiuſdem qualitatis. Itaq; ſi quis vinum vetus vellet reddere pro nouo, quamuis vetus ſit melius, & quod melius eſt, ſit etiam per ſe bonum *leg. vbi autem 75 §. vſque adeò infr de verbor. obligat.* non eſſet tamen audiendus ſi Accurſio noſtro & Ioanni credimus, quia vinum vetus non ſit eiuſdem qualitatis cuius eſt nouum. Ego verò non illibenter quidem admitto non valituram conuentionem in mutuo ſi ita contraheretur, vt pro nouo vino quod mutuum daretur reddendum eſſet vetus. Nō enim eſſet id tantundem ſed plus reddere, quod à natura mutui alienum eſt *l. rogaſti 11. § ſi tibi inſ hoc tit. l. cùm vltra 9. C. de non nu. pecun.* Sed nō ideò conſequens eſt vt audiri non debeat is qui vinū vetus reddere vult pro nouo, cū plus etiā præſtet quā debeat quod nūquā prohibitū eſt *l. etſi fortè 6. §. vlt. ſup. ſi ſeruit. vindic.* Nā in eo quod plus eſt continetur tātūdē quod eſt minus *l. in eo 110. de regul. iur. l. cū qui 15. aliàs l. Iauolenus inf. de ann. legat.* Idque nō obſcurè



Digitized by Google

Pomponius ſignificat in hac lege, cùm ait non licere debitori rem deteriorem reddere, vt oſtendat poſſe illum reddere meliorem, quæ modò ex eodem genere ſit. Et verò nemo dixerit non videri rem reddi quæ melior redditur? quomodo ſolemus dicere, non videri eam reddi quæ redditur deterior *l.3.§.1.infr Commod.* Nec ſi Accurſio concederemus aliam eſſe qualitatem vini veteris, aliam vini noui, dicendum tamen eſſet non poſſe reddi vinum vetus pro nouo. Eſt enim qualitas illa adiiciens, ſed quæ nec genus nec ſubſtantiam generis mutat. Neque poteſt hîc vſurpari quod Accurſius obiicit, deteriorem interdum rem fieri etiam quæ in meliorem ſtatum commutata ſit ex *l. vltim. ſupr. de vſu & habit.* Id enim in vſu & vſufructu quidem facilè obtinet qui non minùs mutatione quā peremptione rei extinguitur *l.3.§.vlt. & l.5.§.rei mutatione ſupr quibus mod. vſufruct. amitt. & Inſtit. tit. de vſu & habit in princip.* Sed in mutuo nihil tale metui poteſt, quod ſcilicet neque mutatione neque peremptione, adeóque nec conſumptione rei creditæ extinguitur, ſed potiùs conſumptione interdum conciliatur, vt diximus in præcedentibus ex *l. ſi à furioſo 11. & ſequen. infr. hoc titul.* quia nec mutationem nec conſumptionem recipit id quod ex mutuo debetur, cùm in genere conſiſtat non in ſpecie *l incendium 11. Cod ſi cert. petat.* Separanda tamen eſt hac parte cauſa ſtipulationis à cauſa mutui. Etſi enim vterque contractus ſtricti iuris eſt non bonæ fidei *§. actionum Inſtit. de action.* nec minùs in ſtipulatione quàm in mutuo, inſpiciendum eſt principaliter & ante omnia quid actum ſit *dict. leg. ſemper in ſtipulationibus 34 de regul. iur.* In ſtipulatione tamen cùm nihil ſit niſi verborum obligatio, ex verbis potiſſimùm æſtimanda eſt, vt niſi quod palàm verbis expreſſum eſt, pro omiſſo habeatur *d l. quicquid 99. de verb. oblig.* quamuis ea res non faciat, quin aliquam interpretationem recipere debeat etiam ſtipulatio ex eo quod actum tacitè intelligitur inter contrahentes, vt in *l. interdum 73. l. inter ſtipulantē 83. §. 1. eod. ill. tit.* Et ita benè Accurſius noſter hanc legem conciliat cum *l. quicquid.* Subinde quærit ſi quis pecuniam numeratam in manu habens aut ante oculos dicat alij, Tolle iſtam pecuniam: vtrum hoc mutuum dicendum ſit, quia nihil de donatione dictum ſit, ex *l. nec ignorans 10. C. de donat.* an potiùs donatio cùm expreſsè dictum non fuerit vt eſſet mutuum. Donati enim videtur quod nullo iure cogente conceditur, vt habet iuris regula *l. donari 82 de regul. iur. l. donari 29. infr. de donat.* Reſpondet autem inſpiciendum eſſe quid præceſſerit & quid ſit ſecutum. Nec malè. Solent enim contractus dignoſci maximè ex tractatu præcedente, & ex initio gerendi negotij *l. ſi procuratorem 8. in princip infr. mandat l. 1. § ſi ſeruus depoſuit 30 infr depoſit l. ſi tantùm 12. infr. de SC. Maced l. heredes palam 21. §. pen. infr. qui teſtam. facer. poſſ. l ſi ſeruus plurium 50. §. vlt. infr. de legat. 1.* Subiicit tamen ſi neque ex præcedentibus neque ex ſequentibus apparere id poſſit, diſtinguendum eſſe an magna ſit quantitas, an parua, vt ſi magna, non ſit præſumenda donatio, quia non facilè credendus quiſquam ſit pecunias ſuas iactare voluiſſe *l. cùm de indebito 25. §. 1. de probat.* Sed mutuum potiùs eſſe intelligatur aut depoſitum: ſi verò parua ſit quantitas, præſumenda potiùs ſit donatio cùm in transferendo dominio conſentiamus ex *l. cùm in corpus 36. infr. de acquirend. rer. domin.* Hoc verò probare ego non poſſum, magíſque puto, vt hoc caſu non transferatur dominium, quia traditio nuda eſt quæ titulum præcedentem de quo cōſtet, nullum habet. Nuda autem traditio nunquam dominium transfert *l. nunquam nuda 31. de acquiren. rer domin.* Alioqui nunquam eſſet nuda traditio ſi credi deberet facta eſſe ex titulo aliquo, præſumpto tantùm, & de quo non appareret. Neque ſufficit, vt in transferendo dominio conſentiamus niſi aliquis præcedat titulus habilis ex quo transferri dominium poſſit vt *in dict. l cùm in corpus.* Soláque illa quæſtio ſupereſt. Cùm traditio ſit ex parte dantis tanquam ex vno titulo, & ex parte accipientis tanquam ex alio an dominium transferatur. De quo non ſatis inter prudentes videtur conſtitiſſe, vt dicemus *ad l. ſi ego 8 infr hoc titul.* Cæterùm ſi non appareat de titulo aliquo præcedente, nemo vnquam ex prudentibus dixit, transferri poſſe dominium per nudam traditionem quamuis à vero domino, & animo tranferendi dominij factam. Ex cauſa verò mutui multo minùs, cùm mutuum non aliter contrahi poſſit quàm ſi vel titulus ipſe mutui expreſſus ſit, vel id actum & conuentum nominatim, vt tantundem reddatur. Ad hanc autem legem maximè pertinet quod tractare noſtri ſolent de nummis creditis in qua forma reddendi ſint, & in qua ſiue bonitate ſiue æſtimatione. De quo ante annos quinque & viginti cùm in bello Prouinciæ Sereniſſimum Ducem noſtrum ſecuti peregrinaremur, nos copioſum & luculentum tractatum edidimus, quem inſcripſimus, De varijs nummariorum debitorum ſolutionibus: aut ſi malis breuiùs, quod certè malo, de nummarijs ſolutionibus, in quatuor & viginti capita diſtributum. In quo ferè omnes quæſtiones attigimus & explicauimus quæ circa materiam hanc poſſunt occurrere. Illud tantum hîc obiter admonendum putamus: creditorem quidem cogendum non eſſe in alia forma nummos accipere quàm in qua credidit ſi damnum ex eo aliquod paſſurus ſit *l. creditorem*, ita enim legendum eſt non vt Florent. *debitorem*, aliàs *l. Paulus 99. de ſolut.* Sed tamen generali locorum ferè omnium conſuetudine receptum eſſe, vt in alia quoque nummorum forma, & ſpecie ſolutio fieri poſſit, ſed ita tamen vt formæ bonitas quæ non præſtitur, æſtimetur, vt tractat Barto. *ad l. 1. §. vlt. infr. de auro & argent. legat.* Nempe quia nullum ex eo damnum pati creditor intelligitur, cùm in certam nummorum formam & ſpeciem non poſſit cadere iuſta adfectiō *l 3. de in lit. iur. l. 3. de eo quod cert. loc.* & pecunia non tam ex ſua materia & bonitate intrinſeca vſum præſtet, quàm ex valore ſuo & æſtimatione *l. ſi ita fideiuſſorem 42. infr. de fideiuſſ. l. 1. de contr. emption.* Adeò vt non defuerint qui dixerint bonitatem intrinſecam monetæ eſſe valorem ipſius; extrinſecam verò, bonitatem materiæ ex qua nummus compoſitus ſit. Inter quos primus & præcipuæ apud pragmaticos authoritatis Carolus Molinæus, ſed abſurdè ac ridiculè, vt à nobis pluribus comprobatum eſt in ſupradicto tractatu, quē vel ob eam maximè cauſam aduerſus eum ex profeſſo edidimus, ne cuiquam poſthac accideret quod ipſi accidit, vt tam malo falſóque iacto principio perpetuis erroribus in tota hac quæſtione iactaretur.

a *Quod agitur pro cauto habendum eſt.* Hinc noſtri vulgo colligunt nec malè, patem vim eſſe taciti & expreſſi: Fruſtra enim exprimitur quod etiamſi expreſſum non eſſet, tacitè tamen ineſſet. Niſi quòd dubitationis tollendæ gratia id plerunque fit, ob hoc ipſum ne quæri neceſſe ſit quid actum ſit, quod plerunq; obſcurum eſt, & per difficilem facti quæſtionem implicitam habet. Præterquàm ſi de ea re agatur, quæ ad contractus naturam & eſſentiam pertineat, vt in huius legis ſpecie. Inde eſt quod habet iuris regula, Expreſſa nocere, non expreſſa non nocere *l. 95. de reg iur. l. nonnunquam 52. l. ſi ita expreſſum 69. de condic. & demonſtr. l. ſi ita legatum 65. §. 1. de legat. 1.* At expreſſa prodeſſe nuſquam ſcriptum eſt, quia quæ dubitationis tollendæ gratia adiiciuntur, ſicuti ius commune non lædunt, ita nec iuri communi quicquam adiiciunt *l. qui mutuam 56. infr. mandat. l. quæ dubitationis 81. de regul. iur.* Illud certè notandum eſt expreſſum in eo prodeſſe poſſe, quòd faciliùs recipit interpretationem extenſiuam quam tacitum, vt Canoniſtæ notant poſt gloſſ. *in Clement. ſæpe de verb. ſignif.*

4. VLPIANVS lib. 34. ad Sabinum.

SI quis nec cauſam, nec propoſitum fœnerandi habuerit, & tu empturus prædia, deſideraueris mutuam pecuniam nec volueris creditæ nomine, antequam emiſſes, ſuſcipere, atque ita creditor, quia neceſsitatem fortè proficiſcendi habebat, depoſuerit apud te hanc eandem pecuniam, vt, ſi emiſſes, crediti nomine obligatus eſſes, hoc depoſitum periculo eſt eius, qui ſuſcepit. Nam & qui rem vendendam acceperit ', vt pretio vteretur, periculo ſuo rem habebit.

*Ad l. Si quis nec cauſam 4.*

RAT. NVD. Cùm ſub condicione mutuum contractum eſt, non eſt mutuũ antequam condicio extiterit. Eſt enim de natura condicionis, vt ſuſpendat actum & impediat natiuitatem obligationis *l. pecuniam 36 infr. hoc titu. l. cedere diem 213. de verb. ſignific.* Nec rurſum alia cauſa eſt propter quam periculum pecuniæ aut alterius rei creditæ transferatur in accipientem quàm quia dominium transfertur *l. 1. §. appellata ſup.* cùm ſit regulare, vt vnaquæque res domino ſuo pereat *l. quæ fortuitis 6. l. pignus 9. C. de pignor. act. l. contractus 23. de regul. iur.* Atqui cùm is qui nec cauſam nec propoſitum fœnerandi habebat, rogatur à te qui empturus eras prædia, vt mutuam tibi pecuniam daret, quam tamen nolueris crediti nomine ſuſcipere antequàm emiſſes, eam interim penes te depoſuerit hac lege expreſſim dicta, vt ſi emiſſes, crediti nomine obligatus eſſes, pendet mutuum in id vſque tempus quo emeris, quia condicionale eſt. Ergo ſi antequàm emas, pecunia illa penes te depoſita perierit caſu fortuito nec culpa tua vlla interueniente, dicendum eſt periculum ad te non pertinere, quia nec dominium eius pecuniæ vnquam ad te pertinuit, nec vnquam mutuum fuit, ſed depoſitum, cuius periculum ad depoſitarium nunquam pertinet, niſi eius aliquis dolus interueniſſe probetur, aut niſi in contrahendo depoſito aliud conuenerit *d. l. contractus l. 1. §. ſi conuenit & ſeq. infr. depoſit.* DEC. Depoſitarius ideo de dolo tantùm tenetur, quia non eius gratia depoſitum fit, ſed gratia ſolius deponentis *l. ſi vt certo § nunc videndum infr. Commodat.* Atqui in hac ſpecie depoſitum factum eſt non gratia deponentis ſed cauſa depoſitarij, & eo propoſito, vt eueniente quandocunque condicione & ſecuta emptione conuerteretur in mutuum. Adeò vt nec fuerit in deponentis poteſtate depoſitum reuocare pendente condicione mutui, & quandiu emptio ſperaretur *l. qui balneum 9. verſic. quoniam tamen l. potior 11. §. 1. infr. qui potior. in pignor. hab.* Contrahitur enim hoc modo συνάλλαγμα inter dantem & accipientem, *l. rogaſti 19. infr. de præſcript. verb.* vt nec liberum ſit alterutri contrahentium inuito altero ab obligatione contracta diſcedere. Æquum igitur eſt pecuniam hanc tametſi duntaxat depoſitã, necdum mutuã datam periculo eius eſſe qui ſuſcepit quamuis nõdum ſit dominus, ac ſi iam inde ab initio mutuum contractum eſſet, cùm nõ niſi per depoſitariũ ſtet quominùs depoſitũ ſtatim conuertatur in mutuum, contrahendo ſcilicet emptionem pro qua contrahẽda pecuniam mutuam rogauerat. Quemadmodum dicimus, Contracta venditione, quod fit modo conſenſu, periculum rei venditę ſtatim ad emptorem tranſire, licèt dominium remaneat penes venditorem, quouſque rem tradiderit, adeóque precium ei ſolutum ſit, aut aliter eo nomine ſatisfactum *§. cùm autem. Inſtit. de empt. & vendit. §. vendita Inſtit. de rerum diuiſ. l. quod vendidi 19. infr de contrah. empt.* Nimirum quia eſt in poteſtate emptoris nanciſci dominium quandocunque velit ſoluendo precium, & agendo ex empto vt res ſibi tradatur. Dices non eſſe perinde in poteſtate illius qui pecuniam mutuam rogauit in ſpecie huius *legis* ad emenda prædia, vt ea tam citò comparet, cùm id ex parte pendeat à voluntate venditoris, & multa poſſint interuenire quæ faciant, vt tam citò aut vnquam venditio ſequatur. Vnde fit vt non poſſit hæc condicio dici merè poteſtatiua, licèt in poteſtate ſit eius, qui quaſi empturus pecuniã ſuſcepit, vt nolit emere. Sed reſpondeo nihil aliud ex eo inferri poſſe, niſi, quod facilè admitto, vt ſi is qui pecuniam ſuſcepit in hac ſpecie pignora dederit, deinde alius creditor medio tempore ab eodem eadem pignora acceperit, potior eſſe debeat in pignore is qui ſecundo loco contraxit, *vt in dict. l. potior. in princip. & in l. 1. infr. qui potior. in pign hab.* quia in poteſtate prioris debitoris fuit, ne accipiendo pecuniam ſe obſtringeret, vt & *in l. qui pecuniam* 30. *infr. hoc titul.* Sed non facit ea res quin ex hoc primo contractu obligatio naſcatur, & quidem non tam quaſi depoſitæ pecuniæ, quàm quaſi creditæ, cùm tractatus eo propoſito habitus ſit, vt non depoſito, ſed credito concluderetur, atque ita verum ſit deponendæ pecuniæ cauſam dediſſe mutuum non animum deponendi: Ac proinde inſpecto initio quod in omnibus negotiis maximè ſpectandum eſt *l. ſi procuratorem 8. in princip. infr. mandat,*

*l. ſi tantùm* 12. *Infr. de SC. Maced. l.* 1. §. *ſi ſeruus depoſuit* 30. *infr. depoſit.* & ex contrahentium propoſito præcipuè æſtimandum vt ſciti poſſit non tantùm quid factum ſit, ſed etiam qua mente, conſequens eſt id ab initio inter contrahentes actum videri, vt non tam purum depoſitum quàm condicionale mutuum contraheretur. Nec niſi implendæ fidei gratia quam de mutua danda pecunia futurus creditor dederat, pecunia penes rogantem deponeretur. Aliud eſſet, ſi is qui pecuniam depoſuit & cauſam & propoſitum fœnerandi habuiſſet. Tunc enim periculo accipientis non poſſent eſſe nummi quos creditor nondum credidiſſet, ſed tantùm depoſuiſſet quaſi eos crediturus ad propriam ſuam vtilitatem non vt accipienti beneſaceret & prodeſſet. In eo namque differt fœnus à mutuo, quod fœnus fit gratia ipſius creditoris & vt ex eo percipiat vſuras, & lucretur, ideóque valde odioſum eſt: Mutuum autem in gratiam debitoris, cùm ſit & debeat eſſe gratuitum. Quamquam non magis mutuum quàm fœnus dici poſſit antequam mota ſit pecunia quæ depoſita fuerat hac mente vt depoſitarius ea ſi vellet vteretur, quia nec priùs debitum eam iri certum eſt *l. quòd ſi ab initio* 10. *infr.* Sicut & in propoſito, nec priùs certum eſt debitum iri pecuniam ex cauſa crediti ab eo penes quem depoſita fuit quàm emptio ſecuta ſit. Sed tamen non eo minùs manet periculo ſuſcipientis, quia & rogante eo, & ad ſolius ipſius vtilitatem fuit depoſita, nec manſit in poteſtate domini qui depoſuit, vt depoſitum reuocaret, quemadmodum diximus in præcedentibus. Cùm enim hic qui pecuniam depoſuit, eo animo fuerit vt beneficium conferret in accipientem, darétque mutuam ei pecuniam, cùm fœnerandi nec cauſam nec propoſitum haberet: certum eſt beneficio iuuari accipientem non decipi oportere *l. in commodato* 17. §. 1. *infr. commodat.* Deciperetur autem hic qui pecuniam ſuſcepit, ſi poſſet is qui depoſuit pecuniam repetere, quandoquidem aliter aut emendi conſilium abiecturus fuerat, aut alium creditorem rogaturus, & conſtantiorem ipſius beneuolentiam experturus. Addit Vlpianus aliam rationem ab exemplo, & à ſimili, vt probet in ſpecie propoſita periculum ad eum qui pecuniam ſuſcepit pertinere.

a *Nam & qui rem vendendam acceperit.* Argumentum eſt à ſimili. Etſi enim hic caſus diuerſus eſt à ſuperiore, ſimilem tamen habet rationem. RAT. DVB. Qui rem vendendam accepit vt precio vteretur, numquam dominus rei fuit. Nec enim mandatum vendendi transfert dominium rei vendendæ in mandatarium, ſed poteſtatem duntaxat transferendi dominij. Atqui caſus fortuiti pertinent ad dominum *l. quæ fortuitis* 6. *l. pignus* 9. *C. de pignorat. act.* Non debet igitur hæc res periculo eius eſſe qui rem vendendam accepit, præſertim cùm non acceperit, vt re ipſa, ſed vt ipſius precio vteretur, ſiue res æſtimata ſit certo precio vendenda, ſiue æſtimatio nulla interuenerit. Nihil enim refert niſi quod facta æſtimatio inducit æſtimatoriam actionem de qua in *l.* 1. *infr. de æſtimat act.* DEC. Ad eum debet pertinere periculum, qui rogauit, non qui rogatus eſt *l. rogaſti* 19. *infr. de præſcript. verb.* ne ex beneficio ſuo & liberalitate is qui rogatus fuit periclitetur *l. ne ex liberalitate* 50. *infr. de re iudic.* Semper enim inſpiciendum eſt, cuius gratia negotium geſtum ſit quoties de periculo quæritur *l. apud Labeonem* 20. §. *vlt. infr. de præſcript. verb.* Atqui in hac poſteriore ſpecie cùm rogaſti me vt tibi pecuniam crederem, & ego cùm non haberem, lancem tibi dedi vel maſſam auri, vt eam venderes & nummis vtereris, etſi non poteſt pecunia dici facta mutua priùs quàm vendideris, perinde ac ſi ſub illa condicione, *ſi venderes* mutuum contractum eſſet, quamuis non fuerit hîc expreſſa condicio vt in ſpecie præcedente. Verum tamen eſt dediſſe me tibi rem vendendam, quia me rogaſti & ad tuam vtilitatem vt eâ pecunia quæ ex venditione redacta eſſet, vtereris. Æquum igitur eſt tuum periculum interim eſſe debere ſi caſu fortuito, & ſine culpa tua res amittatur, vt quod à me beneficium habes, periculo tuo habeas, non meo. Addidi *ſine culpa tua* cum Vlpiano *in l. rogaſti.* 11. *infr. hoc titu.* vt omnem culpam excludam etiam leuiſſimam contra Azonem, qui putabat non debere te in hac ſpecie teneri de caſu fortuito, ſed ita demum ſi culpa aliqua ſaltem leuiſſima interuenerit. Multo magis ſi lata vel leuis, quod ſupradicta Vlpiani verba *in d. l. rogaſti*, certè non patiuntur. Senſus enim eſt, de caſu fortuito te omnimodo teneri, etiam nulla penitus culpa tua interueniente, licèt Azonis ſententiam æquiorem dicere audeat Accurſius, quaſi ſit ille melior æquitatis arbiter, & magiſter quàm Vlpianus. Dicemus *ad d. l. rogaſti*: ex qua tamen hic locus ſupplendus eſt, vt adhibeatur diſtinctio, vtrum hanc lancem, vel maſſam venalem habuerit is, qui vendendam tibi dedit, an non, vt ſi venalem habuerit, perinde ad illum rei periculum pertineat, non ad te, ac ſi alij cuilibet vendendam dediſſet, quia hoc caſu non rogatu tuo, nec tua gratia, ſed ſua potiùs vendendam dederit: Si verò venalem non habuerit, nec proinde eo propoſito fuerit vt venderet, ſed hæc cauſa fuit vendendi vt tu precio vteteris, tibi res pereat, non ipſi, qui vendendam non dediſſet, niſi tu rogaſſes, & quidem vt ex hoc negotio vtilitatem tibi comparares. Quod autem Accurſius adducit ex *l. ſi quis inficiatus* 13. *infr. depoſit.* non poſſum videre quid ad rem faciat, ſiue pro tuenda illa Azonis ſententia, quam reprobamus, ſiue ad legis huius interpretationem illuſtrandam.

1 ¶ Res pignori data, pecunia ſoluta, condici poteſt, & fructus ex iniuſta cauſa percepti a, condicendi ſunt. Nam & ſi colonus b poſt luſtrum completum, fructus perceperit, condici eos conſtat: ita demum ſi non ex voluntate domini percepti ſunt. Nam, ſi ex voluntate, proculdubio ceſſat condictio.

*Ad* §. 1. *Res pignori data.*

RAT. DVB. Nemo rem ſuam condicit niſi à fure *l. vlt. ſupr. vſufruct. quem caueat. l.* 1. §. *vlt. infr. de condict. tritic.* §. *ſic itaque. Inſtit. de action.* Atqui res à debitore data pignori remanet in bonis & dominio debitoris etiam durante pignore *l. pignus* 9. *Cod. de pignor. act.* Multo magis autem eo ſoluto quod ſit ſoluta creditori pecunia quæ debebatur *l. ſi rem* 9. §. *omnis pecunia infr. cod. til. titu. l. Paulus* 12. §. 1. *& paſſim ſ.*

quib mod.

*quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* Non ergo fieri poteſt, vt res data pignori, ſoluta pecunia condicatur per debitorem. Ob eámque nimirum cauſam Accurſius, vt hanc obiectionem effugiat, intelligit hanc legem de re mobili, cuius furtum facilè fieri poteſt, vt ita condictio furtiua inducatur, cùm rei immobilis furtum fieri non poſſit *§. quod autem Inſtit. de vſucap. d. l. 1. §. vlt. de condict. tritic. l. quam rem 38. infr. de vſucap.* Eſt enim hoc ius proprium & ſingulare condictionis furtiuæ, vt ſoli domino competat *l. 1. infr. de condict. furt.* Ac quoniam videt Accurſius tractari in hac lege etiam de fundo & fundi fructibus, ait poſſe hanc legem intelligi etiam de re immobili, ſed quæ à prædone occupata ſit, contra quem ex hac cauſa poſſit etiam competere condictio ſine cauſa, vt non melior ſit condicio prædonis qui dominum vi deiecit, quàm furis. Quæ ſententia eſſe videtur *l. 2. infr. de condict. tritic.* quamuis lex illa non de condictione ſine cauſa loquatur, ſed de condictione triticaria, vt oſtendit coniunctio eius legis *cum §. vlt.* legis præcedentis. Extra furem & prædonem non patitur Accurſius, vt condictio detur domino pignoris etiam poſt ſolutam pecuniam, niſi fortè, inquit, ad condicendam poſſeſſionem, vt *in d. l. 2. in fin. de condict. tritic.* Sed hîc agit Vlpianus, inquit ille, de condictione rei non poſſeſſionis. Ego verò non inficior equidem pignus eſſe propriè rei mobilis cùm à pugno dictum ſit *d. l. ſi rem 9. §. propriè de pignor. act.* ac proinde cuius furtum fieri facilè poſſit *l. ſi pignore 54. infr. de furt.* Et quemadmodum qui denegat reſtitutionem depoſiti quod non niſi in re mobili poteſt conſiſtere, hoc ipſo furtum facere intelligitur, & ab inſtanti denegationis ſe condictione obligat *l. ſi quis inficiatus 13. §. 1. infr. depoſit.* Ita & quiſquis rem mobilem ſibi datam pignori etiam ſoluto debito retinet nec vult reſtituere, furtum certè ex eo die facere incipit, vt proinde condictione furtiua teneri poſſit. Sed tamen cùm in eo differat pignus à depoſito, quod etiam rei immobilis, & fundi pignus dari poteſt, cuius tamen depoſitum nullum eſſe poſſet, non poſſum ferre, vt hic §. ad rei mobilis pignus reſtringatur, qui video cætera quæ ſequuntur omnia de fundo eſſe, non de re mobili, cuius nec fructus ferè vlli eſſe poſſunt, ſi pecora & ſe mouentia excipias. De quibus tamen fructibus condicendis etiam in hoc §. agitur. Non igitur poteſt hic §. ad condictionem furtiuam reſtringi. An ergo de triticaria condictione intelligi debebit? Ne hoc quidem. Nam quod ſcriptum eſt *in d. l. 2. de cond. tritic.* non ad quemlibet malæ fidei poſſeſſorem aut prædonem pertinet, ſed ad eum duntaxat, qui dominum per vim deiecit, cuius longè odioſior cauſa eſt, quemadmodum & eius qui rem mobilem vi rapuit: qui fur improbior dicitur *in l. 2. §. cæterùm infr. vi bonor. rapt. l. item ſi cùm 14. §. qui vim intulit ſupr. Quod met. cauſ. l. vlt. in fin. C. de compenſat.* Porrò is, qui fundum pignori accepit à debitore, licèt ſoluto debito nolit eum reddere, non ideo tamen videri poteſt eum per vim occupaſſe, vt pro violento inuaſore haberi debeat, quamuis nullo iure ac iniuſtè eum detineat: cùm ex voluntate ac quodammodo per manus debitoris eum acceperit, ſoléreque in his cauſis inſpici magis quomodo quis poſſeſſionem nactus ſit quàm quomodo & quo iure eam retineat. Nec ſanè vnquam mihi perſuadebo aduerſus malæ fidei poſſeſſorem fundi ſi non etiam prædo ſit adeóque violentus, dandam eſſe condictionem triticariam, ſicuti nec furtiua aduerſus alium, quàm aduerſus furem pro re mobili daretur. Etſi enim condictio triticaria hoc habet diſſimile à furtiua, quod exemplo cæterarum omnium datur non domino, quia per eam intenditur dare aduerſarium oportere, qui autem iam dominus eſt, magis dominus fieri non poteſt *d. §. ſic itaque Inſtit. de action.* Cùm tamen datur ad exemplum condictionis furtiuæ ſiue contra furem, ſiue contra raptorem, ſiue denique contra violentum prædonem & ſpoliatorem, non datur illa niſi domino *d. l. 1. §. vlt. & l. 2. de condict. tritic.* Cùm ergo creditor pignoratitius non poſſit dici violentus ſpoliator, ne tum quidem cùm ſoluto debito pignus retinet, debitor autem ſit dominus, conſequens eſt, vt contra creditorem debitori condictio triticaria dari non poſſit. An ergo cum Accurſio dicemus intelligendum eſſe Vlpianum de condictione ſine cauſa? Sed non memini vllo iuris loco legere me condictionem ſine cauſa dari domino: cùm & per condictionem illam non minùs quàm per cæteras intendat actor ſibi dari, hoc eſt dominium in ſe transferri oportere. *Tot. tit. de condict. ſin. cauſ.* An potiùs dicendum eſt cum Lothario quem Accurſius refert, Condici quidem hoc caſu pignus, ſed ad hoc tantùm, vt poſſeſſio reſtituatur quæ ſola debitori abeſt propter dationem pignoris, non autem dominium, quod ſemper manſit penes debitorem, *Vt in l. indebiti 15. §. ſed et ſi nummi infr. de condict. indeb. iunct. d. l. ſi rem 9. §. propriè & l. cùm ſortis 34. §. 1. infr. de pignor. act.* Eſt enim dominium aliquod etiam poſſeſſionis, & quamquam rem ipſam condicere, & poſſeſſionem rei condicere diuerſa ſunt, ſicut & aliud eſt res ipſa, aliud poſſeſſio rei *l. 3. §. vlt. infr. vti poſſid.* Non eſt tamen nouum, vt res ipſa condicatur ob hoc ſolùm, vt poſſeſſio reſtituatur, *vt in d. §. ſed et ſi nummi*, vbi duo caſus proponuntur. Vnus quo nummi ipſi condicantur, vt eorum poſſeſſio reſtituatur, alius quo poſſeſſio ipſa ſola condicatur, vt eo ſolo caſu impediatur quis & prohibeatur rem ſuam condicere quo dominium condicere velit & intendere dari ſibi rem oportere: quæ tamen propria condictionum diffinitio, & natura eſt. *§. appellamus Inſtit. de action.* licèt generaliùs ac minùs propriè ſumptum condictionis nomen ad omnes in perſonam actiones pertineat per quas intendimus aduerſarium non quidem dare nobis, ſed aliquid facere, vtputa poſſeſſionem reſtituere oportere *l. actionum 25. infr. de oblig. & act.* Eóque ſenſu condictionem hîc accipi neceſſariò fatendum videtur, cùm debitor qui rem ſuam dedit pignori, quia remanet dominus, non poſſit intendere contra creditorem dari ſibi rem ſuam debere, niſi eo ſolo caſu quo res illa inciperet furtiua eſſe per denegationem creditoris & adprehenſionem poſſeſſionis ad inducendam condictionem furtiuam non minùs in odium creditoris pignoratitij furtum tam improbum committentis, ſi rei mobilis pignus fuit, quàm in odium depoſitarij *in d. l. ſi quis inficiatus 12. §. 1. infr. depoſit. iunct. l. inficiando 67. in princip. infr. de furt.* Niſi quis malit hunc locum intelligere de condictione illa generali, quæ eſt ex iure gentium potiùs quàm ex iure ciuili, hoc eſt, quæ rationem & æquitatem naturalem habet magis quàm ciuilem, per quam poſſunt condici res omnes ab his qui non ex iuſta cauſa poſſi-

dent, vt ſcribit Marcianus *in l. rerum quidem 25. infr. rer. amot.* De qua etiam ſenſiſſe videtur Vlpianus *in l. perpetuò 6. infr. de condict. ob turp. vel iniuſt. cauſ.* vbi ait Sabinum perpetuò probaſſe veterum opinionem exiſtimantium id, quod ex iniuſta cauſa apud aliquem ſit, condici poſſe, idque & Celſum putaſſe vt intelligamus non dominium ea condictione repeti, ſed nudam poſſeſſionem, id eſt, detentionem. Nam apud te eſſe dicitur quod qualiter qualiter à te teneatur, penes te verò eſſe quod ſaltem quodammodo poſſideatur *l. penes te 63. de verb. ſignific. l. Titia 34. §. Cauius Seius de legat. 2.* Et de hac condictione ſi quis etiam Vlp. intelligere velit *in d. l. indebiti 15. §. 1.* is meo iudicio non valde errauerit: differt enim à cæteris in eo, quod cùm per cæteras intendamus dari quid nobis oportere, per hanc tamen intendimus debere quid nobis fieri, id eſt, rem reſtitui, quod ad cauſam poſſeſſionis magis quàm dominij refertur.

a *Et fructus ex iniuſta cauſa percepti.* RAT. DVB. Fructus acquiruntur non iure ſeminis, ſed iure ſoli *l. qui ſcit 25. §. 1. de vſur.* Atqui fructus à creditore percepti ex re pignorata ſunt percepti ex re debitoris, quippe qui dominus maneat rei pignoratæ, vt proximè diximus ex *l. pignus 9. Cod. de pignor. act. l. cùm & ſortis 35. §. 1. infr. eod. ill. tit.* Ergo ad debitorem pertinent non ad creditorem & conſequenter vindicandi ſunt, non condicendi, ſcilicet ſi extent, nam ſi conſumpti ſint, aliud eſt *l. 3. Cod. de condict. ex leg. & ſin. cauſ.* Vindicatio enim competit domino, condictio non domino. DEC. Creditor qui fructus percipit ex re pignorata facit eos ſuos, quia percipit eos ex domini voluntate licèt non ideò illos lucretur, quia in ſortem eos imputare cogitur *l. 1. Cod. de pignor. act. iunct. l. ſi ſeruus 61. §. locans infr. de furt.* Proinde vindicare debitor eos non poteſt, nec ſi extent, ſed condicere debet tanquam alienos, ſi ante ſolutum debitum percepti ſint & creditori aliunde plenè ac ſine fructuum imputatione ſatisfactum fuerit. Quòd ſi iam ſoluto debito percepti ſint, cùm non poſſint dici percepti ex voluntate debitoris, ſed potiùs contra eius voluntatem, conſequens eſt vt creditoris fieri non poſſint, ac proinde vt eos vindicare debitor pro ſuo iure poſſit tanquam dominus, neque hoc tantùm, ſed etiam condicere, ſed condictione illa quæ non datur niſi domino, id eſt, condictione furtiua, quoniam in furtiuam cauſam incidunt hoc ipſo quod & nullo iure percepti ſunt, & contra domini voluntatem *dict. §. locans.* Nec diſtinguimus an extantes ſint an conſumpti, *vt in d. l. 3. Cod. de condict. & in l. certum 22. C. de rei vindic.* quia condictio furtiua, & pro extante re furtiua competit, & pro conſumpta *l. ſi pro fure 7. §. vlt. & l. ſeq. infr. de condict. furt.* Quanquam nec dubitandum eſt quin condictio illa generalis, quam proximè diximus dari iure gentium aduerſus eos omnes qui aliquid ex iniuſta cauſa poſſident ex *l. rerum quidem 25. infr. rer. amot. & l. perpetuo 6. infr. de condict. ſin. cauſ.* etiam hoc caſu competat, nec minùs pro fructibus rei pignoratæ, quàm pro re ipſa pignorata poſt ſolutum omne debitum, cùm non poſſint fructus eſſe penes creditorem niſi ſine cauſa adeóque ex iniuſta cauſa, cùm percepti ſunt à creditore cui pleniſſime ſatisfactum ſit & ſortis & vſurarum nomine aliarúmque omnium acceſſionum.

b *Nam etſi colonus.* RAT. DVB. Cùm colonus poſt luſtrum completum, id eſt, poſt quinquennium, in quod tempus ſolebant olim locari prædia, fructus percepit, vel percepit eos ex debitoris eiuſdémque domini voluntate, vel non ex voluntate. Priore caſu nec poſſunt vindicari fructus, nec condici, tanquam qui pleno iure facti ſint conductoris nimirum, ex tacita reconductione, ſiue locatoris voluntas expreſſa fuit, ſiue tacita *l. item quæritur 13. §. qui impleto infr. locat.* Sed hoc caſu conductionis mercedem de qua in priore locatione conuenerat, præſtare debet, quoniam iiſdem legibus & conditionibus facta reconductio intelligitur *d. §. qui impleto.* Poſteriore autem caſu, cùm incidant fructus in cauſam furtiuam, condici certè poſſunt & condictione furtiua *l. inficiando 67. §. vlt. infr. de furt.* Sed non eo minùs vindicari etiam poſſunt, quia condictio furtiua nunquam excludit vindicationem, quomodo excludit ea condictio, de qua in hoc titulo agitur, quia nemo rem ſuam condicit niſi à fure *l. vlt. in fin. ſupr. vſufr. quem caueat. §. ſic itaque Inſtit. de action.* Non ergo debuit adhiberi diſtinctio, quæ hîc ponitur, cùm quæritur, an vindicandi ſint fructus, an condicendi. DEC. Condictio certi de qua in hoc tit. agitur, concurrit etiam cum condictione furtiua, quoniam illa quoque certi condictio eſt *l. cert. condictio 9. verſ. ſed & ex cauſa furtiua infr. hoc tit.* Nec quod vindicatio quoque fructuum furtiuorum poſſit competere, inutilem facit quæſtionem de condictione, nempe quia fructuum conſumptorum vindicatio nulla poteſt ſupereſſe, condictio autem poteſt *d. l. inficiando 67. §. vlt. de furt. l. ſi pro fure 7. §. vlt. infr. de condict. furt.* Benè autem Accurſius notat, videri in dubio durare voluntatem, quæ ſemel interuenit vt ſcilicet reconductio tacitè facta videatur *d. §. qui impleto & l. legem 16. C. eod. tit. de locat.* quamuis aliàs videatur dominus vetare qui non conſentit cùm de furto quæritur *l. qui vas 48. § quòd ſi dominus verſ. vetare infr. de furt.* Sed & animum non repetendi oportet interuenire in domino, ex cuius voluntate fructus percepti ſunt, vt neque vindicare illos poſſit, neque condicere, vt idem Accurſ. notat ex *l. etſi quis 14. §. poteſt tamen ſupr. de rel. gioſ. & ſumptib. funer.*

2 ¶ Ea, quæ vi fluminum importata ſunt, condici poſſunt.

*Ad §. vlt. Ea quæ.*

RAT. DVB. & dec. eadem ferè eſt quæ ad verſiculum vltimum §. præcedentis. Nam quæ vi fluminum ex meo fundo in tuum importata ſunt, ſi eadem manſerunt, vindicari non condici debent, quoniam adhuc mea ſunt: ſi verò coaluerint, & vnitatem cum tua terra fecerint, iam tua ſunt, ideóque nec vindicari nec condici poſſunt *l. hoc amplius 9. §. Alfenus infr. de damn. infe.* Flumina enim cenſitorum vice funguntur vt ex vnius fundo in alium transferant *l. ergo 30. §. alluuio infr. de acquir. rer. domin.* Nullus ergo caſus eſſe videtur in quo ea quæ vi fluminum in alienum prædium importata ſunt, condici poſſint. Sed cùm importata ea demum dicantur, quæ eadem manſerunt, nec dominum mutauerunt, apparet nihil obſtare quominùs & vindicari poſſint, & præterea condici, ſcilicet

ſed

ſi à poſſeſſoribus aut dominis prædiorum, in quæ importata ſunt, detineantur mala fide, quomodo bene hîc noſter explicat Accurſius. Et quidem condictione furtiua, ſi talia ſint, quorum furtum fieri poſſit: quemadmodum fieri poteſt eorum, quæ importantur. Cum non alia importari poſſint, quàm quæ ſunt mobilia. Nam ſi quid de fundi mei terra vi fluminis ita importatum ſit in tuum vt cum tua terra coaluerit, ſicuti iam immobile illud eſt, ita neque condici poteſt, nec magis condictione triticaria quàm furtiua, tametſi poſſit quis etiam rem ſuam immobilem condicere per triticariam eo caſu, quo poſſet rem mobilem condicere per condictionem furtiuam *l. 1. §. vlt. & l. 2. infr. de condict. tritic.* Nec enim mala fide ac iniuſte poſſeſſum videri poteſt, quod iure poſſidetur *l. ſi quis cum ſciret 8. infr. pro emptor.* Furem autem vel malæ fidei poſſeſſorem eſſe quem oportet, vt condictione furtiua, vel ad exemplum furtiuæ, triticaria teneatur.

5. POMPONIVS lib. 22. ad Sabinum.

QVod te mihi dare oporteat, ſi id poſtea perierit, quam per te factum erit, quominus id mihi dares, tuum fore id detrimentum conſtat. ¶ Sed cum quæratur, an per te factum ſit, animaduerti debebit, non ſolum in poteſtate tua fuerit id, necne: aut dolo malo feceris, quominus eſſet, vel fuerit, necne: ſed etiam, ſi aliqua iuſta cauſa ſit, propter quã intelligere deberes, te dare oportere.

*Ad l. Quod te 5.*

RAT. DVB. Vna quæque res perit domino, ſi caſu fortuito pereat *l. quæ fortuitu 6. C. de pignor. act. l. contractus 23. de regul. iur.* Atqui mora debitoris, qui ſpeciem certam debet, cuius alius eſt dominus, non mutat dominium, nec ideo facit debitorem dominum: neque enim mora legitimus modus eſt acquirendi vel amittendi dominij. Ergo neque periculum transferre poteſt in debitorem, neque facere, vt præſtari res poſſit, quæ in rerum natura extare deſiit, cum impoſſibilium nulla ſit obligatio, vt habet iuris regula *l. ſi homo mortuum 8. de verb. oblig. l. impoſſibilium 185. de reg. iur.* Proinde dicendum eſt obligationem intercidere tanquam quæ peruenerit ad eum caſum, à quo incipere non potuit *l. exiſtimo 98. in princ. l. pen. § vlt. de verb. oblig.* DEC. Nemini mora ſua, & fruſtratio prodeſſe debet *l. hominem 37. inf. mandat.* ſed potius nocere *l. in condemnatione 173. §. pen. de reg. iur.* cum vix ſit, vt mora contrahatur ſine culpa *l. mora 32. & l. ſciendum 21. cum ſeqq. inf. de vſur.* non autem melius & conuenientius puniri mora poteſt, quam ſi res, quæ poſt moram periit, habeatur pro adhuc extante *l. ſi ex legati 23. & ſeq. l. ſi ſeruum 91. §. ſequitur & §. vlt. de verb. oblig.* Potuiſſet enim creditor eam vendere, ſi moram paſſus non fuiſſet, atque ita periculum in emptorem transferre *l. item ſi verberatum 15. §. vlt.* vbi dixi *ſupr. de rei vindic. l. cum res 47. §. vlt. inf. de legat. 1. l. item ſi eum 14. §. quid ſi homo in fin. ſup. quod met. cauſ.* Merito igitur conſtitutum eſt, vt moræ effectus præcipuus ille eſſe debeat, vt periculum transferat in eum, qui moram contraxit, ne interitu rei liberetur. Proinde, quod te mihi dare oportet, ſi id poſtea perierit, quã per te factum erit, quominus id mihi dares, tuum id detrimentum & damnum eſſe debet, vt non idcirco intercidat obligatio, ſiue tu eius rei dominus ſis, ſiue alius, dum ne ego. Nec enim res mea mihi deberi aut dari poteſt, cum non poſſit magis fieri mea *l. nemo rem ſuam 82. de verb. obligat. §. ſic itaque Inſtit. de action.* & cum perit, mihi eam perire neceſſe eſt tanquam domino non propter moram tuam, quæ nec vlla interuenire poteſt, cum non ſis debitor, nec mora vlla ibi eſſe intelligatur vbi nulla petitio eſt *l. ſi pupillus 127. de verb. obligat. l. nulla 88. de regul. iuris.* Bene autem Accurſius noſter diſtinguit eorum, quę debentur, tria genera. Vel enim cõſiſtunt in quantitate, vel in genere, vel in ſpecie. Quæ ſunt priorum duorum generum, perire non poſſunt *l. incendium 11. C. ſi cert. petat. l. in ratione 30. §. verum eſt, & §. incerta inf. ad leg. Falcid.* niſi oblatio aliqua facta ſit, & creditor fuerit in mora accipiendi *vt in l. qui decem 72. inf. de ſolut.* nempe quia oblatio eius quod in genere debetur, nonniſi in ſpecie fieri poteſt. Species autem oblata perire iam poteſt, nec alterius periculo, quam eius qui moram fecit. Ideoque ad huius generis debita hæc lex non pertinet quantum ad debitorem, ſed quantum ad creditorem ſi is moram contraxerit. Non quaſi in his quoque debitis moram contrahere non poſſit debitor perinde ac creditor, [quid enim ſi congruo loco & tempore interpellatus debitor ſolutionem recuſauerit? *d. l. mora 32. de vſur.*] ſed quia moræ effectus nullus eſſe poteſt ad transferendum periculum in moratorem in iis rebus, quæ eius naturæ & condicionis ſunt, vt perire non poſſint, nec prius de effectu moræ, quam de periculo tractari vnquam poteſt. Quæ autem in ſpecie debentur, ea demum ſunt, de quibus hæc lex tractat, quia ſpecies & perire poſſunt, & omnes tandem pereunt. Species enim appellant prudentes noſtri, quæ apparent, ac proinde quæ Philoſophi indiuidua appellant. Genera autem quæ illi ſpecies, vt monuimus, quæ cum ſint ex vniuerſalibus & incorporalibus, ſicut neque videri neque vllo corporis ſenſu percipi, ita nec perire poſſunt. Ex quo apparet etiam debita, quæ in quantitate conſiſtunt, poſſe dici in genere quoque conſiſtere, ideoque nec perire, quia non magis tangi poteſt quantitas quàm homo, niſi cum quantitas reducitur ad ſpeciem per numerationem, velut homo ad Stichum aut Pamphilum per oblationem vel ſolutionem, vt proinde poſſint omnia referri ad duo rerum genera, ad ea quæ conſiſtunt in genere, & quę in ſpecie. At cũ debetur Stichus aut Pamphilus, tum vero effectus moræ, de quo hic agitur, aliquis eſſe poteſt, quoniam facile pereunt, & ſui natura vnoquoque inſtanti perire poſſunt *l. cum filiusfamilias 49. de verb. oblig. l. ſi mihi alienum 92. de ſolut.* an autem & quãdo mora contracta ſit facti magis quã iuris quæſtio eſt, vt ſcribit Marcianus *in d. l. mora 32. de vſur.* Etſi enim requiritur, vt debitor congruo loco & congruo tempore interpellatus ſit *d. l. mora,* & conſequenter vt ſciat ſe debere, adeoque vt rei dandæ facultatem habeat, quemadmodum in hac lege ſcriptum eſt, & in *l. ſi in Aſia 12. §. vlt. i. f. depoſit. l. Titia textores 39. §. vlt. de legat. 1. d. l. ſi ex legati 23.*

*d. l. nemo rem ſuam* 82. §. 1. *de verb. oblig.* Noo tamen hoc ſufficit, vt mora omnimodo & cum effectu contracta videatur. Quid enim ſi omiſſa ſit debiti repetendi inſtantia? *vt in d. l. mora ad fin.* Quid ſi iuſta aliqua cauſa fuerit vel differendæ ſolutioois ex parte debitoris, vel recuſandæ ex parte creditoris? *vt in d. l. ſciendum* 21. *& ſeqq. eod. tit. de vſur.* Denique etiam qui ad iudicium prouocat, ſi modo ſine dolo malo id faciat, moram facere non videtur *l. qui ſine dolo* 63. *de regul. iur.* Nempe ſi careat etiam culpa. Nec enim mora dolum requirit, ſi modo habeat culpam *d. l. ſciendum & ſeqq.* Plane interdum nec interpellatio oec ſcientia debiti neceſſaria eſt. Nempe cum mora ipſo iure aut ipſo etiam facto contrahitur: ipſo iure, fauore minoris ætatis *l. Titia Seio* 87. § *vſuras de legat.* 2. *l. in minorum* 3. *C. in quib. cauſ. non eſt neceſſ. in integr. reſt.* aut cum vſuræ debentur in vicem fructuum rei venditæ, vt in *l. curabit* 5. *C. de action. empt. l. Iulianus* 13. §. *veniunt* 20. *inf. eod. ill. tit.* aut pro onerib. matrimonij ſecundum diſtinctionẽ *l. vlt. § præterea C. de iur dot.* Ipſo autem facto, ſi forte debitor hominem debitum occiderit. Non enim hic requirimus, vt ſciuerit ſe debere cum facto ſoo liberationem ſibi acquirere oon potuerit, ideoque perpetuauerit ſuam obligationem *d. l. ſi ſeruum* 91. *in princip. & § nunc videamus d. l. ſi ex legati* 23. *inf. de verb. oblig. l. ſi fideiuſſor* 19. *ſupr. de dolo.* Nec rurſus occiſo per promiſſorem homine, qui debebatur, diſtinctiooi locus vllus relinquitur, an fuerit æque periturus apud creditorem (apparet eoim ſatis non fuiſſe illum æque periturum, cum ooo ſuo facto, ſed debitoris facto perierit) cui tamen diſtinctioni locum eſſe plerique putant, cum res debita naturaliter perit, & an creditor aut petitor æque diſtracturus illam rem fuiſſet, de quo hic late poſt Ioannem & Martinum tractat Accurſius. Nos iam tractauimus *ad d. l. item ſi verberatum* 15. § *vlt. ſupr. de rei vind. & ad l. illud* 40. *ſup. de hered. petit.* Eſt etiam alius moræ effectus præcipuus circa fructus & vſuras. Nã in bonæ fidei iudiciis ex mora debentur & fructus & vſuræ: *d. l. mora § in bonæ fidei l. vſura* 34. *l. videamus* 38. §. *pen. inf. de vſur. d. l. in minorum.* In ſtrictis verò fructus quidem ex die litis cooteſtatæ *l.* 2. *d. l. videamus §. ſi actionem de vſur.* itemque in arbitrariis, vt in rei vindicatione *l. præterea* 20. *& paſſ. ſupr. de rei vindic.* ſed vſoræ nuoqoam, niſi per ſtipulationem promiſſæ *l.* 3. *C. eod. l. Titius* 24. *inf. de præſcript. verb.* quamuis ſi ante litem conteſtatam debitæ fuerint ex ſtipulatione non deſinant lite conteſtata currere. Qui ſenſus eſt *l. lite conteſtata* 35. *de vſur.* vt explicauimus *in error.* 1. *decad.* 1. *de error. pragmat.*

2 *Non ſolum in poteſtate tua id fuerit necne.* RATIO DVB. Difficultas præſtationis non excuſat à mora, quoniam multum recedit ab impedimento naturali *l. continuus* 137. § *illud inf. de verb. obligat.* Ergo nihil intereſt, an id quod mihi dare debes in poteſtate tua ſit, necne. Poteſtatem enim hic pro dandi facultate intelligere debemus, *vt & in l. quoties* 21. §. *in poteſtate ſup. de noxal. action.* DEC. Difficultas quidem præſtationis non impedit obligationem, ſed tamen excuſat à mora, ſi difficultatem oulla culpa præceſſerit. Quid enim poſſis ei imputare, qui etiamſi ſoluere maxime velit, tamen non poſſit? *l. cum quidam* 17. §. *ſi pupillo inf. de vſur.* Sed intellige de difficultate, quæ ex improuiſo & poſt contractam obligationem ſuperuenerit, noo de ea, quæ iam fuerit, aut quæ præuideri potuerit eo tempore, quo obligatio cootrahebatur. Illa enim ſicuti noo impedit obligationem, ita neque à mora excuſat, oon magis, quam caſus, quem culpa præcedit *l. item Mela* 11. *in princ. ſup. ad l. Aquil.* Culpa autem eſt, adeoque dolo proxima, ſi quis promittat id quod ſciat præſtare ſe non poſſe *l. pen. infr. de iur. dot.* oiſi promiſerit ſe præſtaturum, cum erit commodum, aut, quod effectu penè idem eſt, cum poterit *vt in l. nepos Proculo* 125. *de verb. ſignific.* Plane in poteſtate ſua etiam is habere videtur, cuius dolo malo factum eſt, ne habeat *l. electio* 26. §. *item ſi ex pluribus & §. ſi is quem ſup. de noxal. act.* quemadmodum ſolemus dicere, dolum pro poſſeſſione eſſe *l. qui dolo* 131. *de reg. iur.*

6. PAVLVS lib. 28. ad Edictum.

CErtum eſt, cuius ſpecies vel quantitas, quæ in obligatione verſatur, aut nomine ſuo, aut ea demonſtratione, quæ nominis vice fungitur, qualis quantáve ſit, oſtenditur. Nam & Pedius libro primo de ſtipulationibus nihil referre ait: proprio nomine res appellentur, an digito oſtendantur, an vocabulis quibuſdam demonſtrentur, quatenus mutua vice fungantur, quæ tantundem præſtent.

*Ad l. Certum eſt 6.*

Quoniam Prætor io verbis edicti, quod propoſuit de coodictione certi ſic locutus eſt, *Si certum petatur*, conueniens fuit, vt Paulus, qui ioterpretationem ſcripſit ad edictum perinde ac Vlpianus explicaret, quod Vlpianus facturom ſe receperat *in l.* 1. *ſup.* quid certi appellatione contineatur. Ait autem certum eſſe, cuius ſpecies vel qoantitas, quæ in obligatione verſatur, aut nomioe ſuo, aut ea demonſtratione, quæ oominis vice fungatur, qualis quantaque ſit, oſtenditur. Qualitas enim & quaotitas accidentia præcipua ſunt, ex quibus ipſa etiam rei ſubſtantia ſic deſignatur, vt oon poſſit incertum manere id, de quo agitur, ſi modo tale ſit, vt in quãtitate conſiſtat, vt puta ſi de tritico aut vino tractetur. Qui enim promitteret triticum Africum, aut vinum Campanum, niſi etiam quantitatem adiiceret, pota tritici Africi modios cẽtum, aut vioi Campani amphoras centom, nihil certum promitteret, quia æque triticum eſſet Africum & vinum Campanum, quod ſiue maiore, ſiue minore quantitate contineretur. At neque certum erit, quod ita promiſſum fuerit, niſi addatur tritici Africi optimi, vel vini Campani optimi, nec ſi adiectum ſit boni, quia bono melius inuenitur, vt eleganter Vlpianus ratiocinatur *in l. vbi autem* 75. §. 1. *inf. de verb. oblig.* Id demum aotem certum eſt, quod ita ſignificatur & exprimitur, vt alteri rei aptari oon poſſit, alioqui diceodum eſt incertum, quod ita expreſſum eſt, vt neſciri poſſit quid præciſè eo oomine ſignificetur, *d. l. vbi autem in princip. & Inſtit. tit. de verb. obligat.* Cum enim nomina non ad alium finem, quàm ad res ſignificandas comparata ſint, *l. Labeo* 7. §. 1. *inf. de ſu-*

pell. le-

*pell legat.* nomina certa eſſe oportet ac eius rei propria cuius nomina ſunt, vt rem certam ſignificent. At cùm agitur de re quæ conſiſtat in ſpecie, puta de Sticho, aut Pamphilo, qualitas ſola exprimenda eſt ſi fortè plures ſint eiuſdem nominis, nec quantitatis adiectio vlla neceſſaria eſt. Nam & homo ipſe in genere promiſſus certa ſpecie continetur, inquit Paulus *in l. inter ſtipulantem 83. §. ſacram infr. de verb. oblig.* RAT. DVB. Qui mutuos dedit centum modios frumenti, aut mutuas centum amphoras vini, etiamſi neque adiecerit tritici Africi aut vini Campani, neque optimi, habet tamen certi cōdictionem ea mutuo: quia verè mutuum eſt ex quo datur ſemper condictio certi *l. 2. §. 1 ſupr.* Ergo ſufficit expreſſam eſſe quantitatem etiamſi qualitas expreſſa non ſit. DEC. Certa fit qualitas per relationem ad eam quantitatem quæ mutua data fuit cùm in mutuo id actum videri debeat, vt eiuſdem bonitatis & qualitatis res redderetur *l. cùm quid 3. ſupr.* Et ita benè Accurſius explicat. Nihil autem intereſt, an quid certum ſit per ſe, an per relationem ad rem certam *l. ait prætor 5. § 1. infr. de re iudic. d. l. vbi autem § ſed qui vinum & ſeq. de verb. oblig.* Sicut nec quicquam referre ſolet, an quid ex æquipollentibus fiat, vt ſequitur in hac lege, quæ omniū optimè hoc probat. *Adde l. vlt. § .. infr. mandat. l. mulier 22 verſ Braſidas infr ad SC. Treb.*

a *Nam & Pedius.* RAT. DVB Cuiuſque rei nomen proprium magis aptum & conueniens eſt ad rem ſignificandam certiſſimè, quàm demonſtratio quæ falſa plerunque eſt *l. demonſtratio 7 l. falſa 23. infr. de condict. & dem.* Habent enim ſpecies ſingulæ ferè omnes duo nomina, vnum naturale, id eſt ipſius generis cuius naturam ea ſpecies habet, alterum proprium & impoſititium quod ex arbitrio imponentis pendeat, vt cùm dicimus *hominem Stichum* aut *Pamphilum* vel *fundum Cornelianum* aut *Sempronianum l. ſi quis in fundi vocabulo 4. infr. de legat. 1.* Vnde fit vt in nomine vix errari poſſit, in demonſtratione autem facillimè. DEC. Etiam demonſtratio plerumque vice nominis fungitur, ſcilicet cùm eſt certa, adeóque interdum licèt falſa ſit dummodò certum ſit de qua re teſtator, aut contrahentes ſenſerint *l. nominatim 34. infr. de condic. & demonſtr.* vbi dicitur nominatim alicui legatum videri non ſolùm ſi teſtator ita legauerit *Lucio Titio*, ſed etiamſi per demonſtrationem corporis, vel artificij, vel officij, vel neceſſitudinis, vel adfinitatis: nihil enim intereſſe. Iunge *l. ſi in rem 6. ad fin. ſupr. de rei vindic.* Quid enim proſunt vana nominum vocabula, vt Iuſtinianus loquitur *in l. 2. §. penult. Cod. de conſtit. pecun.* ſi modò conſtet de corpore? Nam & in nomine ipſo plerunque erratur *l. quoties 9. in princip. infr. de hered. inſtit.* Benè igitur Pedius dicebat nihil referre, an proprio nomine res appelletur, an digito oſtendatur, an vocabulis quibuſdam demonſtretur: ſiquidem hæc omnia mutua vice funguntur, cùm tantundem præſtent. Hoc vnum nimirum, vt rem certam de qua agitur certò deſignent, ne dubitari poſſit quin illa ipſa ſit. Cæterùm in aliis nonnullis intereſt plerunque an ſub proprio nomine, an ſub appellatiuo quis deſignetur, vt in *l nonnumquam 24. infr. ad SC. Trebell. l. turpia 54. § vlt. de legat. 1. l ſiue à certis 17. infr. de duob. reis.* Quòd ſi & nomen adiectum ſit & demonſtratio, potior habenda erit ratio nominis à quo incepit ſtipulatio, quàm demonſtrationis *l ſi communis ſeruus 37. infr. de ſtipul. ſeruor.* Demonſtratio enim fungitur vice nominis, non etiam nomen vice demonſtrationis.

7. VLPIANVS libro 26. ad Edictum.

OMnia quæ inſeri ſtipulationibus poſſunt, eadem poſſunt etiam numerationi pecuniæ, & ideò & condiciones.

*Ad l. Omnia 7.*

RAT. DVB. Traditio nihil aliud ſignificat, quàm actum ipſum naturalem tradendi per quem transfertur poſſeſſio, & factum tradentis. Eſt enim traditio tota facti *l. conſilio 7. §. vlt. de curat furioſ.* Atqui naturæ facta omnia realia ſunt, & conſequenter pura & præſentia, nec quicquam eſt quod natura faciat in diem, vel ſub condicione. Ergo abſurdum videtur, quod hæc lex ait, omnia quæ inſeri ſtipulationibus poſſunt, inſeri etiam poſſe numerationi, etiam condiciones, quid enim aliud eſt numeratio pecuniæ quàm traditio? quamuis non æquè omnis traditio ſit numeratio. Nec ſanè bona videtur hæc ſtipulationum comparatio, cùm ſtipulationes nihil aliud ſint quàm ſolennium verborum conceptiones quæ pro ſtipulantium arbitrio formantur aliquando purè, aliquando in diem, aliquando etiam ſub condicione *§. omnis ſtipulatio Inſtit. de verb. oblig.* neque in iis naturæ factum vllum verſatur extra prolationem verborum. DEC. Actus etiam naturales numquam operari poſſunt vltra intentionem agentium *l. non omnis 19. infr. hoc tit.* Proinde cùm traditio aliqua fit ſiue numeratæ pecuniæ ſiue alterius rei cuiuſlibet, inſpiciendum ſemper eſt qua mente fiat, an transferendæ tantùm poſſeſſionis gratia, an verò transferendi etiam dominij, & an purè an in diem aut ſub condicione. Nam & rerum dominia poſſunt eſſe in pendenti *l. de hereditate 19. §. quid autem infr. de caſtrenſ. pecul. l. arboribus 12. §. vlt a- l às l. ſi f r vbi di .. in l. quid ergo 70. §. 1 ſupr. de vſufr. §. ſi ab hoſtib. Inſtit. quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit.* & poſſeſſio quoque licèt magis facti ſit quàm iuris, ſub condicione transferri poteſt *l. qui abſenti 38. §. 1 infr. de acquir. poſſ* Itaque actus quidem ipſe traditionis non niſi purè fieri poteſt, ſed effectus ipſe traditionis, & diem recipere poteſt, & condicionem, non minùs quàm ſtipulatio: quia tam in traditionibus quàm in ſtipulationibus ſemper ſequi debemus id quod actum eſt *l. in traditionib. 48. ſupr. de pact. l. ſemper in ſtipulationib 34. de regul. iur. ſic in l. dotis 7. § vlt. & l. ſeq l ſi ego 9. §. ſi res infr. de iur. dot.* Sic dicimus ſolutionem quoque facti eſſe *d. l. conſilio 7. §. vlt. de curat. furioſ.* nec eo minùs tamen fieri poſſe ſub condicione, ſiue per traditionem, & realem numerationem fiat, ſiue per acceptilationem *l. ſub condicione 16. infr de ſolut.* in cuius ſpecie hoc amplius eſt, quod in ea dominium numeratæ pecuniæ transfertur purè, nec tamen cedit in ſolutum niſi ſub condicione. Aliud enim eſt dominium transferri, aliud verò in ſolutum dari. Siquidem licèt datio omnis in ſolutum dominij tranſlatio ſit, non tamen perinde omnis dominij tranſlatio in ſolutum datio eſt. Se namque habent tanquam genus & ſpecies, & poſita quidem ſpecie ponitur genus, ſed non contrà.



Digitized by Google

8. POMPONIVS libro 6. ex Plautio.

PRoinde mutui datio interdum pendet, vt ex poſtfacto confirmetur: veluti ſi dem tibi mutuos nummos, vt, ſi cōdicio aliqua extiterit, tui fiant, ſiſq; mihi obligatus. Item ſi legatā[a] pecuniā heres crediderit, deinde legatarius eā noluit ad ſe pertinere: quia heredis ex die aditæ hereditatis videntur nummi fuiſſe, vt credita pecunia peti poſſit. Nā Iulianus[b] ait, & traditiones ab herede factas ad id tēpus redigi, quo hereditas adita fuerit, cùm repudiatū ſit legatū, aut adpoſitū.

*Ad l. Proinde* 8.

RAT. DVB. Mutuum ex eo appellatum eſt, quod de meo tuum fiat *l. 2. § appellata ſup. hoc tit.* Neceſſe igitur eſt de meo tuum fieri vel eo inſtanti quo mutuum contrahitur vel numquam: Alioqui traditione & contractu duplici opus erit ſi per primam traditionem factum non ſit de meo tuum. Proinde nō poteſt mutui datio pendēre vt ex poſtfacto confirmetur. DEC. Etiam numerationi pecuniæ poteſt inſeri condicio non minùs quàm ſtipulationi, vt dictum *eſt in lege præced.* Condicionis autem proprium eſt vt ſuſpendat non actum quidem & contractum ipſum (eſt enim contractus & quidem perfectus licèt condicionalis etiam priùs quàm condicio exiſtat *l. ſi filiusfamilias 78. infr. de verb. obligat. l. qui balneum 9. l. potior 11. §. 1 infr. qui potior. in pignor. hab.* ſed vim poteſtatem & effectum contractus, vt ex eo neque dominium neque poſſeſſio transferatur ante condicionem exiſtentem, adeoque nec vlla ex eiuſmodi contractu priùs naſcatur obligatio *l. pecuniam 36. infr. hoc tit. l. cedere diem 213. de verb. ſignific.* Cùm igitur dare nihil aliud ſit quàm dominium transferre *l. vbi autem 75. §. vlt. infr. de verb. oblig.* conſequens eſt vt mutui dationem pendēre neceſſe ſit & ex poſtfacto confirmari ſi mutuos tibi dederim nummos ea lege, vt non priùs tui fiant, nec priùs mihi ſis obligatus ex mutuo quàm aliqua condicio extiterit. Nam neque mutuum priùs eſſe poteſt, quam de meo tuum factum ſit, neque meo tuum priùs fieri quam euenerit cōdicio ſub qua mutuum contractum eſt. Ita fit vt quemadmodum ante condicionis euentum nulla obligatio contracta dici poteſt. Ita condicione exiſtente mutuum confirmetur, & quæ ſimplex fuerat traditio numeratæ pecuniæ, euadat in mutui dationem nec alio nouo contractu, nouáque traditione vlla opus ſit, non quia condicio ſemel exiſtens retrotrahatur ad tempus præteritum, vt vulgo malè noſtri auumant (cùm enim condicio nihil aliud ſit quàm priuatio, vt ita dixerim, puritatis, certè nihil eſt, ideóque nec retrotrahi poteſt, ſiquidem non entis nullæ poſſunt eſſe qualitates) ſed quia euentus condicionis facit vt contractus habeatur pro puro, quandoquidem ſola condicio faciebat ne purus eſſet *d. l. potior §. 1.* ſicut & eiuſdem condicionis defectus efficit vt contractus qui antea erat aliquis & condicionalis habeatur exinde pro nullo.

a *Item ſi legatum.* RAT. DVB. Nemo inuitus legatum agnoſcere compellitur quamuis lucroſum, quia omne legatum donatio eſt *l. legatum eſt 6. de leg. 1.* & conſequenter beneficium, inuito autem beneficium non datur vt habet iuris regula *l. inuito 69. de regul. iur. l. nec emere 16. C. de iur. delib.* Itaque agnitionem legati ſecutam eſſe neceſſe eſt, vt legatario legatum acquiratur *l. eis qui 13. infr. de condic. inſtit.* Ergo ſi heres pecuniam per modum ſpeciei legatam, puta centum quæ in arca teſtator habebat, alicui crediderit antequàm legatum à legatario agnitum ſit, dicendum eſt, mutuum ſtatim contrahi, fieriq; nummos accipientis, cùm interim dominium fuerit heredis qui credidit, non legatarij, nec proinde expectandū vt heres nolit legatum ad ſe pertinere. Igitur nō pēdet hoc caſu datio mutui nec tranſlatio dominij pecuniæ creditæ. DEC. Legatū ſpeciei, aut quod idem eſt generis relicti per modū ſpeciei vt in exēplo propoſito tā citò facit tā legatā legatarij atque hereditas heredis res ſingulas ceteras hereditarias, ita vt dominiū recta via trāſeat à teſtatore in legatariū, quaſi nunquā factū heredis *l. legatū 80. de legat. 1. l. à Titio 64. ad fin. infr. de furt.* Nēpe ſi agnitio legati poſtea ſequatur adita quādocūq; hereditate. Nā ſi legatarius legatū repudiaret, nūquā eius fuiſſe videretur, ſed ab initio fuiſſe heredis *l. ſeruū filij 44. §. 1. l. ſi tibi homo 86. §. cū ſeruum de legat. 1.* Proinde neceſſe eſt pendere hoc caſu dominium, eſt enim hic caſus ex eorū numero in quib. ex poſtfacto apparet quid ante fuerit *l. quadā 15. infr. de reb. dub. l. qui res 98. in princip. & §. 1. infr. de ſolut.* Duplex ſiquidem eſt acquiſitio legati, vna reuocabilis ſecundū quā acquiritur legatū ignoranti & dormienti legatario *l. cum pater 77. §. ſurdo de legat. 2. l. filiusfam. 16. §. 1. infr. qui teſtam. facer. poſſ.* vt ſaluum ſit legatario ius repudiandi *d. l. 44. §. 1 & l. 56. § cùm ſeruus de legat. 1.* Alia verò irreuocabilis per quā nō acquiritur legatū niſi volēti, ſed ita vt poſt agnitionem libera nō ſit repudiandi poteſtas, adeò vt nec agnoſci pro parte poſſit, & pro parte repudiari *l. legatarius 38. in princip. & §. 1 eod. tit. l. Titia cùm teſtamēto 33. §. Lucia Titia de legat. 2.* Quod enim ſemel acquiſitū eſt, repudiari amplius nō poteſt *l. 1. §. decreta in infr. de ſucceſſ. edict.* Verum igitur eſt, quod in hac lege ſcribit Pomp. ſi legatā pecuniam heres crediderit, deinde legatarius eā noluerit ad ſe pertinere, heredē poſſe illam pecuniam quaſi creditam petere, quia videntur nummi eius fuiſſe ex die aditæ hereditatis *d. §. cum ſeruus* i. ex die mortis. Nā hereditas adita quādocunq; ex die mortis adita fuiſſe retrofingitur *l. heres quādocunq. 54. de acquir. hered. l. omnis hereditas 138. l. omnia ferè 193. de regul. iur.*

b *Nā & Iulianus ait.* Ratio dubitandi & decidēdi eſt eadē, quæ ad ſententiā proximè præcedentē. Nā & cū mutui dātur nūmi, qui per modū ſpeciei fuerant legati traditionē interuenire neceſſe eſt, cum mutuum nō niſi re & traditione cōtrahatur *l. 1. §. re contrahitur infr. de oblig. & action. & Inſtit. quib. mod. re contr. oblig. in princip.* Debet igitur hic verſiculus vt differat à ſuperiore, intelligi de traditione rei quidē legatæ, & ab herede traditæ antequam legatum vel repudiatum ſit vel acquiſitū, ſed de traditione facta rei legatæ extra cauſam mutui, puta ſi fundus Titio legatus ſit, & eū ſundum heres ante agnitionē vel repudiationem legati vendiderit aut donauerit Sēpronio. Nā ſi Titius legatū poſteà agnoſcat, videbitur à nō domino facta traditio quæ ab herede facta eſt, ideóque nec quicquam proderit Sempronio: ſi autem Titius repudiauerit, valebit traditio, ex eáq; dominij tranſlatio ſecuta videbitur ac ſi nec legatū fuiſſet *d. l. legatarius 38. §. 1. & d. l. ſeruum filij 44. §. 1. de legat. 1. l. ſi miles Titio 31. infr. de teſtam. milit.* Redigūtur

ergo

ergo traditiones ab herede factę ad id tempus, quo hereditas adita fuerit, ſiue repudiatum ſit legatum, ſiue *adqua ſitum*, quomodo ſcribere ſolet Horatius Florentinus pro *adqu ſitum*, vt bene docuit Cuiac. *lib 2. obſeruat. cap.* 9. non vt habet vulgata lectio *ad poſitum*, quæ nullius hîc ſenſus lectio eſt, licet eam ſuo more interpretari conetur Accurſius. Caue autem, ne hanc legem intelligas de re legata ſub conditione. Etſi enim legatum ſub conditione pendet, quandiu pendet conditio, ſub qua relictum eſt, dominium tamen rei ſub conditione legatæ non pendet, quia interim pleno iure eſt heredis, licet exiſtente quandocunque conditione legati poſtmodum agniti, ſicut retrofingitur legatum fuiſſe ab initio purum, ita & dominium retrofingitur legatario acquiſitum ex die aditæ hereditatis, *l & poſt litem* 12 *§. res qua ſupr. fam. l. erciſcund l. generaliter* 29. *§. 1. inf quis & à quib. manum.* At cum legatum purum eſt, dici nequit, cuius interim ſit pleno iure, an heredis, an legatarij, quouſque legatarius vel agnouerit legatum, vel repudiauerit. Ergo tota hæc lex intelligenda eſt de legato puro, de quo etiam *in l. Titio & Seia* 34. *cum duab ſeqq ſup. ad leg Aquil.* Ideo autem tam in hac lege, quàm in alijs pleriſque fit mentio aditæ hereditatis, quoniam aditio hæreditatis eſt conditio ſine qua non poſſet valere legatum, cum non adita hereditate legata corruere neceſſe ſit, & cętera omnia quę teſtamento continentur *l. ea quam* 14. *C. de fideic. l. ſi nemo* 1. *f. de teſtam. tutel. l. ſi nemo* 181. *de regul. iur.*

9. VPIANVS libro 26. ad Edictum.

CErti condictio competit ex omni cauſa[a], ex omni obligatione, ex qua certum petitur[b]: ſiue ex certo contractu petatur[c], ſiue ex incerto[d], licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodò præſens ſit obligatio: ceterùm ſi in diem[e] ſit, vel ſub conditionem obligatio: ante diem, vel conditionem non potero agere.

*Ad l. Certi condictio 9.*

Putant noſtri eſſe hanc legem de certi condictione generali, quæ differat à condictionibus certi ſpecialibus ex mutuo, aut ex ſtipulatione vel aliis ſimilibus. Sed hanc ſententiam refutauimus *in error. 3. decad. 83 de error. pragmat.* vnde peti volumus, quæ alioquin hîc tractanda eſſent. Vnica enim certi condictio eſt, per quam ſemper certum petitur ſiue ex certo ſiue ex incerto contractu, vt hæc lex ait, ſed ex cauſa aliqua ſpeciali, ſiue mutui, ſiue ſtipulationis, ſiue alia huiuſmodi qualibet. Eoque ſenſu poteſt dici condictio certi generalis, quia ſpecialibus cauſis ſingulis conuenit, non quaſi ſit aliqua condictio certi ſpecialis, quæ differat à certi condictione generali, aut quaſi hæc certi condictio generalis ſeparatim, & per ſe exerceri poſſit, nulla ſpeciali cauſa adiecta, aut denique, quaſi etiam triticariam contineat, aut condictionem ſine cauſa, quoties per eas actiones certum petitur, puta fundus aut Stichus l. *cum fundus* 31. *in princip. inf. hoc tit.* Nametſi triticaria datur ad rem certam, ita tamen datur, ne pecunia petatur, *inf de condict. tritic.* Condictio autem certi datur quidem etiam pro fundo vel Sticho, ſed ita vt per eam non tam fundus vel Stichus, quam pecunia certáque ſpecie petitæ æſtimatio petatur. itaque nunquam poſſunt triticaria & condictio certi concurrere, vt à nobis pluribus comprobatum eſt *dict. error. 3. in fin. deca.* 83; *& ſeqq.*

a *Ex omni cauſa & ex omni obligati ne.* Non ſunt iſta ſynonyma, & quæ inculcationem verborum contineant, vt quidam apud Accurſium crediderunt, ſed ita diſtinguenda, vt cauſam dicerit Vlpianus pro contractu, vel quaſi, aut maleficio, vel quaſi, aut alia re qualibet, ea qua naſcatur obligatio. Obligationem vero pro effectu illius cauſæ, quo modo bene, ac melius quam alij, idem noſter interpretatur Accurſius. Naſcuntur enim obligationes omnes ex ſupradictis cauſis aliiſque variis cauſarum figuris *l. 1. in princip. inf. de obligat. & act.* ſicut ex obligationibus ipſis naſcuntur actiones perſonales *l. licet* 42. *§ ea obligatio ſupr. de procurat. & Inſtit. de verb oblig in princip.* Valde autem torquet ſe Accurſius, ac poſt eum cæteri, in quærenda ratione, cur hæc certi condictio generalis inducta ſit, cum ſpeciales ſufficiant. Nimirum ſupponunt eſſe quaſdam certi condictiones ſpeciales, quæ reipſa & numero differant à generali, quod nos iam refutauimus. Et certe vel ob hoc maxime credere interpretes debuerunt, aut nullam eſſe certi condictionem generalem, aut nullas eſſe ſpeciales, cum non ſine cauſa & neceſſitate multiplicandæ ſint actiones, vt neque apud Philoſophos entia. Reſpondet tamen Accurſius aliquos eſſe caſus, in quibus certi condictio ſpecialis nulla competere poteſt. Tres autem adfert. Primum illum ſi ſtipuler decem, aut quid aliud certum. Secundum ſi ſtipuler factum aliquod & petam id quod intereſt, quod non ſum ſtipulatus. Tertium ſi ſpecialis condictio ſit famoſa. nolim tamen ego aduerſarium puta fratrem meum infamare & pecuniam nihilominus velim petere, ſed male in omnib. Nam qui certum ſtipulatur, perinde habet condictionem certi ex ſtipulatione, atque is qui mutuam pecuniam dedit, habet condictionem certi ex mutuo *l. ſi quis certum* 24. *inf. hoc tit. & Inſt. de verb. oblig. in princip.* Qui verò factum aliquod ſtipulatur, vtiq; incertum ſtipulatur *l. vbi autem* 75. *§. quis id quod inf. de verb. oblig.* proinde certi condictione agere nõ poteſt, per quam nihil niſi certum petitur. Multo minus ad id quod intereſt, quod ſemper æque incertum eſt *l. vlt. inf de prætor ſtipul iunct. l. ſi quis ab alio* 13. *§. vlt. infra de re iudicaria. leg quatenus* 24 *de regulis iuris.* de quo egi pluribus in *error. 4. decad. 83. de erroribus Pragmaticorum.* Denique ſpecialis condictio certi famoſa nulla eſt, quæ generalem facere poſſit neceſſariam: ſi qua enim eſſet famoſa, ea maxime eſſet, quæ ex famoſa cauſa penderet, cuiuſmodi eſt condictio furtiua: quam tamen conſtat famoſam non eſſe *l. ceſſat* 36. *de oblig. & action* Idem Accurſius quærit, vtrum hæc certi condictio pereat tanto tẽpore quanto perit actio, in cuius locum datur puta redhibitoria. Et ait petire tanquam quæ eius actionis, in cuius vicem ſubrogatur, naturam induat & repræſentet *argument. l. ſi eum* 10. *§. qui iniuriarum ſup. ſi quis caution l. in duob.* 28. *§. exceptio inf. tit. prox.* Sed non puto. datur enim redhibitoria ad factum, id eſt ad redhibendum *l. redhibere* 21. *in princip.* ac proinde vt modo diximus, ad rem incertam *d. §.* qui id quod

contrahat *l. ſi quis 5. §. hæres quoque infr. de oblig. & act.* *iunct l. 3. § vlt. & l. ſeq. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.*

a *Et ex lege Aquilia.* RAT. DVB. Ex lege Aquilia datur actio in occiſorem quanti plurimi res fuit eo anno retrorſum computato *l. ait lex 21. ſupr. ad l. Aquil.* propter quam cauſam dicitur actio illa pœnalis *§. his autem verbis Inſtit. eod. tit.* vbi ex hoc infertur non dari eam contra heredem. Atqui condictio certi nullo modo pœnalis eſt, ſed merè rei perſecutoria, vt ſunt cæteræ condictiones omnes quæ ideo dantur ſemper in heredem in ſolidum, adeò vt nec furtiua condictio excipiatur ab hac regula, quamuis detur ex delicto, id eſt ea furto *l. in condictione 9. infr. de condict. furt.* Ergo ex cauſa legis Aquiliæ competere certi condictio non poteſt. DEC. Condictio certi competit ex quacunque cauſa, nec minùs ex maleficiò, vel quaſi, quàm ex contractu, vel quaſi, dummodò certum ſit id quod petitur, vt initio huius legis ſcriptum eſt. Atqui etiam ex lege Aquilia certum petitur, ſiue occiſus homo petatur à debitore ipſo qui occiderit (perinde enim peti poteſt, & debet ac ſi adhuc viueret *l. ſi ſeruum 91. in princip. & §. vlt. infr. de verb. oblig.*) ſiue ad veram æſtimationem agant, quę fuit mortis tempore, ſumpto mortis nomine ἐν πλάτει, vt loquitur *Vlp. in l. 3. infr. de condict. triticar.* Semper enim certum precium eſt, quod eſt verum, quódque ad certum tempus refertur *l. in lege Falcidia 62. in fi. infr. ad leg. Falcid.* Ergo etiam ea cauſa legis Aquiliæ certi condictio poteſt competere: ſed longè aliter quàm actio ipſa legis Aquiliæ. Illa enim pœnalis eſt, quia perſequitur quanti plurimi res fuit eo anno retrorſum computato, & præterea creſcit per inficiationem *leg. 4. Cod. de leg. Aquil.* Hæc autem certi condictio nunquam pœnalis eſt, nec per inficiationem creſcit, vt iam ſuprà diximus *ex l. item veniunt 20. §. cùm prædiximus ſupr. de hered. petit.* ſcripſi latiùs *in Error. 3. Decad. 84. de error. pragmat.* Accurſius non ſatis clarè hoc explicat. Illud certè malè addit, condictionem hanc eſſe temporalem cùm redditur loco ædilitiarum, idque nos iam ſuprà refutauimus.

b *Sed & ex cauſa furtiua.* RAT. DVB. Condictio furtiua nunquam concurrit cum alia vlla condictione. Habet enim propriam & ſeparatam naturam à cæteris omnibus. In eo præſertim quod datur ſoli domino aduerſus non dominum. Cæteræ autem omnes non domino aduerſus dominum *l. 1. infr. de condict. furt. d. l. vltim. ſupr. vſufr. quemadm. caueat.* Ergo non poteſt certi condictio ex cauſa furtiua competere. DEC. Condictionem certi ex cauſa furtiua, cùm dicimus, non duplicem condictionem intelligimus, vnam quæ ſit condictio certi, alteram quæ ſit condictio furtiua: ſed vnicam duntaxat quæ & certi eſt ſi per eam certum petatur, & furtiua cùm ex cauſa furtiua detur. Quemadmodum & condictio triticaria eſſet etiam condictio furtiua, ſi quis rem furtiuam ipſam condiceret non ipſius æſtimationem *l. 1. §. vltim. & l. ſeq. infr. de condict. tritic.* Ex quo intelligimus tanto magis verum eſſe quod in præcedentibus docuimus condictionem certi generalem nullam eſſe quæ reuera ſit diſtincta à ſpecialibus, ſed quæ tamen non aliter in iudicium deduci poteſt, quàm ſi ſingulis & ſpecialibus ſuis cauſis applicetur, à quibus propriam ac ſpecialem naturam accipiat, propter quam incipiat dici condictio certi furtiua, vel ex mutuo, vel ex ſtipulatione, vel ex legato, vel ex lege Aquilia, vel ex alia denique qualibet cauſa. Idque probatur etiam optimè ex *§. quoniam autem infr. hac lege.*

c *Sed niſi ex Senatuſconſulto.* RAT. DVB. Reſtituta hereditate fideicommiſſaria ex SC. Trebelliano, nihilominùs heres manet is qui reſtituit *§. reſtituta Inſtit. de fideic. hered.* Quiſquis enim ſemel heres fuit ſemper, heres perſeuerat *leg. ait Prætor 7. §. ſed quod Papinianus ſupr. de minor. l. et qui ſoluendo 68. infr. de hered. inſt.* Heres autem quatenus heres eſt, ſuccedit in iura defuncti omnia, & in eum tranſeunt omnes hereditariæ actiones tam actiuæ quàm paſſiuæ *leg. vlt. & tot. tit. C. de heredit. act.* Ergo certi condictio quæ defuncto competiit, & poſt eum heredi non alij quàm heredi ipſi competere poteſt etiam poſt factam hereditatis reſtitutionem. DEC. Poſt reſtitutam hereditatem ex SC. Trebelliano, actiones omnes quæ defuncto & in defunctum competebant, & quæ ex lege 12. tabul. tranſlatæ fuerant à defuncto in heredem, tranſeunt poteſtate Senatuſconſulti ab herede in fideicommiſſarium, ſiue ciuiles illæ fuerint, ſiue prætoriæ, ſiue ædilitiæ, non quidem directæ, quippe quæ ab heredis perſona ſeparari non poſſunt, ſed vtiles *l. 1. & 2. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano infr. ad SC. Trebell.* Quæ res facit, vt ſi heres poſt reſtitutionem hereditatis directis actionibus experiri volet, repellendus ſit exceptione reſtitutæ hereditatis *d. §. qui ex Trebelliano.* Neque enim eundem debitorem eadem actione duobus cum effectu teneri æquum eſſet, vni directa, alij verò vtili *leg. ſi pecunia 77. de legat. 1.* Citra reſtitutionem nullæ actiones hereditariæ competunt fideicommiſſario, niſi, inquit Accurſ. in tribus illis caſibus, de quibus in *leg. penult. C. ad SC. Trebell.*

¶ 2 Siue autem ſuo nomine quis obligatus ſit, ſiue alieno: per hanc actionem rectè conuenitur.

*Ad §. 2. Siue autem.*

RAT. DVB. Quiſquis agit condictione certi, aut etiam alia condictione qualibet, intendit aduerſarium ipſum dare ſibi oportere *§. appellamus Inſtit. de action.* Ergo non alius hac condictione poteſt cõueniri quàm qui ipſe dare debet, id eſt dominium transferre *§. ſic itaque eod. l. vbi autem 75. §. vlt. de verbor. oblig.* Non poteſt enim fieri, vt duo eandem rem dare eiuſque dominium transferre poſſint, aut debeant, vnus ſuo nomine, alius alieno, non magis quàm vt duo ſint eiuſdem rei domini in ſolidum *l. 5. §. ſi duobus vehiculum infr. commod.* DEC. Tam poteſt dare, ac dominium transferre is qui alieno nomine obligatus eſt ad dandum, quàm qui ſuo, cùm ſi non ſit dominus, poſſit tamen dominium ſibi à domino acquirere, vt in *l. non dubium 14. §. vlt. de legat. 3.* aut aliter facere, vt dominium quoquomodo efficiatur ſtipulatoris *d. l. vbi autem §. vlt.* Nihil ergo intereſt an ſuo nomine quis dare debeat, an alieno puta fideiuſſorio vt in *l. 4. inf. de ſolut.* Sic enim malo hunc locum intelligere quàm cum Accurſio de eo, qui ex contractu defuncti conueniatur. Hic enim proprio nomine debet, quod defunctus debuit non

alieno

alieno licèt debitum non ab ipſius, ſed à defuncti perſona cœperit. Interdum tamen etiam alieno nomine conuenire dicitur, qui tanquam heres ex defuncti facto conuenitur. Vt in exemplo quod adfert Accurſius ex *l. furti 6. §. ſi quis alieno ſupr. de his qui notant. infam.*

3 ¶ Quonaim igitur ex omnibus contractibus hæc certi condictio competit, ſiue re fuerit contractus factus, ſiue verbis, ſiue coniunctim, referendæ ſunt nobis quædam ſpecies, quæ dignum habent tractatum, an hæc actio ad petitionem eorum ſufficiat [a].

*Ad §. 3. Quoniam igitur.*

Incipit Vlpianus ſpecies quaſdam tractare & perſequi De condictione certi, An iis ſpeciebus competat. Quæ quæſtiones ex eo naſcuntur quod initio huius legis dictum eſt, Certi condictionem competere ex omni cauſa & obligatione & ex omni contractu, ſiue certo ſiue incerto. Addit nunc *ſiue re fuerit contractus factus ſiue verbis, ſiue coniunctim*, id eſt, re pariter & verbis, vt Modeſtinus loquitur *in l. obligamur 51. infr. de obligat. & act.* vbi hoc ipſum ſic explicat *cùm res interrogationi intercedit* ita tamen vt non duo contractus ſint, ſed vnus. Nihil enim vetat contractum vnum & re & verbis fieri, licèt contrà ſentire Accurſius videatur, quamuis alterutrum ſufficiat ad contrahendam obligationem *d. l. obligamur & l. in princip. infr. Pro ſocio.* vbi non coniunctim, ſed diuiſim accipienda ſunt verba illa *ſocietatem coire & re & verbis* non autem de ſocietate verbis contracta, re interueniente, quomodo interpretatur Accurſius.

a *An hæc actio ad petitionem eorum ſufficiat.* Probant manifeſtè hæc verba id quod inculcauimus toties in præcedentibus, condictionem certi generalem nunquam poſſe exerceri, quin ſpecialis aliqua cauſa inducatur & exprimatur, quod in omnibus perſonalibus actionibus iuris eſt *l. & an eadem 12. §. actiones infr. de except. rei iudic.* Nec quòd ſpecialis cauſa exprimatur facere nouam ſpeciem actionis quæ dici debeat condictio ſpecialis à generali diſtincta. Nec enim de alia quàm generali de qua hucuſque actum eſt, poſſunt hæc verba accipi, *an hæc actio*. Et tamen in ſpeciebus quæ mox proponentur, ait Vlpianus eam ſufficere ad petitionem. Non ergo admittit duas certi condictiones quarum vna ſit generalis, & altera ſpecialis, ſed vnica tantùm quæ ad emergentes ſpecies accommodata in ſingulis locum habeat, & ad petitionem ſufficiat.

4 ¶ Numeraui tibi decem, & hæc alij ſtipulatus ſum: nulla eſt ſtipulatio: an condicere decem per hanc actionem poſſim, quaſi duobus contractibus interuenientibus: vno, qui re factus eſt, id eſt numeratione, alio, qui verbis, id eſt inutiliter, quoniam alij ſtipulari non potui: & puto poſſe.

*Ad §. 4. Numeraui.*

Rat. dub. Cùm quis mutuam dat pecuniam & ſtipulatur, ſiue ante ſiue poſt numerationem ſtipuletur, non eſt exiſtimandum naſci aliquam ex numeratione actionem, quæ deinde per ſtipulationem mouetur, quia id agitur inter contrahentes, vt ſola ſtipulatio teneat. Et magis implendæ ſtipulationis gratia numeratio intelligenda eſt fieri ne videatur interpoſita ſtipulatio ſine cauſa vt *in l. 2. §. circa infr. de doli mal. except.* quàm vt ex numeratione naſcatur condictio *l. cùm enim 7. iunct. §. vlt. legis præced. infr. De nouat.* Ergo etiamſi ſtipulatio inutiliter interpoſita ſit, puta quod is qui mutuam pecuniam dedit ſtipulatus ſit eam alij reddi cùm nihil ipſius ſtipulantis intereſſet, idque contra iuris regulam de qua *in l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri infr. De verb. obligat.* dicendum tamen eſt non eo magis ex numeratione naſci poſſe & competere condictionem certi ne actus operetur vltra intentionem agentis. Nec enim omnis numeratio parit hanc condictionem, ſed ea tantum quæ fit eo animo vt accipiens obligetur *l. non omnis 19. inf. hoc tit.* Quemadmodum nec omnis traditio transfert dominium ſed ea tantùm quæ fit animo transferendi dominij *l. vlt ſupr. Vſufr. quem caueat.*

Dec. Vnus quidem contractus eſſe intelligitur, iſque non mutui, ſed ſtipulationis ſi modò ſtipulatio interponatur in continenti ante vel poſt numerationem: Sed hoc ita demùm ſi ſtipulatio valeat & teneat. Non enim ſtipulationis nomen meretur ea ſtipulatio quæ non valet, quia nulla eſt vt *in hoc §.* Vlpianus ſcribit. Nec iuris interpretatio illa ſumi poteſt, vt implendæ tantùm ſtipulationis gratia intelligatur facta numeratio, cùm non ideo magis valeat ſtipulatio quàm ſi impleta non eſſet. Et verò quomodo impleri obſecro poteſt ſtipulatio quæ nulla eſt? Siquidem veriſſimum & perpetuum eſt quod vulgo iactatur, non entis nullas eſſe qualitates *l. ſi partem 19. in princip ſupr. quem ſeruit. amitt. l. penultim. verſic. quare ſi nulla infr. hoc tit.* Conſequens igitur eſt vt numeratio quæ prodeſſe non poteſt ad implendam ſtipulationem proſit ad certi condictionem quaſi ex mutuo inducendam: Vt duo contractus eſſe videantur. Vnus mutui, iſque vtilis, alius verò ſtipulationis ſed inutilis, quorum alterum qui vtilis eſt vitiari per inutilem non oportet *l. placuit 29. infr. De vſur. l. 1. § pen infr. De verbor. obligat.* Alioqui lucraretur debitor ex aliena iactura, & impunè pecuniam ſibi creditam retineret ſi creditor non magis poſſet eam repoſcere per condictionem certi quàm per inualidam ſtipulationem. Quod non tantum à naturali æquitate abhorreret, ſed etiam à mente & voluntate contrahentium quæ illa proculdubio fuit vt mutuam accipiens pecuniam obligaretur omnimodo ad eam reddendam ſiue ex mutuo ſiue ex ſtipulatione. Et ex ſtipulatione quidem maximè ſi fieri poſſet id eſt ſi valeret ſtipulatio ſi minùs, ex mutuo: Ex ſtipulatione ciuiliter §. de con-

*l. ſi tantùm 12. infr. de SC. Maced. l. 1. §. ſi ſeruus depoſuit 30. infr. depoſit.* & ex contrahentium propoſito præcipuè æſtimandum vt ſciri poſſit noo tantùm quid factum ſit, ſed etiam qua mente, conſequens eſt id ab initio inter contrahentes actum videri, vt non tam purum depoſitum quàm condicionale mutuum contraheretur. Nec niſi implendæ fidei gratia quam de mutua danda pecunia futurus creditor dederat, pecunia penes rogantem deponeretur. Aliud eſſet, ſi is qui pecuniam depoſuit & cauſam & propoſitum fœnetandi habuiſſet. Tunc enim periculo accipientis non poſſent eſſe nummi quos creditor nondum credidiſſet, ſed tantùm depoſuiſſet quaſi eos crediturus ad propriam ſuam vtilitatem non vt accipienti benefaceret & prodeſſet. In eo namque differt fœnus à mutuo, quod fœnus ſit gratia ipſius creditoris & vt ex eo percipiat vſuras, & lucretur, ideóque valde odioſum eſt: Mutuum autem in gratiam debitoris, cùm ſit & debeat eſſe gratuitum. Quamquam non magis mutuum quàm fœnus dici poſſit antequam mota ſit pecunia quæ depoſita fuerat hac mente vt depoſitarius ea ſi vellet vteretur, quia nec priùs debitum eam iri certum eſt *l. quòd ſi ab initio 10. infr.* Sicut & in propoſito, nec priùs certum eſt debitum iri pecuniam ex cauſa crediti ab eo penes quem depoſita fuit quàm emptio ſecuta ſit. Sed tamen non eo minùs manet periculo ſuſcipientis, quia & rogante eo, & ad ſolius ipſius vtilitatem fuit depoſita, nec manſit in poteſtate domini qui depoſuit, vt depoſitum reuocaret, quemadmodum diximus in præcedentibus. Cùm enim hic qui pecuniam depoſuit, eo animo fuerit vt beneficium conferret in accipientem, darétque mutuam ei pecuniam, cùm fœnerandi nec cauſam nec propoſitum haberet: certum eſt beneficio iuuari accipientem non decipi oportere *l. in commodato 17. §. 1. infr. commodat.* Deciperetur autem hic qui pecuniam ſuſcepit, ſi poſſet is qui depoſuit pecuniam repetere, quandoquidem aliter aut emendi conſilium abiecturus fuerat, aut alium creditorem rogaturus, & conſtantiorem ipſius beneuolentiam experturus. Addit Vlpianus aliam rationem ab exemplo, & à ſimili, vt probet in ſpecie propoſita periculum ad eum qui pecuniam ſuſcepit pertinere.

a *Nam & qui rem vendendam acceperit.* Argumentum eſt à ſimili. Etſi enim hic caſus diuerſus eſt à ſuperiore, ſimilem tamen habet rationem. RAT. DVB. Qui rem vendendam accepit vt precio vteretur, numquam dominus rei fuit. Nec enim mandatum vendendi transfert dominium rei vendendæ in mandatarium, ſed poteſtatem dumtaxat transferendi dominij. Atqui caſus fortuiti pertinent ad dominum *l. quæ fortuitis 6. l. pignus 9. C. de pignorat. act.* Non debet igitur hæc res periculo eius eſſe qui rem vendendam accepit, præſertim cùm non acceperit, vt re ipſa, ſed vt ipſius precio vteretur, ſiue res æſtimata ſit certo precio vendenda, ſiue æſtimatio nulla interuenerit. Nihil enim refert niſi quod facta æſtimatio inducit æſtimatoriam actionem de qua *in l. 1. infr. de æſtimat. act.* DEC. Ad eum debet pertinere periculum, qui rogauit, non qui rogatus eſt *l. rogaſti 19. infr. de præſcript. verb.* ne ex beneficio ſuo & liberalitate is qui rogatus fuit periclitetur *l. ut ex liberalitate 50. infr. de re iudic.* Semper enim inſpiciendum eſt, cuius gratia negotium geſtum ſit quoties de periculo quæritur *l. apud Labeonem 20. §. vlt. infr. de præſcript. verb.* Atqui in hac poſteriore ſpecie cùm rogaſti me vt tibi pecuniam crederem, & ego cùm non haberem, lancem tibi dedi vel maſſam auri, vt eam venderes & nummis vtereris, etſi non poteſt pecunia dici facta mutua priùs quàm vendideris, perinde ac ſi ſub illa condicione, *ſi venderes* mutuum contractum eſſet, quamuis non fuerit hîc expreſſa condicio vt in ſpecie præcedente. Verumtamen eſt dediſſe me tibi rem vendendam, quia me rogaſti & ad tuam vtilitatem vt eâ pecunia quæ ex venditione redacta eſſet, vtereris. Æquum igitur eſt tuum periculum interim eſſe debere ſi caſu fortuito, & ſine culpa tua res amittatur, vt quod à me beneficium habes, periculo tuo habeas, non meo. Addidi *ſine culpa tua* cum Vlpiano *in l. rogaſti. 11. infr. hoc titu.* vt omnem culpam excludam etiam leuiſſimam contra Azonem, qui putabat non debere te in hac ſpecie teneri de caſu fortuito, ſed ita demum ſi culpa aliqua ſaltem leuiſſima interuenerit. Multo magis ſi lata vel leuis, quod ſupradicta Vlpiani verba *in d. l. rogaſti*, certè non patiuntur. Senſus enim eſt, de caſu fortuito te omnimodo teneri, etiam nulla penitus culpa tua interueniente, licèt Azonis ſententiam æquiorem dicere audeat Accurſius, quaſi ſit ille melior æquitatis arbiter, & magiſter quàm Vlpianus. Dicemus *ad d. l. rogaſti*: ex qua tamen hic locus ſupplendus eſt, vt adhibeatur diſtinctio, vtrum hanc lancem, vel maſſam venalem habuerit is, qui vendendam tibi dedit, an non, vt ſi venalem habuerit, perinde ad illum rei periculum pertineat, non ad te, ac ſi alij cuilibet vendendam dediſſet, quia hoc caſu non rogatu tuo, nec tua gratia, ſed ſua potiùs vendendam dederit: Si verò venalem non habuerit, nec proinde eo propoſito fuerit vt venderet, ſed hæc cauſa fuit vendendi vt tu precio vtereris, tibi res pereat, non ipſi, qui vendendam non dediſſet, niſi tu rogaſſes, & quidem vt ex hoc negotio vtilitatem tibi comparares. Quod autem Accurſius adducit ex *l. ſi quis inficiatus 13. infr. depoſit.* non poſſum videre quid ad rem faciat, ſiue pro tuenda illa Azonis ſententia, quam reprobamus, ſiue ad legis huius interpretationem illuſtrandam.

1 ¶ Res pignori data, pecunia ſoluta, condici poteſt, & fructus ex iniuſta cauſa percepti a, condicendi ſunt. Nam & ſi colonus b poſt luſtrum completum, fructus perceperit, condici eos conſtat: ita demum ſi non ex voluntate domini percepti ſunt. Nam, ſi ex voluntate, proculdubio ceſſat condictio.

*Ad §. 1. Res pignori data.*

RAT. DVB. Nemo rem ſuam condicit niſi à fure *l. vlt. ſupr. vſufruct. quem caueat. l. 1. §. vlt. infr. de condict. tritic. §. ſic itaque. Inſtit. de action.* Atqui res à debitore data pignori remanet in bonis & dominio debitoris etiam durante pignore *l. pignus 9. Cod. de pignor. act.* Multo magis autem eo ſoluto quod ſit ſoluta creditori pecunia quæ debebatur *l. ſi rem 9. §. omnis pecunia infr. eod. ill. titu. l. Paulus 12. §. 1. & paſſim ſ. quib. mod.*

*quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* Non ergo fieri poteſt, vt res data pignori, ſoluta pecunia condicatur per debitorem. Ob eámque nimirum cauſam Accurſius, vt hanc obiectionem effugiat, intelligit hanc legem de re mobili, cuius furtum facilè fieri poteſt, vt ita condictio furtiua inducatur, cùm rei immobilis furtum fieri non poſſit *§. quod autem Inſtit. de vſucap. d. l. 1. §. vlt. de condict. tritic. l. quam rem 38. infr. de vſucap.* Eſt enim hoc ius proprium & ſingulare condictionis furtiuæ, vt ſoli domino competat *l. 1. infr. de condict. furt.* Ac quoniam videt Accurſius tractari in hac lege etiam de fundo & fundi fructibus, ait poſſe hanc legem intelligi etiam de re immobili, ſed quæ à prædone occupata ſit, contra quem ex hac cauſa poſſit etiam competere condictio ſine cauſa, vt non melior ſit condicio prædonis qui dominum vi deiecit, quàm furis. Quæ ſententia eſſe videtur *l. 2. infr. de condict. tritic.* quamuis lex illa non de condictione ſine cauſa loquatur, ſed de condictione triticaria, vt oſtendit coniunctio eius legis *cum §. vlt.* legis præcedentis. Extra furem & prædonem non patitur Accurſius, vt condictio detur domino pignoris etiam poſt ſolutam pecuniam, niſi fortè, inquit, ad condicendam poſſeſſionem, vt *in d. l. 2. in fin. de condict. tritic.* Sed hîc agit Vlpianus, inquit ille, de condictione rei non poſſeſſionis. Ego verò non inficior equidem pignus eſſe propriè rei mobilis cùm à pugno dictum ſit *d. l. ſi rem 9. §. propriè de pigner. act.* ac proinde cuius furtum fieri facilè poſſit *l. ſi pignore 54. infr. de furt.* Et quemadmodum qui denegat reſtitutionem depoſiti quod non niſi in re mobili poteſt conſiſtere, hoc ipſo furtum facere intelligitur, & ab inſtanti denegationis ſe condictione obligat *l. ſi quis inficiatus 13. §. 1. infr. depoſit.* Ita & quiſquis rem mobilem ſibi datam pignori etiam ſoluto debito retinet nec vult reſtituere, furtum certè ex eo die facere incipit, vt proinde condictione furtiua teneri poſſit. Sed tamen cùm in eo differat pignus à depoſito, quod etiam rei immobilis, & fundi pignus dari poteſt, cuius tamen depoſitum nullum eſſe poſſet, non poſſum ferre, vt hic §. ad rei mobilis pignus reſtringatur, qui video cætera quæ ſequuntur omnia de fundo eſſe, non de re mobili, cuius nec fructus ferè vlli eſſe poſſunt, ſi pecora & ſe mouentia excipias. De quibus tamen fructibus condicendis etiam in hoc §. agitur. Non igitur poteſt hic §. ad condictionem furtiuam reſtringi. An ergo de triticaria condictione intelligi debebit? Ne hoc quidem. Nam quod ſcriptum eſt *in d. l. 2. de cond. tritic.* non ad quemlibet malæ fidei poſſeſſorem aut prædonem pertinet, ſed ad eum duntaxat, qui dominum per vim deiecit, cuius longè odioſior cauſa eſt, quemadmodum & eius qui rem mobilem vi rapuit: qui fur improbior dicitur *in l. 2. §. cæterùm infr. vi bonor. rapt. l. item ſi cùm 14. §. qui vim intulit ſupr. Quod met. cauſ. l. vlt. in fin. C. de compenſat.* Porrò is, qui fundum pignori accepit à debitore, licèt ſoluto debito nolit eum reddere, non ideo tamen videri poteſt eum per vim occupaſſe, vt pro violento inuaſore haberi debeat, quamuis nullo iure ac iniuſtè eum detineat: cùm ex voluntate ac quodammodo per manus debitoris eum acceperit, ſolétque in his cauſis inſpici magis quomodo quis poſſeſſionem nactus ſit quàm quomodo & quo iure eam retineat. Nec ſanè vnquam mihi perſuadebo aduerſus malæ fidei poſſeſſorem fundi ſi non etiam prædo ſit adeóque violentus, dandam eſſe condictionem triticariam, ſicuti nec furtiua aduerſus alium, quàm aduerſus furem pro re mobili daretur. Etſi enim condictio triticaria hoc habet diſſimile à furtiua, quod exemplo cæterarum omnium datur non domino, quia per eam intenditur dare aduerſarium oportere, qui autem iam dominus eſt, magis dominus fieri non poteſt *d. §. ſic itaque Inſtit. de action.* Cùm tamen datur ad exemplum condictionis furtiuæ ſiue contra furem, ſiue contra raptorem, ſiue denique contra violentum prædonem & ſpoliatorem, non datur illa niſi domino *d. l. 1. §. vlt. & l. 2. de condict. tritic.* Cùm ergo creditor pignoratitius non poſſit dici violentus ſpoliator, ne tum quidem cùm ſoluto debito pignus retinet, debitor autem ſit dominus, conſequens eſt, vt contra creditorem debitori condictio triticaria dari non poſſit. An ergo cum Accurſio dicemus intelligendum eſſe Vlpianum de condictione ſine cauſa? Sed non memini vllo iuris loco legere me condictionem ſine cauſa dari domino: cùm & per condictionem illam non minùs quàm per cæteras intendat actor ſibi dari, hoc eſt dominium in ſe transferri oportere. *Tot. tit. de condict. ſin. cauſ.* An potiùs dicendum eſt cum Lothario quem Accurſius refert, Condici quidem hoc caſu pignus, ſed ad hoc tantùm, vt poſſeſſio reſtituatur quæ ſola debitori abeſt propter dationem pignoris, non autem dominium, quod ſemper manſit penes debitorem, *Vt in l. indebiti 15. §. ſed etſi nummi infr. de condict. indeb. iunct. d. l. ſi rem 9. §. propriè & l. cùm ſortis 24. §. 1. infr. de pignor. act.* Eſt enim dominium aliquod etiam poſſeſſionis, & quamquam rem ipſam condicere, & poſſeſſionem rei condicere diuerſa ſunt, ſicut & aliud eſt res ipſa, aliud poſſeſſio rei *l. 3. §. vlt. infr. vti poſſid.* Non eſt tamen nouum, vt res ipſa condicatur ob hoc ſolùm, vt poſſeſſio reſtituatur, *vt in d. §. ſed etſi nummi*, vbi duo caſus proponuntur. Vnus quo nummi ipſi condicantur, vt eorum poſſeſſio reſtituatur, alius quo poſſeſſio ipſa ſola condicatur, vt eo ſolo caſu impediatur quis & prohibeatur rem ſuam condicere quo dominium condicere velit & intendere dari ſibi rem oportere: quæ tamen propria condictionum diffinitio, & natura eſt. *§. appellamus Inſtit. de action.* licèt generaliùs ac minùs propriè ſumptum condictionis nomen ad omnes in perſonam actiones pertineat per quas intendimus aduerſarium non quidem dare nobis, ſed aliquid facere, vtputa poſſeſſionem reſtituere oportere *l. actionum 25. infr. de oblig. & act.* Eóque ſenſu condictionem hîc accipi neceſſariò fatendum videtur, cùm debitor qui rem ſuam dedit pignori, quia remanet dominus, non poſſit intendere contra creditorem dari ſibi rem ſuam debere, niſi eo ſolo caſu quo res illa inciperet furtiua eſſe per denegationem creditoris & adprehenſionem poſſeſſionis ad inducendam condictionem furtiuam non minùs in odium creditoris pignoratitij furtum tam improbum committentis, ſi rei mobilis pignus fuit, quàm in odium depoſitarij *in d. l. ſi quis inficiatus 12. §. 1. infr. depoſit. iunct. l. inficiando 67. in princip. infr. de furt.* Niſi quis malit hunc locum intelligere de condictione illa generali, quæ eſt ex iure gentium potiùs quàm ex iure ciuili, hoc eſt, quæ rationem & æquitatem naturalem habet magis quàm ciuilem, per quam poſſunt condici res omnes ab his qui non ex iuſta cauſa poſſi-

dent, vt ſcribit Marcianus *in l. rerum quidem 25. inſr. rer. amot.* De qua etiam ſenſiſſe videtur Vlpianus *in l. perpetuò 6. inſr. de condict. ob turp. vel iniuſt. cauſ.* vbi ait Sabinum perpetuò probaſſe veterum opinionem exiſtimantium id, quod ex iniuſta cauſa apud aliquem ſit, condici poſſe, idque & Celſum putaſſe vt intelligamus non dominium ea condictione repeti, ſed nudam poſſeſſionem, id eſt, detentionem. Nam apud te eſſe dicitur quod qualiter qualiter à te teneatur, penes te verò eſſe quod ſaltem quodammodo poſſideatur *l. penes te 63. de verb. ſignific. l. Titia 34. §. Caius Seius de legat. 2.* Et de hac condictione ſi quis etiam Vlp. intelligere velit *in d. l. indebiti 15. §. 1.* is meo iudicio non valde errauerit: differt enim à cæteris in eo, quod cùm per cæteras intendamus dari quid nobis oportere, per hanc tamen intendimus debere quid nobis fieri, id eſt, rem reſtitui, quod ad cauſam poſſeſſionis magis quàm dominij refertur.

a *Et fructus ex iniuſta cauſa percepti.* RAT. DVB. Fructus acquiruntur non iure ſeminis, ſed iure ſoli *l. qui ſcit 25. §. 1. de vſur.* Atqui fructus à creditore percepti ex re pignorata ſunt percepti ex re debitoris, quippe qui dominus maneat rei pignoratæ, vt proximè diximus ex *l. pignus 9. Cod. de pignor. act. l. cùm & ſortis 35. §. 1. inſr. eod. ill. tit.* Ergo ad debitorem pertinent non ad creditorem & conſequenter vindicandi ſunt, non condicendi, ſcilicet ſi extent, nam ſi conſumpti ſint, aliud eſt *l. 3. Cod. de condict. ex leg. & ſin. cauſ.* Vindicatio enim competit domino, condictio non domino. DEC. Creditor qui fructus percipit ex re pignorata facit eos ſuos, quia percipit eos ex domini voluntate licèt non ideò illos lucretur, quia in ſortem eos imputare cogitur *l. 1. Cod. de pignor. act. iunct. l. ſi ſeruum 61. §. locaui inſr. de furt.* Proinde vindicare debitor eos non poteſt, nec ſi extent, ſed condicere debet tanquam alienos, ſi ante ſolutum debitum percepti ſint & creditori aliunde plenè ac ſine fructuum imputatione ſatisfactum fuerit. Quòd ſi iam ſoluto debito percepti ſint, cùm non poſſint dici percepti ex voluntate debitoris, ſed potiùs contra eius voluntatem, conſequens eſt vt creditoris fieri non poſſint, ac proinde vt eos vindicare debitor pro ſuo iure poſſit tanquam dominus, neque hoc tantùm, ſed etiam condicere, ſed condictione illa quæ non datur niſi domino, id eſt, condictione furtiua, quoniam in furtiuam cauſam incidunt hoc ipſo quod & nullo iure percepti ſunt, & contra domini voluntatem *dict. §. locaui.* Nec diſtinguimus an extantes ſint an conſumpti, *vt in d. l. 3. Cod. de condict. & in l. certum 22. C. de rei vindic.* quia condictio furtiua, & pro extante re furtiua competit, & pro conſumpta *l. ſi pro fure 7. §. vlt. & l. ſeq. inſr. de condict. furt.* Quanquam nec dubitandum eſt quin condictio illa generalis, quam proximè diximus dari iure gentium aduerſus eos omnes qui aliquid ex iniuſta cauſa poſſident ex *l. rerum quidem 25. inſr. rer. amot. & l. perpetuo 6. inſr. de condict. ſin. cauſ.* etiam hoc caſu competat, nec minùs pro fructibus rei pignoratæ, quàm pro re ipſa pignorata poſt ſolutum omne debitum, cùm non poſſint fructus eſſe penes creditorem niſi ſine cauſa adeóque ex iniuſta cauſa, cùm percepti ſunt à creditore cui pleniſſime ſatisfactum ſit & ſortis & vſurarum nomine aliarúmque omnium acceſſionum.

b *Nam etſi colonus.* RAT. DVB. Cùm colonus poſt luſtrum completum, id eſt, poſt quinquennium, in quod tempus ſolebant olim locari prædia, fructus percepit, vel percepit eos ex debitoris eiuſdémque domini voluntate, vel non ex voluntate. Priore caſu nec poſſunt vindicari fructus, nec condici, tanquam qui pleno iure facti ſint conductoris nimirum, ex tacita reconductione, ſiue locatoris voluntas expreſſa fuit, ſiue tacita *l. item quæritur 13. §. qui impleto inſr. locat.* Sed hoc caſu conductionis mercedem de qua in priore locatione conuenerat, præſtare debet, quoniam iiſdem legibus & conditionibus facta reconductio intelligitur *d. §. qui impleto.* Poſteriore autem caſu, cùm incidant fructus in cauſam furtiuam, condici certè poſſunt & condictione furtiua *l. inficiando 67. §. vlt. inſr. de furt.* Sed non eo minùs vindicari etiam poſſunt, quia condictio furtiua nunquam excludit vindicationem, quomodo excludit ea condictio, de qua in hoc titulo agitur, quia nemo rem ſuam condicit niſi à fure *l. vlt. in ſin. ſupr. vſufr. quem caueat. §. ſic itaque Inſtit. de action.* Non ergo debuit adhiberi diſtinctio, quæ hîc ponitur, cùm quæritur, an vindicandi ſint fructus, an condicendi. DEC. Condictio certi de qua in hoc tit. agitur, concurrit etiam cum condictione furtiua, quoniam illa quoque certi condictio eſt *l. cert. condictio 9. verſ. ſed & ex cauſa furtiua inſr. hoc tit.* Nec quod vindicatio quoque fructuum furtiuorum poſſit competere, inutilem facit quæſtionem de condictione, nempe quia fructuum conſumptorum vindicatio nulla poteſt ſupereſſe, condictio autem poteſt *d. l. inficiando 67. §. vlt. de furt. l. ſi pro fure 7. §. vlt. inſr. de condict. furt.* Benè autem Accurſius notat, videri in dubio durare voluntatem, quæ ſemel interuenit vt ſcilicet reconductio tacitè facta videatur *d. §. qui impleto & l. legem 16. C. eod. tit. de locat.* quamuis aliàs videatur dominus vetare qui non conſentit cùm de furto quæritur *l. qui vas 48. § quòd ſi dominus verſ. vetare inſr. de furt.* Sed & animum non repetendi oportet interuenire in domino, ex cuius voluntate fructus percepti ſunt, vt neque vindicare illos poſſit, neque condicere, vt idem Accurſ. notat ex *l. etſi quis 14. §. poteſt tamen ſupr. de rel. gioſ. & ſumptib. funer.*

2 ¶ Ea, quæ vi fluminum importata ſunt, condici poſſunt.

*Ad §. vlt. Ea quæ.*

RAT. DVB. & dec. eadem ferè eſt quæ ad verſiculum vltimum §. præcedentis. Nam quæ vi fluminum ex meo fundo in tuum importata ſunt, ſi eadem manſerunt, vindicari non condici debent, quoniam adhuc mea ſunt: ſi verò coaluerint, & vnitatem cum tua terra fecerint, iam tua ſunt, ideóque nec vindicari nec condici poſſunt *l. hoc amplius 9. §. Alfenus inſr. de damn. inſe.* Flumina enim cenſitorum vice funguntur vt ex vnius fundo in alium transferant *l. ergo 30. §. alluuio inſr. de acquir. rer. domin.* Nullus ergo caſus eſſe videtur in quo ea quæ vi fluminum in alienum prædium importata ſunt, condici poſſint. Sed cùm importata ea demum dicantur, quæ eadem manſerunt, nec dominum mutauerunt, apparet nihil obſtare quominùs & vindicari poſſint, & prætereà condici, ſcilicet

ſi à poſſeſſoribus aut dominis prædiorum, in quæ importata ſunt, detineantur mala fide, quomodo bene hîc noſter explicat Accurſius. Et quidem condictione furtiua, ſi talia ſint, quorum furtum fieri poſſit: quemadmodum fieri poteſt eorum, quæ importantur. Cum non alia importari poſſint, quàm quæ ſunt mobilia. Nam ſi quid de fundi mei terra vi fluminis ita importatum ſit in tuum vt cum tua terra coaluerit, ſicuti iam immobile illud eſt, ita neque condici poteſt, nec magis condictione triticaria quàm furtiua, tametſi poſſit quis etiam rem ſuam immobilem condicere per triticariam eo caſu, quo poſſet rem mobilem condicere per condictionem furtiuam *l. 1. §. vlt. & l. 2. infr. de condict. tritic.* Nec enim mala fide ac iniuſte poſſeſſum videri poteſt, quod iure poſſidetur *l. ſi quis cum ſciret 8. infr. pro emptor.* Furem autem vel malæ fidei poſſeſſorem eſſe quem oportet, vt condictione furtiua, vel ad exemplum furtiuæ, triticaria teneatur.

5. Pomponivs lib. 22. ad Sabinum.

QVod te mihi dare oporteat, ſi id poſtea perierit, quam per te factum erit, quominus id mihi dares, tuum fore id detrimentum conſtat. ¶ Sed cum quæratur, an per te factum ſit, animaduerti debebit, non ſolum in poteſtate tua fuerit id, necne: aut dolo malo feceris, quominus eſſet, vel fuerit, necne: ſed etiam, ſi aliqua iuſta cauſa ſit, propter quã intelligere deberes, te dare oportere.

*Ad l. Quod te 5.*

Rat. dvb. Vna quæque res perit domino, ſi caſu fortuito pereat *l. quæ fortuitis 6. C. de pignor act. l. contractus 23. de regul. iur.* Atqui mora debitoris, qui ſpeciem certam debet, cuius alius eſt dominus, non mutat dominium, nec ideo facit debitorem dominum: neque enim mora legitimus modus eſt acquirendi vel amittendi dominij. Ergo neque periculum transferre poteſt in debitorem, neque facere, vt præſtari res poſſit, quæ in rerum natura extare deſiit, cum impoſſibilium nulla ſit obligatio, vt habet iuris regula *l. ſi homo mortuus 8. de verb. oblig. l. impoſſibilium 85. de reg. iur.* Proinde dicendum eſt obligationem intercidere tanquam quæ peruenerit ad eum caſum, à quo incipere non potuit *l. exiſtimo 98. in princ. l. pen. §. vlt. de verb. oblig.* Dec. Nemini mora ſua, & fruſtratio prodeſſe debet *l. hominem 37. inf. mandat.* ſed potius nocere *l. in condemnatione 173. §. pen. de reg. iur.* cum vix ſit, vt mora contrahatur ſine culpa *l. mora 32. & l. ſciendum 21. cum ſeqq. inf. de vſur.* non autem melius & conuenientius puniri mora poteſt, quam ſi res, quæ poſt moram perijt, habeatur pro adhuc extante *l. ſi ex legati 23. & ſeq. l. ſi ſeruum 91. §. ſequitur & §. vlt. de verb. oblig.* Potuiſſet enim creditor eam vendere, ſi moram paſſus non fuiſſet, atque ita periculum in emptorem transferre *l. item ſi verberatum 15. §. vlt.* vbi dixi *ſupr. de rei vindic. l. cum res 47. §. vlt. inf. de legat. 1. l. item ſi cum 14. §. quid ſi homo in fin. ſup. quod met. cauſ.* Merito igitur conſtitutum eſt, vt moræ effectus præcipuus ille eſſe debeat, vt periculum transferat in eum, qui moram contraxit, ne interitu rei liberetur. Proinde, quod te mihi dare oportet, ſi id poſtea perierit, quã per te factum erit, quominus id mihi dares tuum id detrimentum & damnum eſſe debet, vt non idcirco intercidat obligatio, ſiue tu eius rei dominus ſis, ſiue alius, dum ne ego. Nec enim res mea mihi deberi aut dari poteſt, cum non poſſit magis fieri mea *l. nemo rem ſuam 82. de verb. obligat. §. ſic itaque inſtit. de action.* & cum perit, mihi eam perire neceſſe eſt tanquam domino non propter moram tuam, quæ nec vlla interuenire poteſt, cum non ſis debitor, nec mora vlla ibi eſſe intelligatur vbi nulla petitio eſt *l. ſi pupillus 127. de verb. obligat. l. nulla 88. de regul. iuris.* Bene autem Accurſius noſter diſtinguit eorum, quę debentur, tria genera. Vel enim cõſiſtunt in quantitate, vel in genere, vel in ſpecie. Quæ ſunt priorum duorum generum, perire non poſſunt *l. incendium 11. C. ſi cert. petat. l. in ratione 30. §. verum eſt, & §. incerta inf. ad leg. Falcid.* niſi oblatio aliqua facta ſit, & creditor fuerit in mora accipiendi *vt in l. qui decem 72. inf. de ſolut.* nempe quia oblatio eius quod in genere debetur, nonniſi in ſpecie fieri poteſt. Species autem oblata perire iam poteſt, nec alterius periculo, quam eius qui moram fecit. Ideoque ad huius generis debita hæc lex non pertinet quantum ad debitorem, ſed quantum ad creditorem ſi is moram contraxerit. Non quaſi in his quoque debitis moram contrahere non poſſit debitor perinde ac creditor, [quid enim ſi congruo loco & tempore interpellatus debitor ſolutionem recuſauerit? *d. l. mora 32. de vſur.*] ſed quia moræ effectus nullus eſſe poteſt ad transferendum periculum in moratorem in iis rebus, quæ eius naturæ & condicionis ſunt, vt perire non poſſint, nec prius de effectu moræ, quam de periculo tractari vnquam poteſt. Quæ autem in ſpecie debentur, ea demum ſunt, de quibus hæc lex tractat, quia ſpecies & perire poſſunt, & omnes tandem pereunt. Species enim appellant prudentes noſtri, quæ apparent, ac proinde quæ Philoſophi indiuidua appellant. Genera autem quæ illi ſpecies, vt monuimus, quæ cum ſint ex vniuerſalibus & incorporalibus, ſicut neque videri neque vllo corporis ſenſu percipi, ita nec perire poſſunt. Ex quo apparet etiam debita, quæ in quantitate conſiſtunt, poſſe dici in genere quoque conſiſtere, ideoque nec perire, quia non magis tangi poteſt quantitas quàm homo, niſi cum quantitas reducitur ad ſpeciem per numerationem, velut homo ad Stichum aut Pamphilum per oblationem vel ſolutionem, vt proinde poſſint omnia referri ad duo rerum genera, ad ea quæ conſiſtunt in genere, & quę in ſpecie. At cũ debetur Stichus aut Pamphilus, tum vero effectus moræ, de quo hic agitur, aliquis eſſe poteſt, quoniam facile pereunt, & ſui natura vnoquoque inſtanti perire poſſunt *l. cum filiusfamilias 49. de verb. oblig. l. ſi mihi alienum 92. de ſolut.* an autem & quãdo mora contracta ſit facti magis quã iuris quæſtio eſt, vt ſcribit Marcianus *in d. l. mora 32. de vſur.* Etſi enim requiritur, vt debitor congruo loco & congruo tempore interpellatus ſit *d. l. mora,* & conſequenter vt ſciat ſe debere, adeoque vt rei dandæ facultatem habeat, quemadmodum in hac lege ſcriptum eſt, & *in l. ſi in Aſia n. §. vlt. i. f. depoſit. l. Titia textores 39. §. vlt. de legat. 1. d. l. ſi ex legati 23.*

d. l. nemo rem ſuam 82. §. 1. de verb. oblig. Non tamen hoc ſufficit, vt mora omnimodo & cum effectu contracta videatur. Quid enim ſi omiſſa ſit debiti repetendi inſtantia? vt in d. l. mora ad fin. Quid ſi iuſta aliqua cauſa fuerit vel differendæ ſolutionis ex parte debitoris, vel recuſandæ ex parte creditoris? vt in d. l. ſciendum 21. & ſeqq. eod. tit. de vſur. Denique etiam qui ad iudicium prouocat, ſi modo ſine dolo malo id faciat, moram facere non videtur l. qui ſine dolo 63. de regul. iur. Nempe ſi careat etiam culpa. Nec enim mora dolum requirit, ſi modo habeat culpam d. l. ſciendum & ſeqq. Plane interdum nec interpellatio nec ſcientia debiti neceſſaria eſt. Nempe cum mora ipſo iure aut ipſo etiam facto contrahitur: ipſo iure, fauore minoris ætatis l. Titia Seio 87. § vſuras de legat. 2. l. in minorum 3. C. in quib. cauſ. non eſt neceſſ. in integr. reſt. aut cum vſuræ debentur in vicem fructuum rei venditæ, vt in l. curabit 5. C. de action. empt. l. Iulianus 13. §. veniunt 20. inf. eod. ill. tit. aut pro onerib. matrimonij ſecundum diſtinctioné l. vlt. § præterea C. de iur dot. Ipſo autem facto, ſi forte debitor hominem debitum occiderit. Non enim hic requirimus, vt ſciuerit ſe debere cum facto ſuo liberationem ſibi acquirere non potuerit, ideoque perpetuauerit ſuam obligationem d. l. ſi ſeruum 91. in princip. & §. nunc videamus d. l. ſi ex legati 23. inf. de verb. oblig. l. ſi fideiuſſor 19. ſupr. de dolo. Nec rurſus occiſo per promiſſorem homine, qui debebatur, diſtinctioni locus vllus relinquitur, an fuerit æque periturus apud creditorem (apparet enim ſatis non fuiſſe illum æque periturum, cum non ſuo facto, ſed debitoris facto perierit) cui tamen diſtinctioni locum eſſe plerique putant, cum res debita naturaliter perit, & an creditor aut petitor æque diſtracturus illam rem fuiſſet, de quo hic late poſt Ioannem & Martinum tractat Accurſius. Nos iam tractauimus ad d. l. item ſi verberatum 15. § vlt. ſupr. de rei vind. & ad l. illud 40. ſup. de hered. petit. Eſt etiam alius moræ effectus præcipuus circa fructus & vſuras. Nã in bonæ fidei iudiciis ex mora debentur & fructus & vſuræ: d. l. mora § in bona fidei l. vſuræ 34. l. videamus 38. §. pen. inf. de vſur. d. l. in minorum. In ſtrictis verò fructus quidem ex die litis conteſtatæ l. 2. d. l. videamus §. ſi actionem de vſur. itemque in arbitrariis, vt in rei vindicatione l. præterea 20. & paſſ. ſupr. de rei vindic. ſed vſuræ nunquam, niſi per ſtipulationem promiſſæ l. 3. C. eod. l. Titius 24. inf. de præſcript. verb. quamuis ſi ante litem conteſtatam debitæ fuerint ex ſtipulatione non deſinant lite conteſtata currere. Qui ſenſus eſt l. lite conteſtata 35. de vſur. vt explicauimus in error. 1. decad. 1. de error. pragmat.

a *Non ſolum in poteſtate tua id fuerit necne.* RAT. DVB. Difficultas præſtationis non excuſat à mora, quoniam multum recedit ab impedimento naturali l. continuus 137. § illud inf. de verb. obligat. Ergo nihil intereſt, an id quod mihi dare debes in poteſtate tua ſit, necne. Poteſtatem enim hic pro dandi facultate intelligere debemus, vt & in l. quoties 21. §. in poteſtate ſup. de noxal. action. DEC. Difficultas quidem præſtationis non impedit obligationem, ſed tamen excuſat à mora, ſi difficultatem nulla culpa præceſſerit. Quid enim poſſis ei imputare, qui etiamſi ſoluere maxime velit, tamen non poſſit? l. cum quidam 17. §. ſi pupillo inf. de vſur. Sed intellige de difficultate, quæ ex improuiſo & poſt contractam obligationem ſuperuenerit, non de ea, quæ iam fuerit, aut quæ præuideri potuerit eo tempore, quo obligatio contrahebatur. Illa enim ſicuti non impedit obligationem, ita neque à mora excuſat, non magis, quam caſus, quem culpa præceſſit l. item Mela 11. in princ. ſup. ad l. Aquil. Culpa autem eſt, adeoque dolo proxima, ſi quis promittat id quod ſciat præſtare ſe non poſſe l. pen. infr. de iur. dot. niſi promiſerit ſe præſtaturum, cum erit commodum, aut, quod effectu penè idem eſt, cum poterit vt in l. nepos Proculo 125. de verb. ſignific. Plane in poteſtate ſua etiam is habere videtur, cuius dolo malo factum eſt, ne habeat l. electio 26. §. item ſi ex pluribus & §. ſi is quem ſup. de noxal. act. quemadmodum ſolemus dicere, dolum pro poſſeſſione eſſe l. qui dolo 131. de reg. iur.

### 6. PAVLVS lib. 28. ad Edictum.

CErtum eſt, cuius ſpecies vel quantitas, quæ in obligatione verſatur, aut nomine ſuo, aut ea demonſtratione, quæ nominis vice fungitur, qualis quantáve ſit, oſtenditur. Nam & Pedius libro primo de ſtipulationibus nihil referre ait: proprio nomine res appellentur, an digito oſtendantur, an vocabulis quibuſdam demonſtrentur, quatenus mutua vice fungantur, quæ tantundem præſtent.

*Ad l. Certum eſt 6.*

Quoniam Prætor in verbis edicti, quod propoſuit de condictione certi ſic locutus eſt, *Si certum petatur*, conueniens fuit, vt Paulus, qui interpretationem ſcripſit ad edictum perinde ac Vlpianus explicaret, quod Vlpianus facturum ſe receperat in l. 1. ſup. quid certi appellatione contineatur. Ait autem certum eſſe, cuius ſpecies vel quantitas, quæ in obligatione verſatur, aut nomine ſuo, aut ea demonſtratione, quæ nominis vice fungatur, qualis quantaque ſit, oſtenditur. Qualitas enim & quantitas accidentia præcipua ſunt, ex quibus ipſa etiam rei ſubſtantia ſic deſignatur, vt non poſſit incertum manere id, de quo agitur, ſi modo tale ſit, vt in quãtitate conſiſtat, vt puta ſi de tritico aut vino tractetur. Qui enim promitteret triticum Africum, aut vinum Campanum, niſi etiam quantitatem adiiceret, puta tritici Africi modios centum, aut vini Campani amphoras centum, nihil certum promitteret, quia æque triticum eſſet Africum & vinum Campanum, quod ſiue maiore, ſiue minore quantitate contineretur. At neque certum erit, quod ita promiſſum fuerit, niſi addatur tritici Africi optimi, vel vini Campani optimi, nec ſi adiectum ſit boni, quia bono melius inuenitur, vt eleganter Vlpianus ratiocinatur in l. vbi autem 75. §. 1. inf. de verb. oblig. Id demum autem certum eſt, quod ita ſignificatur & exprimitur, vt alteri rei aptari non poſſit, alioqui dicendum eſt incertum, quod ita expreſſum eſt, vt neſciri poſſit quid præciſè eo nomine ſignificetur, d. l. vbi autem in princip. & Inſtit. tit. de verb. obligat. Cum enim nomina non ad alium finem, quàm ad res ſignificandas comparata ſint, l. Labeo 7. §. 1. inf de ſu-

pell le-

*pell legat.* nomina certa eſſe oportet ac eius rei propria cuius nomina ſunt, vt rem certam ſignificent. At cùm agitur de re quæ conſiſtat in ſpecie, puta de Sticho, aut Pamphilo, qualitas ſola exprimenda eſt ſi fortè plures ſint eiuſdem nominis, nec quantitatis adiectio vlla neceſſaria eſt. Nam & homo ipſe in genere promiſſus certa ſpecie continetur, inquit Paulus *in l. inter ſtipulantem 83. §. ſacram infr. de verb. oblig.* RAT. HVB. Qui mutuos dedit centum modios frumenti, aut mutuas centum amphoras vini, etiamſi neque adiecerit tritici Africi aut vini Campani, neque optimi, habet tamen certi cõdictionem ex mutuo: quia verè mutuum eſt ex quo datur ſemper condictio certi *l. 2. §. 1 ſupr.* Ergo ſufficit expreſſam eſſe quantitatem etiamſi qualitas expreſſa non ſit. DEC. Certa fit qualitas per relationem ad eam quantitatem quæ mutua data fuit cùm in mutuo id actum videri debeat, vt eiuſdem bonitatis & qualitatis res redderetur *l. cùm quid 3. ſupr.* Et ita benè Accurſius explicat. Nihil autem intereſt, an quid certum ſit per ſe, an per relationem ad rem certam *l. ait prætor 5. § 1. infr. de re iudic. d. l. vbi autem § ſed qui vinum & ſeq. de verb. oblig.* Sicut nec quicquam referre ſolet, an quid ex æquipollentibus fiat, vt ſequitur in hac lege, quæ omniũ optimè hoc probat. *Adde l. vlt. § . infr. mandat. l. mulier 22 verſ Braſidas infr ad SC. Treb.*

a *Nam & Pedius.* RAT. HVB Cuiuſque rei nomen proprium magis aptum & conueniens eſt ad rem ſignificandam certiſſimè, quàm demonſtratio quæ falſa plerunque eſt *l. demonſtratio 7 l. falſa 23. infr. de condict. & dem.* Habent enim ſpecies ſingulæ ferè omnes duo nomina, vnum naturale, id eſt ipſius generis cuius naturam ea ſpecies habet, alterum proprium & impoſititium quod ex arbitrio imponentis pendeat, vt cùm dicimus *hominem Stichum* aut *Pamphilum* vel *fundum Cornelianum* aut *Sempronianum l. ſi quis in fundi vocabulo 4. infr. de legat. 1.* Vnde fit vt in nomine vix errari poſſit, in demonſtratione autem facillimè. DEC. Etiam demonſtratio plerumque vice nominis fungitur, ſcilicet cùm eſt certa, adeóque interdum licèt falſa ſit dummodò certum ſit de qua re teſtator, aut contrahentes ſenſerint *l. nominatim 34. infr. de condic. & demonſtr.* vbi dicitur nominatim alicui legatum videri non ſolùm ſi teſtator ita legauerit *Lucio Titio*, ſed etiamſi per demonſtrationem corporis, vel artificij, vel officij, vel neceſſitudinis, vel adfinitatis: nihil enim intereſſe. Iunge *l. ſi in rem 6. ad fin. ſupr. de rei vindic.* Quid enim proſunt varia nominum vocabula, vt Iuſtinianus loquitur *in l. 2. §. penult. Cod. de conſtit. pecun.* ſi modò conſtet de corpore? Nam & in nomine ipſo plerunque erratur *l. quoties 9. in princip. infr. de hered. inſtit.* Benè igitur Pedius dicebat nihil referre, an proprio nomine res appelletur, an digito oſtendatur, an vocabulis quibuſdam demonſtretur: ſiquidem hæc omnia mutua vice funguntur, cùm tantundem præſtent. Hoc vnum nimirum, vt rem certam de qua agitur certò deſignent, ne dubitari poſſit quin illa ipſa ſit. Cæterùm in aliis nonnullis intereſt plerunque an ſub proprio nomine, an ſub appellatiuo quis deſignetur, vt in *l. nonnumquam 24. infr. ad SC. Trebell. l. turpia 54. § vlt. de legat. 1. l. ſiue à certis 17. infr de duob. reis.* Quòd ſi & nomen adiectum ſit & demonſtratio, potior habenda erit ratio nominis à quo incepit ſtipulatio, quàm demonſtrationis *l. ſi communis ſeruus 37. infr. de ſtipul. ſeruor.* Demonſtratio enim fungitur vice nominis, non etiam nomen vice demonſtrationis.

7. VLPIANVS libro 26. ad Edictum.

OMnia quæ inſeri ſtipulationibus poſſunt, eadem poſſunt etiam numerationi pecuniæ, & ideò & condiciones.

*Ad l. Omnia 7.*

RAT. HVB. Traditio nihil aliud ſignificat, quàm actum ipſum naturalem tradendi per quem transfertur poſſeſſio, & factum tradentis. Eſt enim traditio tota facti *l. conſilio 7. §. vlt. de curat. furioſ.* Atqui naturæ facta omnia realia ſunt, & conſequenter pura & præſentia, nec quicquam eſt quod natura faciat in diem, vel ſub condicione. Ergo abſurdum videtur, quod hæc lex ait, omnia quæ inſeri ſtipulationibus poſſunt, inſeri etiam poſſe numerationi, etiam condiciones, quid enim aliud eſt numeratio pecuniæ quàm traditio? quamuis non æquè omnis traditio ſit numeratio. Nec ſanè bona videtur hæc ſtipulationum comparatio, cùm ſtipulationes nihil aliud ſint quàm ſolennium verborum conceptiones quæ pro ſtipulantium arbitrio formantur aliquando purè, aliquando in diem, aliquando etiam ſub condicione *§. omnis ſtipulatio Inſtit. de verb. oblig.* neque in iis naturæ factum vllum verſatur extra prolationem verborum. DEC. Actus etiam naturales numquam operari poſſunt vltra intentionem agentium *l. non omnis 19. infr. hoc tit.* Proinde cùm traditio aliqua fit ſiue numeratæ pecuniæ ſiue alterius rei cuiuſlibet, inſpiciendum ſemper eſt qua mente fiat, an transferendæ tantùm poſſeſſionis gratia, an verò transferendi etiam dominij, & an purè an in diem aut ſub condicione. Nam & rerum dominia poſſunt eſſe in pendenti *l. de hereditate 19. §. quid autem infr. de caſtrenſ. pecul. l. arboribus 12. §. vlt a. l. as l. ſi f r vbi di imus in l. quid ergo 70. §. 1 ſupr. de vſufr. §. ſi ab hoſtib. Inſtit. quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit.* & poſſeſſio quoque licèt magis facti ſit quàm iuris, ſub condicione transferri poteſt *l. qui abſenti 38. §. 1 infr. de acquir. poſſ.* Itaque actus quidem ipſe traditionis non niſi purè fieri poteſt, ſed effectus ipſe traditionis, & diem recipere poteſt, & condicionem, non minùs quàm ſtipulatio: quia tam in traditionibus quàm in ſtipulationibus ſemper ſequi debemus id quod actum eſt *l. in traditionib. 48. ſupr. de pact. l. ſemper in ſtipulationib 34. de regul. iur. ſic in l. dotis 7. § vlt. & l. ſeq l ſi ego 9. §. ſi res infr. de iur. dot.* Sic dicimus ſolutionem quoque facti eſſe *d. l. conſilio 7. §. vlt. de curat. furioſ.* nec eo minùs tamen fieri poſſe ſub condicione, ſiue per traditionem, & realem numerationem fiat, ſiue per acceptilationem *l. ſub condicione 16. infr de ſolut.* in cuius ſpecie hoc amplius eſt, quod in ea dominium numeratæ pecuniæ transfertur purè, nec tamen cedit in ſolutum niſi ſub condicione. Aliud enim eſt dominium transferri, aliud verò in ſolutum dari. Siquidem licèt datio omnis in ſolutum dominij tranſlatio ſit, non tamen perinde omnis dominij tranſlatio in ſolutum datio eſt. Se namque habent tanquam genus & ſpecies, & poſita quidem ſpecie ponitur genus, ſed non contrà.

8. POMPONIVS libro 6. ex Plautio.

PRoinde mutui datio interdum pendet, vt ex poſtfacto confirmetur: veluti ſi dem tibi mutuos nummos, vt, ſi cõdicio aliqua extiterit, tui fiant, ſiſq; mihi obligatus. Item ſi legatã[a] pecuniã heres crediderit, deinde legatarius eã noluit ad ſe pertinere: quia heredis ex die aditæ hereditatis videntur nummi fuiſſe, vt credita pecunia peti poſſit. Nã Iulianus[b] ait, & traditiones ab herede factas ad id tẽpus redigi, quo hereditas adita fuerit, cùm repudiatũ ſit legatũ, aut adpoſitũ.

*Ad l. Proinde* 8.

RAT. DVB. Mutuum ex eo appellatum eſt, quod de meo tuum fiat *l. 2. § appellata ſup. hoc tit.* Neceſſe igitur eſt de meo tuum fieri vel eo inſtanti quo mutuum contrahitur vel numquam: Alioqui traditione & contractu duplici opus erit ſi per primam traditionem factum non ſit de meo tuum. Proinde nõ poteſt mutui datio pendêre vt ex poſtfacto confirmetur. DEC. Etiam numerationi pecuniæ poteſt inſeri condicio non minùs quàm ſtipulationi, vt dictum *eſt in lege praced.* Condicionis autem proprium eſt vt ſuſpendat non actum quidem & contractum ipſum (eſt enim contractus & quidem perfectus licèt condicionalis etiam priùs quàm condicio exiſtat *l. ſi filiusfamilias 78. infr. de verb. obligat. l. qui balneum 9. l. potior 11. §. 1 infr. qui potior. in pignor. hab.* ſed vim poteſtatem & effectum contractus, vt ex eo neque dominium neque poſſeſſio transferatur ante condicionem exiſtentem, adeóque nec vlla ex eiuſmodi contractu priùs naſcatur obligatio *l. pecuniam 36. infr. hoc tit. l. cedere diem 213 de verb ſignific.* Cùm igitur dare nihil aliud ſit quàm dominium transferre *l. vbi autem 75. §. vlt. infr. de verb. oblig.* conſequens eſt vt mutui dationem pendêre neceſſe ſit & ex poſtfacto confirmari ſi mutuos tibi dederim nummos ea lege, vt non priùs tui fiant, nec priùs mihi ſis obligatus ex mutuo quàm aliqua condicio extiterit. Nam neque mutuum priùs eſſe poteſt, quam de meo tuum factum ſit, neque meo tuum priùs fieri quam euenerit cõdicio ſub qua mutuum contractum eſt. Ita fit vt quemadmodum ante condicionis euentum nulla obligatio contracta dici poteſt. Ita condicione exiſtente mutuum confirmetur, & quæ ſimplex fuerat traditio numeratæ pecuniæ, euadat in mutui dationem nec alio nouo contractu, nouáque traditione vlla opus ſit, non quia condicio ſemel exiſtens retrotrahatur ad tempus præteritum, vt vulgo malè noſtri autumant (cùm enim condicio nihil aliud ſit quàm priuatio, vt ita dixerim, puritatis, certè nihil eſt, ideóque nec retrotrahi poteſt, ſiquidem non entis nullæ poſſunt eſſe qualitates) ſed quia euentus condicionis facit vt contractus habeatur pro puro, quandoquidem ſola condicio faciebat ne purus eſſet *d. l. potior §. 1.* ſicut & einſdem condicionis defectus efficit vt contractus qui antea erat aliquis & condicionalis habeatur exinde pro nullo.

a *Item ſi legatum.* RAT. DVB. Nemo inuitus legatum agnoſcere compellitur quamuis lucroſum, quia omne legatum donatio eſt *l. legatum eſt 6. de leg 2.* & conſequenter beneficium, inuito autem beneficium non datur vt habet iuris regula *l. inuito 69. de regul. iur. l. nec emere 16. C. de iur. delib.* Itaque agnitionem legati ſecutam eſſe neceſſe eſt, vt legatario legatum acquiratur *l. ei qui 13. infr. de condic. inſtit.* Ergo ſi heres pecuniam per modum ſpeciei legatam, puta centum quæ in arca teſtator habebat, alicui crediderit antequàm legatum à legatario agnitum ſit, dicendum eſt, mutuum ſtatim contrahi, fieriq; nummos accipientis, cùm interim dominium fuerit heredis qui credidit, non legatarij, nec proinde expectandũ vt heres nolit legatum ad ſe pertinere. Igitur nõ pẽdet hoc caſu datio mutui nec tranſlatio dominij pecuniæ creditæ. DEC. Legatũ ſpeciei, aut quod idem eſt generis relicti per modũ ſpeciei vt in exẽplo propoſito tã citò facit tẽ legatã legatarij atque hereditas heredis res ſingulas cęteras hereditarias, ita vt dominiũ recta via trãſeat à teſtatore in legatariũ, quaſi nunquã factũ heredis *l. legatũ 80. de legat. 2. l. à Titio 64. ad fin. infr. de furt.* Nẽpe ſi agnitio legati poſtea ſequatur adita quãdocũq; hereditate. Nã ſi legatarius legatũ repudiaret, nũquã eius fuiſſe videretur, ſed ab initio fuiſſe heredis *l. ſeruũ filij 44. §. 1. l. ſi tibi homo 86. §. cũ ſeruus de legat. 1.* Proinde neceſſe eſt pendere hoc caſu dominium, eſt enim hic caſus ex eorũ numero in quib. ex poſtfacto apparet quid ante fuerit *l. quadã 15. infr. de reb. dub. l. qui rei 98. in princip & §. 1. infr. de ſolut* Duplex ſiquidem eſt acquiſitio legati, vna reuocabilis ſecundũ quã acquiritur legatũ ignoranti & dormienti legatario *l. cum pater 77. §. ſurdo de legat. 2. l. filiusfam. 16. §. 1. infr. qui teſtam. facer. poſſ.* vt ſaluum ſit legatario ius repudiandi *d. l. 44. §. 1 & l. 56. § cùm ſeruum de legat. 1.* Alia verò irreuocabilis per quã nõ acquiritur legatũ niſi volẽti, ſed ita vt poſt agnitionem libera nõ ſit repudiandi poteſtas, adeò vt nec agnoſci pro parte poſſit, & pro parte repudiari *l. legatarius 38. in princip. & §. 1 eod tit. l. Titia cùm teſtarẽto 33. §. Lucia Titia de legat. 2.* Quod enim ſemel acquiſitũ eſt, repudiari amplius nõ poteſt *l. 1. §. decreta 11 infr. de ſucceſſ. edict.* Verum igitur eſt, quod in hac lege ſcribit Pomp. ſi legatã pecuniam heres crediderit, deinde legatarius eã noluerit ad ſe pertinere, heredẽ poſſe illam pecuniam quaſi creditam petere, quia videntur nummi eius fuiſſe ex die aditæ hereditatis *d. §. cum ſeruus* i. ex die mortis. Nã hereditas adita quãdocunq; ex die mortis adita fuiſſe retrofingitur *l. heres quãdocunq. 54. de acquir. hered l. omnis hereditas 138. l. omnia ferè 193. de regul. iur.*

b *Nã & Iulianus ait.* Ratio dubitandi & decidẽdi eſt eadẽ, quæ ad ſentẽtiã proximè præcedentẽ. Nã & cũ mutui dãtur nũmi, qui per modũ ſpeciei fuerant legati traditionẽ interuenire neceſſe eſt, cum mutuum nõ niſi re & traditione cõtrahatur *l. 1. §. re contrahitur infr. de oblig. & action. & Inſtit. quib. mod. re contr. oblig. in princip.* Debet igitur hic verſiculus vt differat à ſuperiore, intelligi de traditione rei quidẽ legatæ, & ab herede traditæ antequam legatum vel repudiatum ſit vel acquiſitũ, ſed de traditione facta rei legatæ extra cauſam mutui, puta ſi fundus Titio legatus ſit, & eũ fundum heres ante agnitionẽ vel repudiationem legati vendiderit aut donauerit Sẽpronio. Nã ſi Titius legatũ poſteà agnoſcat, videbitur à nõ domino facta traditio quæ ab herede facta eſt, ideóque nec quicquam proderit Sempronio: ſi autem Titius repudiauerit, valebit traditio, ex eáq; dominij tranſlatio ſecuta videbitur ac ſi nec legatũ fuiſſet *d. l. legatarius 38. §. 1. & d. l. ſeruum filij 44. §. 1. de legat. 1. l. ſi miles Titio 31. infr. de teſtam. milit.* Redigũtur

ergo

ergo traditiones ab herede factę ad id tempus, quo hereditas adita fuerit, ſiue repudiatum ſit legatum, ſiue *adquo ſitum*, quomodo ſcribere ſolet librarius Florentinus pro *adqu ſitum*, vt bene docuit Cuiac. *lib 2. obſeruat. cap.* 7. non vt habet vulgata lectio *ad poſitum*, quæ nullius hîc ſenſus lectio eſt, licet eam ſuo more interpretari conetur Accurſius. Caue autem, ne hanc legem intelligas de re legata ſub conditione. Etſi enim legatum ſub conditione pendet, quandiu pendet conditio, ſub qua relictum eſt, dominium tamen rei ſub conditione legatæ non pendet, quia interim pleno iure eſt heredis, licet exiſtente quandocunque conditione legati poſtmodum agniti, ſicut retrofingitur legatum fuiſſe ab initio purum, ita & dominium retrofingitur legatario acquiſitum ex die aditæ hereditatis, *l & poſt litem* 12 *§ res quæ ſupr. famil. erciſcund l. generaliter* 29. *§.* 1. *inf quis & à quib. manum.* At cum legatum purum eſt, dici nequit, cuius interim ſit pleno iure, an heredis, an legatarij, quouſque legatarius vel agnouerit legatum, vel repudiauerit. Ergo tota hæc lex intelligenda eſt de legato puro, de quo etiam *in l. Titio & Seio* 34. *cum duab ſeqq ſup. ad leg Aquil.* Ideo autem tam in hac lege, quàm in alijs pleriſque fit mentio aditæ hereditatis, quoniam aditio hæreditatis eſt conditio, ſine qua non poſſet valere legatum, cum non adita hereditate legata corruere neceſſe ſit, & cętera omnia quę teſtamento continentur *l. ea quam* 14. *C. de fideic. l ſi nemo* 1. *ſ. de teſtam. tutel. l. ſi nemo* 181. *de regul. iur.*

9. VLPIANVS libro 26. ad Edictum.

CErti condictio competit ex omni cauſa[a], ex omni obligatione, ex qua certum petitur[b]: ſiue ex certo contractu petatur[c], ſiue ex incerto[d], licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodò præſens ſit obligatio: ceterùm ſi in diem[e] ſit, vel ſub conditionem obligatio: ante diem, vel conditionem non potero agere.

*Ad l. Certi condictio 9.*

Putant noſtri eſſe hanc legem de certi condictione generali, quæ differat à condictionibus certi ſpecialibus ex mutuo, aut ex ſtipulatione vel aliis ſimilibus. Sed hanc ſententiam refutauimus *in error.* 3. *decad.* 83. *de error. pragmat.* vnde peti volumus, quæ alioquin hic tractanda eſſent. Vnica enim certi condictio eſt, per quam ſemper certum petitur ſiue ex certo ſiue ex incerto contractu, vt hæc lex ait, ſed ex cauſa aliqua ſpeciali, ſiue mutui, ſiue ſtipulationis, ſiue alia huiuſmodi qualibet. Eoque ſenſu poteſt dici condictio certi generalis, quia ſpecialibus cauſis ſingulis conuenit, non quaſi ſit aliqua condictio certi ſpecialis, quæ differat à certi condictione generali, aut quaſi hæc certi condictio generalis ſeparatim, & per ſe exerceri poſſit, nulla ſpeciali cauſa adiecta, aut denique, quaſi etiam triticariam contineat, aut condictionem ſine cauſa, quoties per eas actiones certum petitur, puta fundus aut Stichus *l. cum fundus* 31. *in princip. inf. hoc tit.* Nam etſi triticaria datur ad rem certam, ita tamen datur, ne pecunia petatur, *inf de condict. tritic.* Condictio autem certi datur quidem etiam pro fundo vel Sticho, ſed ita vt petatur non tam fundus vel Stichus, quam pecunia certáque ſpecie petitæ æſtimatio petatur. itaque nunquam poſſunt triticaria & condictio certi concurrere, vt à nobis pluribus comprobatum eſt *dict. error.* 3. *inſu. deca.* 83. *& ſeqq.*

a *Ex omni cauſa & ex omni obligati ne.* Non ſunt iſta ſynonyma, & quæ inculcationem verborum contineant, vt quidam apud Accurſium crediderunt, ſed ita diſtinguenda, vt cauſam dixerit Vlpianus pro contractu, vel quaſi, aut maleficio, vel quaſi, aut alia re qualibet, ex qua naſcatur obligatio. Obligationem vero pro effectu illius cauſæ, quę modo bene, ac melius quam alij, idem noſter interpretatur Accurſius. Naſcuntur enim obligationes omnes ex ſupradictis cauſis aliiſque variis cauſarum figuris *l.* 1. *in princip. inſ. de obligat. & act.* ſicut ex obligationibus ipſis naſcuntur actiones perſonales *l. licet* 42 *§ ea obligatio ſupr. de procurat. & Inſtit. de verb oblig in princip.* Valde autem torquet ſe Accurſius, ac poſt eum cæteri, in quærenda ratione, cur hæc certi condictio generalis inducta ſit, cum ſpeciales ſufficiant. Nimirum ſupponunt eſſe quaſdam certi condictiones ſpeciales, quæ reipſa & numero differant à generali, quod nos iam refutauimus. Et certe vel ob hoc maxime credere interpretes debuerunt, aut nullam eſſe certi condictionem generalem, aut nullas eſſe ſpeciales, cum non ſine cauſa & neceſſitate multiplicandæ ſint actiones, vt neque apud Philoſophos entia. Reſpondet tamen Accurſius aliquos eſſe caſus, in quibus certi condictio ſpecialis nulla competere poteſt. Tres autem adfert. Primum illum ſi ſtipuler decem, aut quid aliud certum. Secundum ſi ſtipuler factum aliquod & petam id quod intereſt, quod non ſum ſtipulatus. Tertium ſi ſpecialis condictio ſit famoſa. nolim tamen ego aduerſarium puta fratrem meum infamare & pecuniam nihilominus velim petere, ſed male in omnib. Nam qui certum ſtipulatur, perinde habet condictionem certi ex ſtipulatione, atque is qui mutuam pecuniam dedit, habet condictionem certi ex mutuo *l. ſi quis certum* 24. *inf. hoc tit. & Inſt. de verb. oblig. in princip.* Qui verò factum aliquod ſtipulatur, vtiq; incertum ſtipulatur *l. vbi autem* 75. *§. quis id quod* 1. *ſ. de verb oblig.* proinde certi condictione agere nō poteſt, per quam nihil niſi certum petitur. Multo minus ad id quod intereſt, quod ſemper æque incertum eſt *l vlt. inf de prætor ſtipul iunct. l ſi quis ab alio* 13. *§. vlt. infra de re iudicata. leg quatenus* 24. *de regulis iuris.* de quo egi pluribus in *error.* 4. *decad* 83. *de erroribus Pragmaticorum.* Denique ſpecialis condictio certi famoſa nulla eſt, quæ generalem facere poſſit neceſſariam: ſi qua enim eſſet famoſa, ea maxime eſſet, quæ ex famoſa cauſa penderet, cuiuſmodi eſt condictio furtiua: quam tamen conſtat famoſam non eſſe *l. ceſſat* 36. *de oblig. & action* Idem Accurſius quærit, vtrum hæc certi condictio pereat tanto tēpore quanto perit actio, in cuius locum datur puta redhibitoria. Et ait petire tanquam quæ eius actionis, in cuius vicem ſubrogatur, naturam induat & repræſentet *argument. l. ſi cum* 10. *§. qui iniuriarum ſup. ſi quis caution l. in duob.* 18 *§. exceptio inf. tit. prox.* Sed non puto. datur enim redhibitoria ad factum, id eſt ad redhibendum *l. redhibere* 21. *in princip.* ac proinde vt modo diximus, ad rem incertam *d. §. qui id quod*

ideoque cum incerti condictione non poteſt concurrere. Et certe abſurdum eſt dicere, certi condictionem aliquam eſſe quæ tempore pereat, cum ſit actio ciuilis, vt & cæteræ condictiones omnes ſiue certi ſint ſiue incerti, actiones autem omnes ciuiles ſint perpetuæ *Inſtit. de perpet. & tempor. action.* Sane quoties condictio hæc competit & exercetur, concurrentem aliam actionem, quæcunque illa ſit, conſumit *d. §. exceptio.* Idem Accurſius quærit, an hæc certi condictio, ſi competat ex qua alia cauſa, quæ per inficiationem creſcat, puta ex cauſa legis Aquiliæ, vt ſubiicitur in hac lege, an detur illa etiam in duplum. Et reſpondet recte, non dari: quia in hanc actionem aliæ veniunt, ſi modo per eas certum petatur, ſed cum ſua natura, non etiam cum ſuo incremento, vt loquitur *l. ſp. in l. item veniunt 20. §. cum prædiximus ſupr. de hered. petit.* aut quomodo Accurſius, in ea forma & ſtatu, quem habet actio primordialiter, non ex ſuperueniente caſu *l. vt tantum 14. in principio.* vbi dixi *ſupr. de ſeru. corrupt.*

b *Ex qua certum petitur.* RAT. DVB. Petitionis nomine actio in rem & vindicatio ſignificatur *l. actio 28. iunct. l. actio in 25. inf. de oblig. & act. l. pe nuntia 178. §. actionis de verb. ſignificat.* Atqui nemo poteſt rem ſuam condicere, niſi à fure *l. vlt ſupr. vſ. fr. quem caueat.* Ergo condictio certi non poteſt illa eſſe, per quam certum petitur. DEC. Peti dicitur etiam quod per actionem perſonalē petitur *l. amplius 15. inf. rat. rem hab. l. vinum 22. inf. hoc tit.* De perſonali autem obligatione Vlpianum hic tractare ex eo apparet, quod ſubicit.

c *Siue ex certo contractu petatur, ſiue ex incerto.* Ex contractibus enim ſiue certi, ſiue incerti ſint, nonniſi perſonales obligationes naſci poſſunt, non etiam reales, quæ ex præſenti tantum poſſeſſione naſcuntur *l. non alias 24. ſed etſi; oſtul tur ſupra de iudic. § 1. Inſtit. de action.* Neque tamen exiſtimandum eſt ex quocunque contractu ſiue certo ſiue incerto competere hanc condictionem, niſi etiam illud concurrat, vt agatur ad rem dandam, quæ ſit certa. Condictiones enim omnes ita dantur, vt per eas intendat actor ſibi dari oportere rem aliquam, id eſt, eius dominium in ſe tranſferri *§. appellamus 15. iunct. § præced. Inſtit. de action. l. vbi autem 75 §. vlt. inf. de verb. oblig.* Ideoque nec Accurſius negat condictionem non eſſe, ſi quis vel depoſiti vel commodati, vel pignoratitia, vel huiuſmodi actione experiatur ad rem ſuam repoſcendam, niſi dolus eius qui conuenitur furtum facientis inducat condictionem furtiuam *l. ſi quis inficiatus 11. §. depoſit.* quæ ſola datur etiam domino *l. 1. ſ. de condict. furt.* Proinde ſi agam contra te ad rem aliquam tradendam, quam mihi vendideris, licet certam, puta Stichum aut fundum Cornelianum, non agam hac condictione certi, quia licet res certa ſit, quam debes tradere, hoc ipſum tamen, vt debeas tradere, facti eſt, *l. conſilio 7. §. vlt. inf. de curat. furioſ.* facta verò omnia incerta ſunt, quatenus facienda, quamuis vbi facta ſunt, certa ſint *d. l. vbi autem 75. §. qui id quod de verb. oblig.* Nempe quia ex futuro pendent euentu, qui ſemper incertus eſt *l. quod debetur. 51. inf. de pecul.* In eoque noſter errat Accurſius, qui hunc locum ſic intelligit, quaſi competat certi condictio, quoties ex contractu aliquo certum petitur, dari, inquit, vel tradi, velut in actione ex empto *leg. ex empto 11. inf. de action. empt.* Quaſi verò cum agitur ad faciendum, petatur quid certum: ac non potius incertum, ſcilicet id quod intereſt, vt ſupra diximus *ex leg. ſi quis ab alio 13. in fin. de re iudiciaria, leg. vltim. inf. de prætor. ſtipulat. in d. leg. 2. §. incertam eod. § vltim. Inſtitut. de verborum obligatio n.* Aut quaſi ſeparanda ſit obligatio puri facti, vt foſſam facere, & ſimilia, ab obligatione tradendi, quomodo idem Accurſius loquitur, & diſtinguit. Tam enim facti eſt tradere, quàm fodere, & in vtraque obligatione, ſi non fiat id, quod conuenit, ſuccedit obligatio, & præſtatio eius quod intereſt *d. leg. ſi quis. leg. ſtipulationes non diuiduntur 72. leg. quoties octuageſima prima de verborum obligat.* Accurſium ſ fefellit, quod certum peti crediderit, cum agitur ad tradendam rem certam, itemque locum eſſe condictioni certi, tum quoque cum agitur ad id quod intereſt. Quod vtrumque iam refutauimus, & pluribus *in error. 4. decad. 83. de erroribus Pragmaticorum, ex lege vltim. ſupra ſi quis in ius vocatus non ierit, leg. liber homo 118 §. vltim. inf. de verborum obligat.* Quamuis Accurſius tenet id, quod intereſt, prima quidem facie incertum eſſe, ſed per ſubtilitatem iudicis in ſententia fieri poſteà certum *ex leg. vnic. Cod. de ſent. quæ pro eo quod inter. profer.* non animaduertens, quicquid per hanc certi condictionem petitur, certum eſſe oportere ab initio, & eo tempore, quo petitur, nec ſufficere, quod per iudicem in ferenda ſententia certificari poſtea poſſit, quaſi hoc ipſum ab initio certum ſit ratione ſpei infallibilis, vt Accurſius noſter loquitur: quod certe ridiculum eſt, vt conſtat ex *d. leg. liber homo 118. §. vltim. de verborum obligationibus*, in cuius ſpecie nec quicquam eſt, quod per ſententiam certificari poſſit, aut debeat, cum certa quantitas in ſtipulationem deducta eſſet: ſed præſtanda tamen alij quàm ipſi ſtipulatori, propter quod non poterat ſtipulator ad aliud, quàm ad factum agere, vt ea ipſa pecunia per promiſſorem alij præſtaretur. Nec ſane taxatio facienda per iudicem efficere poteſt, quominus id, quod taxandum eſt, ſit ab initio incertum *d. l. vltim. inf. de prætor. ſtipulat. l. ſi quando 6. inf. vt legat. cauſ. caueat. l. ſi tradit. 4. Cod. de action. empt. l. pen. §. 1. ſupr. de iuriſd.*

d *Siue ex incerto.* RAT. DVBIT. Ex contractibus naſcuntur obligationes, ſicut ex obligationibus actiones. Non ergo videtur fieri poſſe, vt ex contractu incerto naſcatur obligatio, & condictio certi. DEC. Condictionem certi parit non forma & ſubſtantia contractus, ſed materia, nec ad eam aliud requiritur, quàm, vt res, quæ ex contractu debetur, ſit certa, poteſt autem eſſe certa, quamuis debita ſit ex contractu incerto, id eſt, qui certum nomen non habeat, ſed qui ſit innominatus, ſic enim explico quod hic dicitur de contractu incerto: alioqui non poſſet contractus dici incertus, ex quo certum deberetur, ſicut nec certus ex quo incertum, quomodo ſtipulationes certas ab incertis ex diuerſitate materiæ diſtinguit Caius in *l. ſtipulationum 74. iunct. l. ſeq. inf. de verbor. oblig.* Aliud igitur eſt de condictione certi tractare: aliud verò de contractu certo: quemadmodum nec quicquam vetat ex contractu etiã certo & nominato naſci cõdictionem incerti, ſi forte ex eo, vel factum, vel quid incorporale quod in iure conſiſtat, vel id quod intereſt, vel denique aliud quid incertum debeatur.

e *Cæterum ſi in diem.* RAT. DVB. Quod in diem debetur, iam debetur prius etiam quàm dies venerit, ſi modò dies ſit certa, id eſt, quam venturam eſſe certum ſit. Cedit enim dies ſtatim, li-

cèt nondum venerit *l. cedere diem 213. de verb. ſignific.* ideóque poteſt debitor interim ſoluere, inuito etiam creditore, & ſoluendo liberari, quia totum medium tempus liberum ei ad ſoluendum eſſe intelligitur *l. quod certa die 70. infr. de ſolut.* quod ſecus eſt in debito condicionali, quippe cuius dies neque ceſſit; neque venit antequàm exiſtat condicio *d. l. cedere diem l. ſtipulatio iſta 38. §. inter incerta infr. de verb. obligat.* Debuit ergo Vlp. diſtinguere hîc debitum in diem à debito ſub condicione, non eandem vtriuſque rationem facere. D e c. Eſt quidem differentia inter debitum in diem, & condicionale quantum ad natiuitatem obligationis, vt modò diximus, ſed non quantum ad petitionem debiti benè & cum effectu inſtituendam. Non enim magis exigi poteſt quod debetur in diem certam quæ nondum venerit, quàm quod ſub condicione *d. l. cedere diem l. qui hoc anno 42. l. liber homo 118. §. 1. de verb. obligat.* quamuis quod in diem debetur poſſit interim ſolui, vt diximus, non etiam quod ſub condicione, cùm non poſſit contingere liberatio niſi ſolutione eius quod debetur, priùſque ſit natura & tempore, vt quid debitum ſit, quàm vt ſolui poſſit. Quæ ratio & ſententia eſt *d. §. inter incertam.* vbi cùm agitur de incerta die, hoc ipſo agitur de conditione, ſiquidem dies incertus facit condicionem, non tantùm in teſtamentis *l. dies incertus 75. de condic. & demonſtr.* ſed etiam in contractibus *l. ſub condicione 16. §. 1. cum duab. ſeqq. infr. de condict. indeb.* ſed & differentia in eo eſt inter debitum in diem certam & cõdicionale, quòd creditor in diem certam poteſt ſtatim agere ipſo iure, quamuis malè agat & non rectè , adeò vt olim cauſa caderet tanquam plus petens tempore *§. plus autem Inſtit. de action.* creditor autem condicionalis licet ſit interim creditor, ita vt poſſit tranſmittere ius ad heredem *l. is cui 42. de oblig. & act. §. ex condicionali Inſt. de verb. oblig.* agere tamen nullo modo interim poteſt, cùm actio omnis perſonalis præſupponat obligationem *§. 1. Inſtit. de action. l. licet 42. §. ea obligatio ſupra de procurat.* Itaque ſi agat, non tam malè agere dicendus eſt quàm nihil agere, vt in *l. vnic. in fin. ſupr. quand. dies vſusfr. legat. ced.* Proinde nec cauſa cadebat olim quaſi plus petens, nec actionem nondum competentem, ſed ex condicionis duntaxat euentu competituram , conſumebat. Præſentem igitur obligationem eſſe oportet, id eſt, neque die neque condicione ſuſpenſam, vt certi condictio locum habere cum effectu poſſit. Idémque in qualibet alia actione iuris eſt, quamuis aliàs præſens obligatio dicatur etiam cuius exactio per diei adiectionem differtur *leg. centeſimis 46. de verbor. obligat.* Non enim pendet dies qui non poteſt non venire licet nondum venerit: condicionis eſt pendêre & ſuſpendere *leg. pecuniam 36. in fin. infr. hoc tit.* Quod autem pendet, non pro eo habendum eſt, ac ſi iam ſit *l. is damnum dat 169. §. 1. de regul. iur.*

1 ¶ Competit hæc actio etiam ex legati cauſa: & ex lege Aquilia [a], ſed & ex cauſa furtiua [b] per hanc actionem condicitur: ſed & ſi ex Senatuſconſulto [c] agetur, competit hæc actio: veluti ſi is, cui fiduciaria hereditas reſtituta eſt, agere volet.

*Ad §. 1. Competit:*

R a t. d u b. Legati dominium tranſit recta via à teſtatore in legatarium quaſi numquam factum heredis *l. legatum ita 80. de legat. 2. l. à Titio 64. infr. de furt.* Nempe cùm legatum erat olim per vindicationem, non etiam ſi per damnationem, vt & Vlp. & Caius in Inſtit. ſcribunt. Hodie verò poſt ſublatas legatorum formulas antiquas & differentias quocunque modo legatum ſit, cùm pro legatis omnibus dederit Iuſtinianus vindicationem ; quæ non alij quàm domino datur *l. 1. & 2. C. commun. de legat. iunct. l. in rem 23. ſupr. de rei vindic.* ſicut & in cæteris omnibus dedit Iuſtinianus omni generi legatorum eam naturam, quæ olim erat optima , niſi quòd legatum voluit ſemper accipi per manus heredis, vt conſtat ex legati diffinitione poſita *in §. 1. Inſtit. de legat.* alioqui locum eſſe interdicto, *quod legatorum l. 1. §. qui verò ex cauſa infr. quod legator.* Atqui nemo poteſt rem ſuam condicere niſi à fure *leg. vlt. in fin. ſupr. Vſusfr. quem. caueat. §. ſic itaque Inſtit. de action.* Ergo non poteſt ex cauſa legati condictio certi competere ; non magis quàm cum vindicatione concurrere. D e c. Neceſſariò hic locus intelligendus eſt, ſecundùm iuris veteris rationem de legato ſpeciei per damnationem relicto. Aut, vt interpretatur Accurſius, de rei alienæ legato. Non enim res legata eo minùs dari poteſt, eiúſque dominium in legatarium transferri, quòd ſit aliena, cùm ad hoc ſit obligatus heres, vt eam redimat à domino ſi modò velit ille iuſto precio eam vendere *leg. non dubium 14. §. vlt. de legat. 3. l. ſeruum filij 44. §. vlt. de legat. 1. leg. alienus 61. in fin. ad leg. Falc.* Aut denique de legato quantitatis, vt addit idem Accurſius, quia cùm in genere conſiſtat, non poteſt vllum dominium in legatarium transferri ante ſolutionem ; quam ſemper in ſpecie fieri neceſſe eſt, quo demùm tempore dominium transfertur *l. ſi quis ſeruum 8. §. vlt. & l. ſeq. de legat. 1.* Cui conſequens eſt , vt cùm hodie pro quocumque legati genere competat legatario vindicatio ſpeciei legatæ, ſi modò teſtator rem ſuam legauerit, non poſſit eam competere certi condictio pro ſpecie legata quæ fuerit teſtatoris, non magis ſi per damnationem, aut per ſinendi modum legata ſint quàm ſi per vindicationem, ne alioqui concurrat condictio cum vindicatione aduerſus iuris regulam. Erit ergo huius §. ſententia hodie reſtringenda ad legatum rei alienæ, vel quantitatis certæ, quamuis in genere relictæ, cùm perinde ſit certa quantitas, quæ per modum generis relicta eſt, quàm quæ per modum ſpeciei. Non enim vt certi condictio locum habere poſſit, neceſſe eſt rem quæ petitur, fuiſſe aliquando meam, ſed ſufficit vt mea non ſit, fieri verò mea poſſit & debeat *l. videamus 38. §. ſi actionem infr. de vſur. iunct. l. ſi quis certum 24. infr. hoc tit.* Vlpiani temporibus non erat bona hæc reſtrictio, cùm pro legato ſpeciei etiam quæ fuiſſet teſtatoris, competere poſſet certi condictio, ſi modò ea ſpecies per damnationem legata fuiſſet. In eóque noſter errauit Accurſius ignoratione iuris veteris circa differentias legatorum quas Caij & Vlpiani Inſtitutionibus debemus. Illud ſanè ex hoc §. benè infert idem Accurſius , poſſe condictionem certi competere ex quaſi contractu : cùm non niſi ex quaſi contractu heres obligetur legatariis , quòd adeundo hereditatem quaſi cum his

contrahat *l. ſi quis* 5. §. *heres quoque inſt. de oblig. & act. iunct. l. 3. § vlt. & l. ſeq. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.*

a *Et ex lege Aquilia.* RAT. DVB. Ex lege Aquilia datur actio in occiſorem quanti plurimi res fuit eo anno retrorſum computato *l. ait lex 21. ſupr. ad l. Aquil.* propter quam cauſam dicitur actio illa pœnalis §. *his autem verbis Inſtit. eod. tit.* vbi ex hoc infertur non dari eam contra heredem. Atqui condictio certi nullo modo pœnalis eſt, ſed merè rei perſecutoria, vt ſunt cæteræ condictiones omnes quæ ideo dantur ſemper in heredem in ſolidum, adeò vt nec furtiua condictio excipiatur ab hac regula, quamuis detur ex delicto, id eſt ex furto *l. in condictione 9. inſr. de condict. furt.* Ergo ex cauſa legis Aquiliæ competere certi condictio non poteſt. DEC. Condictio certi competit ex quacunque cauſa, nec minùs ex maleficiò, vel quaſi, quàm ex contractu, vel quaſi, dummodò certum ſit id quod petitur, vt initio huius legis ſcriptum eſt. Atqui etiam ex lege Aquilia certum petitur, ſiue occiſus homo petatur à debitore ipſo qui occiderit (perinde enim peti poteſt, & debet ac ſi adhuc viueret *l. ſi ſeruum 91. in princip. & §. vlt. inſr. de verb. oblig.*) ſiue ad veram æſtimationem agatur, quę fuit mortis tempore, ſumpto mortis nomine ἐν πλάτει, vt loquitur *Vlp. in l. 3. inſr. de condict. triticar.* Semper enim certum precium eſt, quod eſt verum, quodque ad certum tempus refertur *l. in lege Falcidia 62. in fi. inſr. ad leg. Falcid.* Ergo etiam ex cauſa legis Aquiliæ certi condictio poteſt competere: ſed longè aliter quàm actio ipſa legis Aquiliæ. Illa enim pœnalis eſt, quia perſequitur quanti plurimi res fuit eo anno retrorſum computato, & præterea creſcit per inficiationem *leg. 4 Cod. de leg. Aquil.* Hæc autem certi condictio nunquam pœnalis eſt, nec per inficiationem creſcit, vt iam ſuprà diximus *ex l. item veniunt 20. §. cùm prædiximus ſupr. de hered. petit.* ſcripſi latiùs *in Error. 3. Decad. 84. de error. pragmat.* Accurſius non ſatis clarè hoc explicat. Illud certè malè addit, condictionem hanc eſſe temporalem cùm redditur loco ædilitiarum, idque nos iam ſuprà refutauimus.

b *Sed & ex cauſa furtiua.* RAT. DVB. Condictio furtiua nunquam concurrit cum alia vlla condictione. Habet enim propriam & ſeparatam naturam à cæteris omnibus. In eo præſertim quod datur ſoli domino aduerſus non dominum. Cæteræ autem omnes non domino aduerſus dominum *l. 1. inſr. de condict. furt. d. l. vltim. ſupr. vſufr. quemadm. caueat.* Ergo non poteſt certi condictio ex cauſa furtiua competere. DEC. Condictionem certi ex cauſa furtiua, cùm dicimus, non duplicem condictionem intelligimus, vnam quæ ſit condictio certi, alteram quæ ſit condictio furtiua: ſed vnicam duntaxat quæ & certi eſt ſi per eam certum petatur, & furtiua cùm ex cauſa furtiua detur. Quemadmodum & condictio triticaria eſſet etiam condictio furtiua, ſi quis rem furtiuam ipſam condiceret non ipſius æſtimationem *l. 1. §. vltim. & l. ſeq. inſr. de condict. tritic.* Ex quo intelligimus tanto magis verum eſſe quod in præcedentibus docuimus condictionem certi generalem nullam eſſe quæ re vera ſit diſtincta à ſpecialibus, ſed quæ tamen non aliter in iudicium deduci poteſt, quàm ſi ſingulis & ſpecialibus ſuis cauſis applicetur, à quibus propriam ac ſpecialem naturam accipiat, propter quam incipiat dici condictio certi furtiua, vel ex mutuo, vel ex ſtipulatione, vel ex legato, vel ex lege Aquilia, vel ex alia denique qualibet cauſa. Idque probatur etiam optimè ex §. *quoniam autem inſt. hac lege.*

c *Sed etſi ex Senatuſconſulto.* RAT. DVB. Reſtituta hereditate fideicommiſſaria ex SC. Trebelliano, nihilominùs heres manet is qui reſtituit §. *reſtituta Inſtit. de fideic. hered.* Quiſquis enim ſemel heres fuit ſemper heres perſeuerat *leg. ait Prætor 7. §. ſed quod Papinianus ſupr. de minor. l. etiam ſoluendo 68. inſr. de hered. inſt.* Heres autem quatenus heres eſt, ſuccedit in iura defuncti omnia, & in eum tranſeunt omnes hereditariæ actiones tam actiuæ quàm paſſiuæ *leg. vlt. & tot. tit. C. de heredit. act.* Ergo certi condictio quæ defuncto competiit, & poſt eum heredi non alij quàm heredi ipſi competere poteſt etiam poſt factam hereditatis reſtitutionem. DEC. Poſt reſtitutam hereditatem ex SC. Trebelliano, actiones omnes quæ defuncto & in defunctum competebant, & quæ ex lege 12. tabul. tranſlatæ fuerant à defuncto in heredem, tranſeunt poteſtate Senatusconſulti ab herede in fideicommiſſarium, ſiue ciuiles illæ fuerint, ſiue prætoriæ, ſiue ædilitiæ, non quidem directæ, quippe quæ ab heredis perſona ſeparari non poſſunt, ſed vtiles *l. 1. & 2. l. ita tamen 27. §. quæ ex Trebelliano inſr. ad SC. Trebell.* Quæ res facit, vt ſi heres poſt reſtitutionem hereditatis directis actionibus experiri velit, repellendus ſit exceptione reſtitutæ hereditatis *d. §. quæ ex Trebelliano.* Neque enim eundem debitorem eadem actione duobus cum effectu teneri æquum eſſet, vni directa, alij verò vtili *leg. ſi pecunia 77. de legat. 1.* Citra reſtitutionem nullæ actiones hereditariæ competunt fideicommiſſario, niſi, inquit Accurſ. in tribus illis caſibus, de quibus in *leg. penult. C. ad SC. Trebell.*

¶ 2 Siue autem ſuo nomine quis obligatus ſit, ſiue alieno: per hanc actionem rectè conuenitur.

*Ad §. 2. Siue autem.*

RAT. DVB. Quiſquis agit condictione certi, aut etiam alia condictione qualibet, intendit aduerſarium ipſum dare ſibi oportere §. *appellamus Inſtit. de action.* Ergo non alius hac condictione poteſt cõueniri quàm qui ipſe dare debet, id eſt dominium transferre §. *ſic itaque eod. l. vbi autem 75. §. vlt. de verbor. oblig.* Non poteſt enim fieri, vt duo eandem rem dare eiuſque dominium transferre poſſint, aut debeant, vnus ſuo nomine, alius alieno, non magis quàm vt duo ſint eiuſdem rei domini in ſolidum *l. 5. §. ſi duobus vehiculum inſr. commod.* DEC. Tam poteſt dare, ac dominium transferre is qui alieno nomine obligatus eſt ad dandum, quàm qui ſuo, cùm ſi non ſit dominus, poſſit tamen dominium ſibi à domino acquirere, vt *in l. non dubium 14. §. vlt. de legat. 3.* aut aliter facere, vt dominium quoquomodo efficiatur ſtipulatoris *d. l. vbi autem §. vlt.* Nihil ergo intereſt an ſuo nomine quis dare debeat, an alieno puta fideiuſſorio vt in *l. 4. inſ. de ſolut.* Sic enim malo hunc locum intelligere quàm cum Accurſio de eo, qui ex contractu defuncti conuenia tur. Hic enim proprio nomine debet, quod defunctus debuit non

alieno

Google

alieno licèt debitum non ab ipſius, ſed à defuncti perſona cœperit interdum tamen etiam alieno nomine conueniri dicitur, qui tanquam heres ex defuncti facto conuenitur. Vt in exemplo quod adfert Accurſius ex *l. furti 6. §. ſi quis alieno ſupr. de his qui notant. infam.*

3 ¶ Quonaim igitur ex omnibus contractibus hæc certi condictio competit, ſiue re fuerit contractus factus, ſiue verbis, ſiue coniunctim, referendæ ſunt nobis quædam ſpecies, quæ dignum habent tractatum, an hæc actio ad petitionem eorum ſufficiat [a].

*Ad §. 3. Quoniam igitur.*

Incipit Vlpianus ſpecies quaſdam tractare & perſequi De condictione certi, An iis ſpeciebus competat. Quæ quæſtiones ex eo naſcuntur quod initio huius legis dictum eſt, Certi condictionem competere ex omni cauſa & obligatione & ex omni contractu, ſiue certo ſiue incerto. Addit nunc *ſiue re fuerit contractus factus ſiue verbis, ſiue coniunctim*, id eſt, re pariter & verbis, vt Modeſtinus loquitur *in l. obligamur 52. infr. de obligat. & act.* vbi hoc ipſum ſic explicat *cùm res interrogationi intercedit* ita tamen vt non duo contractus ſint, ſed vnus. Nihil enim vetat contractum vnum & re & verbis fieri, licèt contrà ſentire Accurſius videatur, quamuis alterutrum ſufficiat ad contrahendam obligationem *d. l. obligamur & l. in princip. infr. Pro ſocio.* vbi non coniunctim, ſed diuiſim accipienda ſunt verba illa *ſocietatem coire & re & verbis* non autem de ſocietate verbis contracta, re interueniente, quomodo interpretatur Accurſius.

a *An hæc actio ad petitionem eorum ſufficiat.* Probant manifeſtè hæc verba id quod inculcauimus toties in præcedentibus, condictionem certi generalem nunquam poſſe exerceri, quin ſpecialis aliqua cauſa inducatur & exprimatur, quod in omnibus perſonalibus actionibus iuris eſt *l. & an eadem 12. §. actiones infr. de except. rei iudic.* Nec quòd ſpecialis cauſa exprimatur facere nouam ſpeciem actionis quæ dici debeat condictio ſpecialis à generali diſtincta. Nec enim de alia quàm generali de qua hucuſque actum eſt, poſſunt hæc verba accipi, *an hæc actio.* Et tamen in ſpeciebus quæ mox proponentur, ait Vlpianus eam ſufficere ad petitionem. Non ergo admittit duas certi condictiones quarum vna ſit generalis, & altera ſpecialis, ſed vnica tantùm quæ ad emergentes ſpecies accommodata in ſingulis locum habeat, & ad petitionem ſufficiat.

4 ¶ Numeraui tibi decem, & hæc alij ſtipulatus ſum: nulla eſt ſtipulatio: an condicere decem per hanc actionem poſſim, quaſi duobus contractibus interuenientibus: vno, qui re factus eſt, id eſt numeratione, alio, qui verbis, id eſt inutiliter, quoniam alij ſtipulari non potui: & puto poſſe.

*Ad §. 4. Numeraui.*

RAT. DVB. Cùm quis mutuam dat pecuniam & ſtipulatur, ſiue ante ſiue poſt numerationem ſtipuletur, non eſt exiſtimandum naſci aliquam ex numeratione actionem, quæ deinde per ſtipulationem mouetur, quia id agunt inter contrahentes, vt ſola ſtipulatio teneat. Et magis implendæ ſtipulationis gratia numeratio intelligenda eſt fieri ne videatur interpoſita ſtipulatio ſine cauſa vt *in l. 2. §. circa infr. de doli mal. except.* quàm vt ex numeratione naſcatur condictio *l. cùm enim 7. iunct. §. vlt. legis preced. infr. De nouat.* Ergo etiamſi ſtipulatio inutiliter interpoſita ſit, puta quod is qui mutuam pecuniam dedit ſtipulatus ſit eam alij reddi cùm nihil ipſius ſtipulantis intereſſet, idque contra iuris regulam de qua *in l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri infr. De verb. obligat.* dicendum tamen eſt non eo magis ex numeratione naſci poſſe & competere condictionem certi ne actus operetur vltra intentionem agentis. Nec enim omnis numeratio parit hanc condictionem, ſed ea tantum quæ fit eo animo vt accipiens obligetur *l. non omnis 19. inf. hoc tit.* Quemadmodum nec omnis traditio transfert dominium ſed ea tantùm quæ fit animo transferendi dominij *l. vlt ſupr. V ſufr. quem caueat.*

DEC. Vnus quidem contractus eſſe intelligitur, iſque non mutui, ſed ſtipulationis ſi modò ſtipulatio interponatur in continenti ante vel poſt numerationem: Sed hoc ita demùm ſi ſtipulatio valeat & teneat. Non enim ſtipulationis nomen meretur ea ſtipulatio quæ non valet, quia nulla eſt vt *in hoc §.* Vlpianus ſcribit. Nec iuris interpretatio illa ſumi poteſt, vt implendæ tantùm ſtipulationis gratia intelligatur facta numeratio, cùm non ideo magis valeat ſtipulatio quàm ſi impleta non eſſet. Et verò quomodo impleri obſecro poteſt ſtipulatio quæ nulla eſt? Siquidem veriſſimum & perpetuum eſt quod vulgo tactatur, non entis nullas eſſe qualitates *l. ſi pariem 19. in prin. ſupr. quem ſeruit. amitt. l. penultim. verſic. quare ſi nulla infr. hoc tit.* Conſequens igitur eſt vt numeratio quæ prodeſſe non poteſt ad implendam ſtipulationem proſit ad certi condictionem quaſi ex mutuo inducendam: Vt duo contractus eſſe videantur. Vnus mutui, iſque vtilis, alius verò ſtipulationis ſed inutilis, quorum alterum qui vtilis eſt vitiari per inutilem non oportet *l. placuit 29. infr. De vſur. l. 1. § pen infr. De verbor. obligat.* Alioqui lucraretur debitor ex aliena iactura, & impunè pecuniam ſibi creditam retineret ſi creditor non magis poſſet eam repoſcere per condictionem certi quàm per inualidam ſtipulationem. Quod non tantum à naturali æquitate abhorreret, ſed etiam à mente & voluntate contrahentium quæ illa proculdubio fuit vt mutuam accipiens pecuniam obligaretur omnimodo ad eam reddendam ſiue ex mutuo ſiue ex ſtipulatione. Et ex ſtipulatione quidem maximè ſi fieri poſſet id eſt ſi valeret ſtipulatio ſi minùs, ex mutuo: Ex ſtipulatione ciuiliter §. *de con-*

*ſtituta Inſtit. de action.* Ex mutuo verò, quod per numerationem contrahitur, naturaliter. Eſt enim numeratio naturalis modus contrahendi mutui, quod eam ob cauſam naturale appellatur à noſtris interpretibus, ad differentiam mutui ciuilis, quod per ſolam confeſſionem contrahitur ſi modò præterierit tempus intra quod potuit excipi de non numerata pecunia, de quo diximus *ad l. 2. §. appellata & §. vlt. ſupr.* Quomodo etiam ſolemus dicere ſolutionem eſſe modum naturalem tollendæ obligationis, ad differentiam acceptilationis quæ non niſi ciuilis & imaginaria ſolutio eſt *l. prout* 80. *ff. de ſolut. §. 1. Inſtit. quib. mod. re contrah. obligat.* Eóque reſpicere videtur Paulus *in l. ſi ita ſtipulatus* 126. *§. Chryſogonus infr. De verbor. obligat.* vbi eandem quæſtionem tractans quam hîc Vlpianus, an ex numeratione is qui contraxit pecuniam creditam petere poſſit, ait, quoties mutuam pecuniam dantes eandem ſtipulamur, non equidem duas obligationes naſci, ſed vnam tantùm verborum. Si tamen præcedat numeratio & ſequatur ſtipulatio, non eſſe dicendum receſſum eſſe à naturali obligatione. Naturalem enim obligationem intelligit non eam quæ ita dicatur ad differentiam obligationis ciuilis, & quæ retentionem & exceptionem tantùm pariat, non etiam actionem *l. naturales* 10. *infr. de obligat. & action.* nec rurſus eam quæ ſit naturalis ſimul & ciuilis (nam & eiuſmodi eſt ea quæ naſcitur ex ſtipulatione, cùm ſtipulatio omnis habeat in ſe pactum, ex quo licèt nudo naſceretur naturalis obligatio *l. Stichum aut Pamphilum* 95. *§. naturalis de ſolut.*) ſed quæ ex naturali actu, id eſt ex numeratione naſcitur, ad differentiam obligationis quam parit ſtipulatio: naſcitur enim illa ex actu ciuili. Senſus ergo eſt, cùm numeratur pecunia credita, naſci ex ea numeratione condictionem, quæ per ſtipulationem poſtea interpoſitam inutiliter, non poteſt tolli, quia nec nouaretur ſi nouationi aliquis in hac ſpecie locus eſſe poſſet, quandoquidem non poteſt nouare ſtipulatio, quæ non tenet ſaltem naturaliter *l. 1. infr. de nouat.* Cùm autem alteri quis ſtipulatur, adeò inutilis eſt ſtipulatio, vt neque naturalem pariat obligationem, *d. l. ſtipulatio iſta* 38. *§. alteri & d. §. Chryſogonus.* non ſolùm quòd inutilis ſtipulatio non valeat in vim pacti *l. an inutilis* 8. *de acceptil.* ſed etiam quia nec alteri paciſci quiſquam poteſt non magis quàm ſtipulari *l. ſi tibi* 17. *§. ſi pactus l. ſi vnus* 27 *§. ante omnia ſupr. de pact.* Adeò autem verum eſt non tolli condictionem quæ ex numeratione quæſita fuit, per ſtipulationem in fauorem alterius inutiliter interpoſitam, vt etiamſi vtiliter interpoſita ſit, præualere tamen ſtipulatio debeat numerationi. Vt puta ſi ſeruus communis meus & tuus ex peculio quod ad te ſolum pertinebat, mutuam pecuniam dederit. Obligationem enim tibi ſoli adquiret ex numeratione. Quod ſi eandem mihi ſoli nominatim ſtipulatus fuerit, valebit quidem ſtipulatio, quia non extraneo ſtipulatus eſt, ſed domino in cuius erat poteſtate: ſed tamen non ideò debitorem à te liberabit, ſed vterque noſtrum habebit actionem: ego ex ſtipulatu quia mihi ſoli nominatim ſtipulatus eſt, tu verò ex numeratione quòd pecunia tua non mea numerata ſit, ſed debitor tamen me doli mali exceptione ſummouere poterit. Quia cùm non ſit æquum, vt eiuſdem pecuniæ nomine teneatur in ſolidum duobus qui non ſunt correi credendi, æquius eſt præferri eum cuius fuit pecunia, quàm cui ſeruus ex alterius pecunia nominatim ſtipulatus eſt, ne in ſerui poteſtate ſit deteriorem facere condicionem domini, & ei adimere actionem, quam ex numeratione ipſi quæſiuerat. Quæ ſententia & ratio eſt *l. 1. §. ſi ſeruus communis infr. De ſtipulat. ſeruor. iunct. l. melior centeſima trigeſimatertia. De regul iur.* Non ergo in hac quęſtione illa tantùm diſtinctio adhibenda eſt, an ſtipulatio valeat necne, ſed illa etiam, vtrum illi ipſi, cuius pecunia eſt, quæri poſſit actio ex ſtipulatu, an alij: vt ſi illi ipſi cuius fuit pecunia, nulla quæratur ex numeratione condictio, ſi modò incontinenti ſtipulatio interpoſita ſit, ſiue ante, ſiue poſt numerationem. Si verò alij, quamuis vtiliter, nec iure reluctante, præualeat numeratio ad pariendam condictionem ſiue incontinenti, ſiue ex interuallo ſtipulatio interpoſita proponatur. Nam quod in ſpecie *dict. §. Chryſogonus verſ. planè* proponit Paulus præceſſiſſe numerationem, & ſecutam eſſe ſtipulationem, non eò pertinet quaſi aliud dicendum putauerit: ſi ſtipulatio præcederet & numeratio ſequeretur: ſed quoniam eo caſu multo minùs dubitari poſſet, quin per ſtipulationem etiam vtilem receſſum eſſet ab obligatione & condictione, non niſi poſtea quæſita per naturalem actum numerationis. Prius enim quæſitam eſſe obligationem oportet, quàm vt ab ea recedi poſſit. Ex numeratione autem facienda nulla quæritur obligatio, ſed ex ea tantùm quæ iam facta ſit. Planè cùm valet ſtipulatio etſi nihil intereſt, an præcedat, an ſequatur numerationem, intereſt tamen ſi ſequatur, an incontinenti ſequatur, an ex interuallo. Non enim poteſt videri vnicus contractus obligationis verborum, ſi ſtipulatio ſequatur ex interuallo, ſed ſtipulationem eo caſu, vel inutiliter interponi neceſſe eſt, vel animo nouandæ condictionis: cui tamen diſtinctioni locus nullus eſt ſi præcedat ſtipulatio: quamuis ex interuallo. Secuta enim quandocunque numeratio, ſemper fit vtiliter etiam citra nouationem, ſcilicet implendæ ſtipulationis gratia quæ alioqui maneret facta ſine cauſa, nec proinde actionem parere poſſet, niſi inutilem & inefficacem ac doli mali exceptione ſummouendam, vt in caſu *leg. contra 6. De ſenatuſconſ Maced.* vbi ſcriptum eſt, quod ad rem maximè noſtram pertinet, ſi à patrefamilias ſtipulatus ſis, credas autem filiofamilias facto, Senatuſconſulti Macedoniani poteſtatem exercendam, quia, inquit Scæuola, expleta eſt numeratione ſubſtantia obligationis. Intereſt ſanè cùm valet ſtipulatio, an interpoſita ſit in eius ipſius vtilitatem cuius fuit pecunia, vt *in dict. l. cùm enim ſeptima de nouat.* an in alterius *vt in dict. l. prima. §. ſi ſeruus communis. De ſtipulatione ſeruorum.* Priore caſu diſtinguendum eſt, an ſtipulatio ſecuta ſit incontinenti, an ex interuallo, vt *in dict. l. cùm enim.* Poſteriore verò nihil intereſt. Omni enim caſu ſtipulatione in alterius fauorem interpoſita, duo contractus ſunt, ambo quidem vtiles ad producendam actionem, ſed quorum alter, obligationis ſcilicet verborum, neque nouare condictionem poteſt, aut quaſi nouare, vt *in ſpecie l obligationum ferè, quadrageſima quarta §. vltimo infr. De obligationib. & act.* neque facere quin potior in agendo cauſa eſſe debeat illius cuius pecunia fuit, & exceptione repelli is debeat qui agit ex ſtipulatione, ſiue præcedat ſtipulatio, ſiue ſequatur: & ſiue ex continenti ſequatur ſiue ex interuallo. Quod enim

non

non transfertur in cauſam nouationis, iure priſtino peti ſemper poteſt *l. 4. §. vltimo infrà de vſuris.*

5 ¶ Idem erit ; ſi à pupillo fuero ſine tutoris auctoritate ſtipulatus, cui tutore (auctore) credidi : nam & tunc manebit mihi condictio ex numeratione.

*Ad §. 5. Idem erit ſi à pupillo.*

RAT. DVB. Pupillus qui alij ſtipulanti promittit aliquid ſine tutoris authoritate, licèt non obligetur ciuiliter, obligatur tamen naturaliter, ideóque fideiuſſorem ſuæ obligationis dare poteſt *l. ſi pupillus trigeſim. quint. ſuprà de recept. qui arbitr. recep. l. Marcellus vigeſim. quint. infr. De fideiuſſ. l. Stichum aut Pamphilum nonageſima quint. §. naturalis infr. De ſolut.* Hoc verò ſufficit, vt prioris obligationis etiam ciuilis qua pupillus tenebatur, fiat nouatio, & conſequenter prior obligatio tollatur *lege prima in fine de nouat. § prætereà Inſtitut. quibus modis tollit. obligatio.* vbi hoc amplius dicitur, idem probandum eſſe ſi poſterior obligatio nulla ſit: quod tamen intelligendum eſt de obligatione quæ nulla quidem ſit ciuiliter, ſed nihilominus teneat naturaliter. Ne alioqui obſtet *dict. l. prima in fine. De nouat.* quo loco eadem omnino ſpecies tractatur de pupillo qui ſine tutoris authoritate promiſerit aliquid per ſtipulationem. Niſi quod obſeruandum eſt ſubeſſe mendum in illis verbis *veluti ſi id quod tu Titio debes.* Legendum enim eſt *id quod tibi Titius debeat*, quemadmodum initio eius §. ſcriptum eſt *quod tibi Seius debebat.* Neque enim potes nouando tuam obligationem tollere, ſtipulando ab alio id quod tu ipſe debeas. Ea namque ratione acquiris quidem tibi creditorem, ſed non liberaris, qui tamen liberareris facta nouatione *dicto §.* prætereà in illis verbis, *Nam & prior debitor liberatur* in tertiam perſonam, non in primam conceptis. Porrò ſi tenet ſtipulatio naturaliter etiam cùm quis à pupillo ſine authoritate tutoris ſtipulatus eſt, quod alios debet, multo magis tenere illa debet, quam quis interpoſuit ſtipulando ſine tutoris authoritate à pupillo quod ipſe pupillus tutore authore debeat, vt eo modo pupillus à ciuili obligatione liberetur, & naturaliter duntaxat obligatus eſſe incipiat. Eſt enim id longè vtilius pupillo, cùm ita futurum ſit, vt ex poſteriore obligatione conueniri non poſſit, quomodo poterat ex priore conueniri. Etſi video Accurſium in ea eſſe opinione, vt putet pupillum etiam ciuiliter obligari, & ex promiſſione ſua conueniri poſſe, quam ſine tutoris authoritate fecerit ſi modo iuſtam cauſam habuerit promittendi, puta ſi fortè pecuniam debebat ei pro quo ſpoponderit: Exemplo eius ; quod de domino ſcriptum eſt ex contractu ſerui obligato *in lege in perſonam trigeſima §. qui pecuniam ſuprà de pact.* Quod tamen non probo, & ex hoc ipſo §. quem interpretamur, manifeſtè refellitur. Quando enim iuſtiorem cauſam habere poteſt pupillus promittendi per ſtipulationem ſine tutoris authoritate etiam animo nouandi, quàm cùm id promittit quod ille ipſe debebat anteà ciuiliter eidem ſtipulatori? An fortè minùs fauorabilis eſt is qui à pupillo ſtipulatur idipſum quod ei pupillus debet ciuiliter & naturaliter, quàm qui ſtipulatur, quod alij debeat pupillus? Nec bona comparatio eſt domini qui conuenitur ex ſerui ſui contractu, & pupilli qui ex propria ſua promiſſione facta ſine authoritate tutoris. Nam contra iuris ciuilis regulas facit, qui à pupillo ſine tutoris authoritate ſtipulatur, aliuérve cum eo paciſcitur *lege contra vigeſima octaua, ſuprà eodem titul. De pact.* Non etiam ſeruus qui pro domino à quo peculium habebat & ex cauſa peculiari aliquid promiſit ſine domini ſui voluntate : quæ ſpecies eſt *dict. §. qui pecuniam.* DEC. Non omnis ſtipulatio poſt aliam obligationem interpoſita facit nouationem, ſed ea demum, quæ vel animo nouandi fit, quod Vlpianus hîc non poſuit, nec ponendum eſt : vel noua aliqua perſona interueniente, vt *in dict. § præterea Inſtitut. quibus modis tollit. obligat.* quod in hac ſpecie non contingit. Mirum igitur non eſt durare condictionem, quæ ex numeratione pecuniæ pupillo ex authoritate tutoris creditæ nata fuerat : quia quod in cauſam nouationis non transfertur iure priſtino peti poteſt, vt *diximus ad §. præcedentem ex l. quartam fin. infrà. De vſur.* Non nego fieri poſſe nouationem à pupillo etiam in hac ſpecie ſine tutoris authoritate, multo magis quàm ſi pupillus promitteret ſine tutore id quod alius debet. Fit enim hoc caſu pupillus locupletior cùm obligationem ciuilem perimit, ex qua poterat conueniri, eámque transfert in naturalem tantùm, quæ actionem parere nullam poteſt. Eſtque hic caſus vnus extra quem vix alius reperiri poſſit, in quo pupillus promittendo fiat locupletior, vt docui ad *dict. l. contrà vigeſima octaua ſuprà de pact.* Sed dico non tractari caſum hunc ab Vlpiano, ſed illum potiùs, in quo nec ſi inter alios ageretur, nouatio tamen vlla fieret, id eſt, cùm incontinenti ante aut poſt creditam pecuniam ſtipulatio interponitur aliter quàm *in §. ſequent.* quæ ſi teneret ciuiliter ad producendam actionem, non alium effectum haberet numeratio, quàm vt ſtipulationis implendæ gratia videretur facta eſſe, quaſi ab initio non niſi vno contractu negotióque geſto, vt *in l. cùm enim ſeptim. ſunct. §. vltimo legis præceden. infrà de nouat. l. ſi ita ſtipulatus centeſima vigeſim. ſext. §. Chriſogonus verſicul. ſupereſt infrà De verborum obligation.* At cùm ſtipulatio non valet ciuiliter, ſicuti non poteſt dici vnicus eſſe contractus ſtipulationis, ne alioqui nullus omnino ſit, & pecunia pupillo benè credita penes eum remaneat, nec eius nomine conueniri ipſe vnquam poſſit, ita fatendum eſt non facere ſtipulationem quominùs ex numeratione

naſcatur ciuilis obligatio, & ex ciuili obligatione condictio, perinde ac ſi nulla eſſet interpoſita ſtipulatio, quæ nec naturaliter hoc caſu tenet: quia cùm pupillus accipiendo mutuam pecuniam tutore authore iam obligatus fuerit & naturaliter & ciuiliter non potuit ſubiecta ſtipulatio aliam obligationem naturalem priori naturali addere: quod nec niſi fruſtra fieret ac ſine effectu. Fruſtra verò multiplicandæ non ſunt obligationes eiuſdem naturæ, & generis, quarum poſterior nihil omnino addat priori. Nihil autem addere poſſet naturalis obligatio, ſi qua per ſtipulationem contraheretur, ei quam pupillus iam contraxiſſet, mutuam accipiendo ſine tutoris authoritate pecuniam, quia licet nec mutuum accipiendo pupillus ſine tutore obligetur iure naturali *lege penultima infrà de obligationib. & action* non magis quàm qui ſtipulanti promiſit, *lege quod pupillus quadrageſima prima infrà de condict. indeb.* obligatur tamen naturaliter, habétque ea obligatio effectus omnes, quos à iure ciuili habent obligationes cæteræ naturales, vt pariant retentionem, exceptionem, compenſationem, deductionem, *lege ſi pupillus vigeſima prima infrà ad legem Falcidiam, lege cùm illud vigeſima quinta §. heres meus. infr. quand. dies legat. ced. lege Stichum aut Pamphilum nonageſima quinta §. aditio infrà de ſolution.* Nempe quia nihil facit contra iuris ciuilis regulas qui pupillo ſine tutoris authoritate mutuam credit pecuniam, quomodo facit is qui ab eo ſtipulatur ſine authoritate tutoris, vt ſcripſi pluribus *ad d. l. contra.*

6 ¶ Idem quæri poteſt, & ſi, quod tibi numeraui, ſub impoſſibili condicione ſtipuler, cùm enim nulla ſit ſtipulatio, manebit condictio.

*Ad §. 6. Idem quæri poteſt.*

Rat. dub. Imputare ſibi debet is, qui pecuniam ſuam dedit mutuam & numerauit, cur ſtipulationem adiicere voluerit. & quidem nullam ac inutilem, id eſt, ſub impoſſibili condicione conceptam. Scire enim debuit interpoſita ſtipulatione incontinenti ante vel poſt numerationem, non duas contrahi obligationes, ſed vnicam verborum, quæ ſi non valeat, conſequens videtur, vt nulla naſci debeat obligatio: Neque verò nouum eſt, vt debiti ſui iacturam faciat creditor, quoties aliquid eſt, quod ei poſſit imputari, vt puta ſi quis id quod ei debet Titius, ſtipuletur nouandi animo à pupillo ſine tutoris authoritate. Nam & Titius qui prior fuit debitor, liberatur, & pupillus non obligatur, quia nulla ſtipulatio eſt *§. præterea Inſtitut. quibus modis tollit. obligat.* Non enim videtur quis damnum ſentire quod ex culpa ſua ſentiat *vulg. l. quod quis centeſima tertia. De regul. iur.* An non autem in culpa eſt creditor, qui pecuniam quam credidit, ſtipulatur ſibi reddi ſub impoſſibili condicione cùm ſciat impoſſibilis condicionis adiectione vitiari ſtipulationem, *l. non ſolum trigeſima prima infr. De obligation. & action. l. impoſſibilis ſeptim. De verbor. obligat.* quaſi nec animus ſit acquirendæ hoc caſu & contrahendæ vllius obligationis *l. quarta §. primo infr. De ſtatu lib.* Dicendum igitur hoc caſu nullam creditori ex numeratione actionem competere, neque condictionem, quia non id actum eſt *l. cùm enim ſept. infr. De nouat. iunct. l. non omnis decima nona hoc titul.* Neque ex ſtipulatione, quoniam ſtipulatio nulla eſt. Voluit enim hoc caſu ſtipulator quod non potuit, & potuit quod non voluit: quo caſu nullum ius quæritur *l. multum intereſt octau. Codic. ſi quis alter. vel ſibi l. quoties 9. in princip. infr. De hered. inſtitut.* Dec. Numquam æquum eſt locupletari quem cum alterius iactura *l. iure naturæ duceteſim. ſext. De regul. iur. l. non hoc natura 14. De condict. indeb.* Locupletaretur autem cum aliena iactura is, qui mutuam pecuniam accepit, ſi nulla ex numeratione naſceretur condictio prætextu ſtipulationis perperam interpoſitæ, ex qua ſimiliter nulla naſci actio poſſit. Etſi enim id inter eos agebatur, vt ex ſtipulatione potiùs quàm ex numeratione actio naſceretur, non tamen id quoque actum videri poteſt, vt nullam actionem haberet creditor qui & pecuniam ſuam numeraſſet, & eam ſibi reddi inutiliter ſtipulatus eſſet. Non magis quàm vt debitor eam pecuniam lucraretur: Cùm ſi actum illud fuiſſet, non dari mutua pecunia debuiſſet ſed donari. Longéque alia ratio illius eſt, qui amiſit debitorem nouando vtilem & efficacem obligationem per ſtipulationem inutilem. Intercedit enim eo caſu legitimus modus tollendæ obligationis. Id eſt nouatio: quæ tamen nec aliter valet, quàm ſi poſterior ſtipulatio teneat ſaltem naturaliter *l. prima in fin. infr. De nouat.* Quod non poteſt contingere cùm ſtipulatio ſub impoſſibili condicione concepta eſt, eiuſmodi namque ſtipulatio adeò eſt inutilis, vt non magis naturaliter, quàm ciuiliter teneat. Cùm iuri naturali non minùs conſentaneum ſit quàm ciuili, vt impoſſibilium nulla penitus ſit obligatio *l. impoſſibilium 185. De regul. iur.* ſiue de naturali impoſſibilitate intelligas, ſiue de ciuili, *lege filius 15. infrà de condictione inſtitut.*

7 ¶ Sed & ſi ei numerauero, cui poſtea bonis interdictum eſt, mox ab eo ſtipuler: puto pupillo eum comparandum: quoniam & ſtipulando ſibi adquirit [a].

*Ad §.*

*Ad §. 7. ſed ſi ei numerauero.*

Rat. dvbit. Is cui bonis interdictum eſt tanquam prodigo in hoc differt à pupillo, quod promittendo ſtipulanti nullomodo obligatur, ne quidem naturaliter, ideóque nec fideiuſſorem dare poteſt: *l. is cui bonis. infr. de verbor. oblig.* Pupillus verò promittendo etiam ſine tutoris authoritate, obligatur tamen naturaliter *l. 9. in fi. infr. de nouat.* quamuis non iure naturali *l. quod pupillus 41. infr. de condict. indeb.* ideóq; fideiuſſorem dare poteſt *l. ſi pupillus 35. ſupr. de recept. qui arbitr. recep. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis. de ſolut. l. ſi pupillus 127. infr. de verb. oblig.* Prodigus enim furioſo magis quàm pupillo comparandus eſt, cùm ſimiliter pro furioſo qui aliquid promiſerit, fideiuſſor accipi non poſsit *l. ſi à reo 70. §. ſi à furioſo. infr. de fideiuſſ.* vbi ratio redditur, quia non ſolùm ſtipulatu nulla interceſsiſſe, ſed nec vllum negotium geſtum eſſe intelligitur. Quibus verbis Caius, cuius ea lex eſt, aliam inſinuat differentiam quæ eſt inter pupillum & furioſum. Pupillus enim omne negotium gerit vtiliter tutore authore, furioſus verò nihil omnino ne quidem authore curatore, ſed curator ipſe omnia gerere debet nomine furioſi, quia certum eſt ætatem allaturam eſſe iudicium pupillo, non item reſipiſcentiam furioſo *l. in negotiis 5 de reg. iur.* Ideóque curator furioſi non tam bonis datur quàm perſonæ, quod in curatore minoris diuerſum eſt, qui bonis datur non perſonæ *l. 1. & tot. tit. de curat. furioſ. & aliis extra minor. dand. l. vlt. C. eod.* hic ſimiliter & curator datus prodigo cui bonis interdictum eſt, perſonæ prodigi magis quàm bonis datus intelligitur, quia prodigus quantum ad bona exitum facit furioſi *l. his qui 12. §. vlt. de tutor. & curat. dat. ab his.* Non igitur bona comparatio eſt pupilli & prodigi. Dic. Bona comparatio eſt in eo, quod hîc tractat Vlpianus, vt non magis conueniri poſsit prodigus ex ſua promiſsione, quàm pupillus ex ſtipulatione interpoſita ſine tutoris authoritate, imò tantò minùs quod ne quidem naturaliter prodigus ex ea promiſsione obligatur *dict. l. is cui bonis,* cùm tamen pupillus, vt diximus, obligetur naturali obligatione, ſed quæ inefficax ſit ad agendum. Non enim negotium gerere pupillus ſine tutore prohibetur, ſed ſe obligare *l. pupillus 5. infr. de author. tutor. l. contra 28. ſupr. de pact.* Perinde igitur dicendum eſt, ſi prodigus, cui ante interdictionem pecunia numerata fuerat, mox poſt interdictionem ſtipulanti creditori promiſerit, non eſſe impedimento eam ſtipulationem quæ nulla eſt, quominus ſalua ſit creditori condictio, quæ nata fuerat ex numeratione: quam ponimus factam fuiſſe ex interuallo ante ſtipulationem, cùm ponat Vlpianus factam eſſe ante interdictionem, ſecutam verò ſtipulationem non niſi poſt interdictionem. Nam ſi numeratio quoque poſt interdictionem facta fuiſſet, non magis potuiſſet ex ea naſci condictio, quàm ex ſtipulatione vlla actio.

a *Quoniam & ſtipulando ſibi acquirit.* Ratio eſt paullo remotior, & quodammodo extra rem: ſed quam tamen cum Accurſio poſsis commodè ſic intelligere, vt bona ſit comparatio pupilli & prodigi in eo, quod dictum eſt, neutrum ex ſtipulatione obligari, quoniam & in eo ſimiles ſunt, quòd ſtipulando poſſunt ſibi acquirere *l. obligari 9. infr. de author. tutor.* ad differentiam ſcilicet furioſi qui nec acquirere ſibi per ſtipulationem poteſt. Nullum enim omnino negotium gerere poteſt *d. §. ſi à furioſo,* id eſt, ne quidem ſibi vtile. At pupillus & prodigus poſſunt dum ne damnoſum: quamuis in negotio damnoſo prodigus ſimilior ſit furioſo quàm pupillo, vt ſuprà diximus.

8 ¶ Si nummos meos tuo nomine dedero, velut tuos [a] abſente te & ignorante: Ariſto ſcribit adquiri tibi condictionem. Iulianus quoque de hoc interrogatus lib. 10. ſcribit veram eſſe Ariſtonis ſententiam: nec dubitari, quin ſi meam pecuniam, tuo nomine, voluntate tua dedero [b], tibi adquiratur obligatio: cùm cottidie credituri pecuniam mutuam, ab alio poſcamus, vt noſtro nomine creditor (meus &) futuro debitori noſtro.

*Ad §. 8. ſi nummos meos.*

Rat. dvb. Per liberam perſonam neque actio neque aliud quicquam olij quæri poteſt excepta cauſa poſſeſſionis *l. 1. C. per quas perſonas nob. acquir. l. ſolutum 11. §. per liberam. infr. de pignor. act.* Obligationes enim omnes ad hoc comparatæ ſunt, vt vnuſquiſque ſibi acquirat quod ſua intereſt. Vt autem alij quæratur actio nihil intereſt mea *l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri. infr. de verbor. obligat. l. quæcunque 11. de oblig. & action.* Ergo ſi nummos meos Titio mutuo dedero, licet tuo nomine, & velut tuos, non magis tibi poteſt quæri condictio certi ex hac numeratione, quàm ſi eſſem tibi ſtipulatus: quo tamen caſu iam ſuprà diximus futurum, vt nulla tibi ex mea ſtipulatione quæreretur. *§. numeraui 5. ſupr.* Imò tantò minus, quanto infirmius eſt pactum etiam incontinenti appoſitum quàm ſtipulatio ad producendam ciuilem obligationem & actionem, vt in *l. quod ſi locum 11. ſupr. de religioſ. l. ſeruus ea lege. infr. de ſeru. export. l. 3. C. de vſur. l. auia 6. C. de iur. dot.* Quænam enim maior vis eſſe poteſt pacti incontinenti appoſiti etiam poſt contractum bonæ fidei, quàm vt ſtipulationis veluti cuiuſdam iure cenſeatur? *l. iuris gentium 7. §. quinimò. ſupr. de pact. l. quia tantundem 7 ſupr. de negot. geſt. l. lecta 40 verſic. dicebam. infr. hoc titul.* Quanquam in mutuo difficilius eſt quàm in ſtipulatione, vt ei inſit pactum etiam incontinenti appoſitum, quia licet vterque contractus ſtricti iuris ſit, mutuum tamen neque conſenſu neque verbis contentum eſt vt ſtipulatio, ſed re potiſſimum & traditione contrahitur *l. rogaſti 11. §. ſi tibi. infr. hoc tit. l. ſi tibi 17. ſup. de pact. l. cùm vltra 9. C. de non numer. pecun.* Tantum abeſt vt verum eſſe poſſit quod hic notat Accurſius plus operari pactum incontinenti adiectum in mutuo quàm ſtipulationem, quòd pactum ſuis & mutui viribus nitatur, ſtipulatio autem non niſi ſuis. Quaſi verò non etiam contractus viribus adiuuetur ſtipulatio iis caſibus quibus pactum quoque adiuuaretur. An non enim verum eſt, non aliter contractarum fuiſſe illum, qui incontinenti poſt contractum adhibuit ſtipulationem? Quæ vnica ratio eſt propter quam pactum incontinenti adiectum in contractibus & traditionibus rerum parit etiam

actionem *l. in traditionibus 48. ſupr. de pact.* Et verò cùm mutuum ex eo dictum ſit, quòd fiat de meo tuum *l. 2. §. appellata ſupr.* nemo dixerit nummos quos credidi velut tuos & tuo nomine fuiſſe vnquam tuos, cùm dominium, nec amittatur, nec in alium transferatur, niſi certis & legitimis modis, inter quos non eſt nuda domini voluntas *leg. ſi quis vi 17. §. differentia inf. de acq. poſſ.* Abſurdum autem videtur ex mutuo naſci condictionem alij quàm ei qui ipſe mutuum contraxerit. Augetur verò dubitatio ex eo, quod Vlpianus cum Ariſtone ponit me meos nummos velut tuos & tuo nomine numeraſſe, abſente te & ignorante. Eſt. n. multo difficilius vt abſente & ignorante per alium quæratur actio extra cauſam filiorumfamilias acquirentium parentibus, aut ſeruorum acquirentium dominis, & extra cauſam legatorum & fideicommiſſorum, quæ nullo etiam hominis facto interueniente ignorantib. quoque acquiruntur *l. cùm pater 77. §. ſurdo de legat. 2. l. ſi filiusfamilias 16. §. 1. infr. qui teſtam facer. poſſ.* Dec. Singularia quædam recepta ſunt circa pecuniam creditam, & inter cætera vt poſſit quis obligari ex mutuo etiam ei, cuius nummos non acceperit, ſi modò per fictionem breuis manus poſſint videri eius fuiſſe, cui condictio quæritur *l. ſingularia 15. inf. hoc tit.* In propoſita verò ſpecie hoc contingit. Nam cũ meos nummos do mutuos Titio velut tuos, & tuo nomine, perinde haberi debet ac ſi eos tibi primũ credidiſſem, tu deinde Titio, quo caſu nemo dubitaret quin & tu mihi obligatus eſſes & Titius tibi. Plerunque enim contingit vtilitatis publicæ cauſa & expediendarum rerum gratia, quomodo Caius loquitur *in 6. ſi ad pupillũ 11. inf. De author. tutor.* vt celeritate coniungendarũ actionũ vna occultetur *l. 3. §. ſed ſi debitorem infr. de donat. int. vir. & vxor.* quod breui manu fieri ait Vlpianus noſter *in l. licet 43. §. 1. de iur. dot.* Maximè autem in mutuo, cuius ſicuti frequentiſſimus maximèq; neceſſarius vſus eſt in commerciis hominũ: ita pleriſq; ſingularib. iſtis fuit adiuuãdus, vt tanto faciliores eſſent ad contrahendũ mutuum hominum voluntates *d. l. ſingularia.* Idque eſt quod Vlpian. hoc loco inſinuat, cùm ſubijcit quotidie accidere, vt creditori mutuam pecuniam ab alio poſcamus vt eam noſtro nomine credat futuro debitori noſtro. Quod enim fit quotidie licet reluctante aliquomodo iuris ratione, facilè tamen permittitur & tranſit in ius commune propter vtilitatem publicam *l. certè 6. §. vlt. infr. de precar. l. & quæ nõdum 15. §. quod dicitur inf. de pignor. iunct. l. vlt. C. quæ res pignor. oblig. poſſ. l. vlt. C. de fideiuſſ.* Fit igitur hoc non tã vi pacti incontinenti poſt mutuum appoſiti, vt malè tentat Accurſius, quàm vi & poteſtate ipſius cõtractus mutui, hoc eſt numerationis per me factæ tuo nomine. Eadem ratio facit, vt ſi pecuniam meã Titio crediderim tuo nomine, eámque mihi reddi ſtipuler etiam incontinenti, non poſſim tamen mihi acquirere efficacẽ actionem ex ſtipulatione non magis quàm condictionem certi ex mutuo. Nam quod contra ſcriptum eſt in *l. cùm enim 7. infr. de nouat.* potiorẽ eſſe cauſam ſtipulationis quàm numerationis, ad eum caſum pertinet quo is qui ſibi pecuniam reddi ſtipulatus eſt ſuo etiam nomine eam numerauerit. Quid? Nihílne igitur faciet ſtipulatio? Ita videtur ſentire Accurſius, ratione illa quod actionem ei quæſitam cuius nomine pecuniam numeraui, poſteà illi adimere non potuerim ne quidẽ incontinenti *argu. l. mandato 60. l. procurator totorum 63. ſupr. de procurat.* Meliùs ad rem facit *l. Granius 71. §. penu. inf. de fideiuſſ. l. vlt. ſup. de pact.* Ego tamen contra puto, ex eiuſmodi ſtipulatione acquiri mihi actionẽ & condictionem certi ex ſtipulatione, ſed ineſficacem, quia doli mali exceptione repelli potero à debitore, quẽ non eſt æquum eiuſdem pecuniæ nomine duob. in ſolidum eſſe obligatum, mihi ex ſtipulatione, Titio autẽ cuius nomine pecuniam meã credidi, ex mutuo & numeratione. Exemplo eius quod ſcriptum eſt in *leg. 1. §. ſi ſeruus communis 2. infr. de ſtipul. ſeruor.* de ſeruo cõmuni meo & tuo, qui pecuniam tuam alij creditã mihi ſoli reddi ſtipulatus eſt de quo ſcripſi *ad §. numeraui ſup.* Sed ſi è contrario pecuniam meam & meo nomine creditam ſtipuler tibi reddi, licèt ſtipulatio incontinenti appoſita ſit, dicendũ tamẽ eſt nihil actum ea ſtipulatione, quoniam alteri ſtipulari non potui *d. §. numeraui.* Obſeruandum tamen eſt, etiamſi ius vetus ita cõparatum eſſet, vt ei cuius nomine ſuam pecuniam quis alij crediſſet, acquireretur condictio etiam ſine ceſſione, ſi tamen ex ea cauſa pignus datũ eſſet neceſſariam fuiſſe ceſſionẽ ad transferenda iura hypothecarum tanquã quæ nõ tam per numerationem quæſita fuiſſent, vt cõdictio, quàm vi & poteſtate conuentionis quæ inter alios facta aliis nec prodeſſe debet nec nocere *l. ſi vnus 27. §. pacta quæ turpem verſ. ante omnia ſup. de pact.* Quod Iuſtinianus immutauit in *l. 2. Cod. per quas perſon. nob. acquir.* non tamen ſatis bene obſeruata diuerſitatis ratione illa, quam attulimus inter condictionẽ & hypothecariã. Etſi videtur noua hæc Iuſtiniani conſtitutio non pertinere ad eum caſum qui *in hoc §.* tractatur, ſi nummos meos velut tuos crediderim tuo nomine abſente te & ignorante, ſed ad illũ potiùs quo abſentis nũmos quis crediderit eiuſdẽ abſentis nomine tanquã ipſius procurator, de quo etiã *in l. ſi abſentis 4. C. ſi cert. pet.* Nam & de procuratore nominatim Iuſtinianus tractat illis verbis *quæ procuratori data vel ſuppoſita ſunt* & ſuæ innouationis non aliam rationẽ affert, quàm quòd ſi procuratori neceſſitas legibus impoſita eſt cedere actionẽ domino contractus vt *l. poſſeſſio 49. §. vlt. inf. de acq. poſſ.* conſequens ſit vt quo caſu ab initio in perſonali actione, & cõdictione ſuperuacua eſt ceſſio procuratoris, ſimili modo contractus dominus etiã ſine ceſſione habere debeat hypothecariã. Nec ſanè poteſt negari quin fauorabilior ſit ille, qui & cõtractus dominus eſt, & dominus fuit pecuniæ creditæ, quàm qui ſolius contractus ideò dominus eſt quod eius nomine pecunia numerata ſit à domino pecuniæ. Hic, n. vnicum duntaxat ius habet, ille duplex. Quemadmodũ & illud exploratum eſt longè fauorabiliorẽ eum eſſe, qui per procuratorẽ pecuniam ſuam credidit, quã ſit ille cuius nomine ab alio eóq; domino pecunia numerata eſt. Quid enim refert an quis manu ſua pecuniam ſuam numerat, an per manum ſui procuratoris? Quare nec vlla mutui ratihabitione hîc opus eſt cùm præceſſerit mandatum: quæ tamẽ neceſſaria eſt in ſpecie *d. l. ſi abſentis*, itémque in caſu huius §. ne alioqui non modò abſenti & ignoranti, ſed etiam inuito per alium cõdictio acquiratur: quod nonniſi in perſona dominĩ receptum eſt, cuius nomine ſeruus vel ſtipulatus ſit vel mutuum dederit, alitérve contraxerit *l. etiam inuitis 32. inf. de acqu. rer. domin l. ſeruus vetante 62. de verb. oblig.* Non quaſi condictio quæ naſcitur ex numeratione ſit in pendenti, quouſque abſentis & ignotãtis cuius nomine facta eſt, ſecuta ſit ratihabitio, ſta-

tim

Digitized by Google

timnamq; & ipſo iure acquiritut ſola numerationis ita factæ poteſtare.]Sed quia ſi is, cuius nomine facta nomeratio eſt, actionem ſibi quæſitam admittere nolit, & exetcere, quæ innito ei vt diximus acquiri non poteſt, cõſequens neceſſario eſt vt actionem habete debeat is ipſe qui pecuniam, adeóque ſuam numeraoit, nõ quidem directam quæ iam alij ipſo iure quæſita eſt, & quam acqnitere ſibi noluit cùm alterius nomine numetauerit, ſed vtilem quæ nec ipſi denegaretur ſi alrerius abſentis & ignorantis nec ratum habere volentis pecuniam eioſdem domini nomine crediditſſet *d.l. ſi abſentis*. Omnimodo igitur actio directa acquiriıur ei cuios nomine pecunia nnmerata eſt, id eſt etiamſi cõtractum ſuo nomine geſtum nolit habere ratum: quamuis eam Inuitus exercere non cogatur: Et purè, nõ ſub condicioοe illa affirmatiua ſi ratihabitio ſequatur, adeóque nec ſub illa negatiua, niſi ratum habere noluerit, quæ perinde actum ſuſpenderet quaſi condicionalem quamuis minus cõdicionalem *l. fideicommiſſa tt. §. ſic fideicommiſſum delegat. 3.* aut potius faceret reſolubilem ſub cundicione vt ita dixerim ex *l. 2. inf. de in diem addict. l. 1. de leg. commiſſ.* Planè vtilis nec acquiritur ſtatim ei qui pecuniã quamuis ſuam numerauit, nec aliter quàm ſub illa condicione, ſi is cuius nomine numerara pecunia eſt, ratam eam habere nolit *d.l. ſi abſentis l. 1. C. de oblig. & action.*

a *Velut tuos.* Intellige cum Accurſio, dumne per facti errorem hoc fiat. Nam ſi nummos meos quos alij numero vt faciam mutuos, credã eſſe tuos cùm re vera ſint mei, nulla ex eiuſmodi numeratione naſcetur condictio, neque tibi quamuis tuo nomine crediti ſint, quia non ſunt facti accipientis, cùm nec animos in me fuerit transferendi in alium dominij, nec fuerim fortaſſe nummos crediturus ſi meos eſſe ſciuiſſem: Neque mihi, quia nec cogitaui de acquirenda mihi actione, non magis quàm de transferendo dominio nummorum meorum quos putabam meos nõ eſſe: Nec quòd eos ego ipſe tradiderim ad rem facit. Non enim omnis traditio etiam à domino facta transfert dominium, ſed ea tantùm quæ fit animo transferendi dominij *l. vlt. ſup. Vſufr. quem caueat*, nec quiſquam errans in facto rem ſuam amittit, vt maximè alij eam tradat *l. ſi procur. meus 35. inf. de acq rer domin. l. 3. §. ſubtilius inf. de condict. cauſ. dat.* Quid ergo? An is qui nummos accepit, impunè retinebit, vt ſi velet eſſe perfidus, nulla actione cõueniri poſſit? Imò qui eos numerauit nec ideò dominus eſſe deſiit, vindicare illos poterit tanquam ſuos ſi extent. Sed ſi conſumpti ſint, tum demum condicet, ſed ea cõdicione quæ non tam ex numeratione naſcatur, quàm ex conſumptione vt in *l. rogaſti 11. §. vlt & legib. ſeq inf. hoc tit.* & quę vtilis meo iudicio dicenda eſt potiùs quàm directa, cùm ex poſtfacto & ex accidenti naſcatur, non ex contractu. Quamquã illud etiam non malè dici meo iudicio poteſt, Vtilem condictionem dandam ei cuius nomine pecunia numerata eſt, ſi modò eam numerationem ſuo nomine factam habere ratam velit, malitque dominus qui pecuniam ſuam numerauit habere hunc obligatum actione negotiorum geſtorum ad reſtitutionem pecuniæ quàm extantes adhuc nummos ſuos vindicare. Nam ſi iure domini vindicare eos velit, quomodo poteſt ſi extent? dubitandũ non eſt quin præferri debeat non domino cõdicere volẽti.

b *Si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dedero.* RAT. OVB. Etiamſi abſente & ignorante te nummos meos velut tuos alij credidero & numerauero, tibi tamen condictio acquiritur, vt proximè dictum eſt ex Ariſtone, cuius ſententiam non minùs probauit Iulianus quàm Vlpianus. Fruſtra ergo Iulianus hîc adiecit verba illa *voluntate tua.* Atque ita noſter putat Accurſius ea abundare & ſubaudiendum *maximè*, quaſi nihil interſit, an dederim volente te & ignorante. Sed mihi probabilius videtur ideo addita eſſe à Iuliano, vt effectum rei potiùs quàm poteſtatem iuris demonſtrarent. Etſi enim vtroque caſu ſiue volente, ſiue ignorante te nummos credidero tuo nomine condictio tibi quæritur, ſi tamen ratam habere nolis numerationem, nullius vtilitatis eſt illa condictio, ſed mihi qui numeraui danda eſt non quidem directa ſed vtilis vt ſupra docuimus ex *d.l. ſi abſentis 4. C. ſi cert. pet.* Voluntatem igitur tuam interuenire ſemper neceſſe eſt aut ab initio, aut ex poſtfacto, non vt condictio tibi acquiratur ipſo iure ſed vt ſoli tibi, & quidem cum effectu & vtilitate. Alioqui non impediet tua directa quominùs acquiratur mihi vtilis.

9 ¶ Depoſui apud te decem: poſtea permiſi tibi vti. Nerua, Proculus etiam antequam moueatur, condicere, quaſi mutua, tibi hæc poſſe aiunt, & eſt verum: vt & Marcello videtur. animo enim cœpit poſſidere. ergo tranſit periculum[a] ad eum qui mutuam rogauit, & poterit ei condici.

*Ad §. vlt. Depoſui.*

RAT. OVB. Abſurdum eſt dicere pecuniam ex quocunque contractu nuda voluntate fieri poſſe creditam, tametſi pecunia penes eum ſit qui illam habere vult ex cauſa mutui, cùm mutuum nõ nudo conſenſu, ſed re & traditione ac numeratione contrahatur *l. qui negotia 34 inf. mandat.* Ergo ſi depoſuerim apud te decẽ, poſteà verò, id eſt ex interuallo permiſerim tibi iis vti, non ideò dicendũ eſt fieri ea mutua priuſquàm ea de ſuo loco per te moueantur. Præſertim cùm priuſquàm moueantur, non alio iure poſſint videri eſſe apud te quàm quo ab initio fuerunt, id eſt ex cauſa depoſiti. Ex qua cauſa certum eſt non ſolum dominium non transferri, ſed neque poſſeſſionem *l. licèt 17. inf. depoſit.* Sanè cùm per te mouentur, vt iis iam vtaris quaſi mutuis, noua hæc poſſeſſio eſt, quæ nouam cauſam habet nimirum mutui. Neque enim nouum eſt mutare quem ſibi cauſam poſſeſſionis nouo titulo ſuperueniente *l. non ſolùm 33. §. quod vulgo infr. de vſucap.* Malè igitur Nerua & Proculus dixerunt poſſe me hęc decem tibi condicere, priùs etiam quàm moueantur: Neque verò mutua fieri aliter poſſunt quàm ſi de meis fiant tua *l. 2. § appellata ſupr.* Dominium autem quod meum fuit, non niſi per mediam poſſeſſionẽ transferri in te poteſt *l. per procuratorem 8. C. de acquir. poſ.* Nec rurſum poſſeſſio niſi per actum aliquem corporalem ſiue tactu id fiat, ſiue oculis *l. 1. §. pen. l. quod meo 18. §. ſi venditorem infr. eod. tit. l. eius rei 46. & ſeq. ſup. de rei vindic.* Quam ob cauſam ponit Accurſius pecuniam depoſitã præſentem fuiſſe, & in conſpectu contrahentium vt hanc obiectionem, effugiat. Maximè verò, quia, vt inquit ille, nemo poteſt ſolo animo incipere poſſidere *l. quemadmodum 8. inf. de acquir. poſſ.* DEC. Mutuum eſt quoties pecunia de

mea ſit tua, dummodo ea mente, vt mihi tantundem teſtituas id eſt qnod ſit eiuſdem generis, bonitatis & qnalitatis *d.l. 2. in princ. & §. appellata vbi dixi ſup hoc tit.* Atqui in caſu propoſito pecunia quæ fuit mea, quandiu manſit in cauſa dcpoſiti facta eſt tua ſtatim atqnè permiſi tibi ea vti: Nec enim poteras ea vti citra furtum qnandiu manebat dcpoſita. Et cùm antea eſſes obligatus, vt eadem ipſa corpora nummorum teddetes quæ fuerant depoſita, [non enim poteſt deponi pecunia, nec proinde deberi ex cauſa depoſiti niſi pet modum ſpeciei] iam non teneris niſi vt reddas tantundem: quæ res egreditut notiſſimos depoſiti terminos, vt Papinianus loquitur in *l. Lucius 24. inf. depoſit.* Quiſquis autem obligatus tantùm eſt vt teſtituat tantundem, hoc ipſo fit dominus proprietatis, tum quoque cùm in ea te vſumfructum ab initio ſolum habuit, vt *in l. ſi vini 7. & paſſ. ſup. de vſufr. rer. quæ vſu conſum.* Nec ad rem pertinet quod nec nuda voluntate nec ſine poſſeſſione dominia vel amittantur vel transferantur. Neutrum enim horum contingit in hac ſpecie in qua dominium acquiritut depoſitario non quidem pet traditionem, quę nec eſt neceſſaria, cùm res tradenda iam penes cum eſt cui tradi alioquin deberet *§. interdum Inſtit. de rer. diuiſ. l. qua ratione 9. § interdum infr. de acq. rer. domin.* ſed tamen per mediam poſſeſſionem, quam tu depoſitatius cœpiſti animo tibi acquirere ſtatim atque à me impetraſti, vt ea pecunia tibi licetet vti: quamuis nondum eam contrectaueris vt ea qnaſi facta tua vtereris. Satis enim eſt quod patior eam pecuniam eſſe apud te, vtque tibi liceat eam pro arbitrio & quaſi tuam cùm voles nõ ſolùm contrectare [quæ res te à furti tantùm crimine libetaret] ſed etiam expendere. Poteſt enim quis incipere animo ſolo eam rem poſſidere quam penes ſe iam habeat, licèt non ſit illa in cõſpectu, dummodò nouus ſuperuenerit titulus qui iuſtam cauſam præbeat nouæ poſſeſſionis *d. l non ſolum 33. §. 1. de vſucap.* In quo certè deceptus eſt Accurſius. Idenim eſt quod Vlpianus hîc ſcribit, *Animo enim cœpit poſſidere.* Nec tamen dici poteſt quod idem Accurſius tentat ſpeciale ac ſingulare eſſe in mutuo, vt qnamuis pecunia quæ datur mutua non ſit in conſpectu eius tamẽ poſſeſſio acquiri poſſit & per poſſeſſionem dominium *argum. l. ſingularia 15. infr. hoc tit.* Ratio enim illa quam adfert Vlpianus, quòd depoſitarius cœperit animo poſſidere, petita eſt vt appareat ex iute communi non ex ſingulari: Quod & Africanus apertè docet *in d. l. qui negotia 34. inf. mandat.* vbi poſtquàm dixit non eſſe recipiendum, vt ex qnolibet contractu mutuum nuda voluntate fiat, ſubiicit ſimile non eſſe, quòd ſi pecuniam apud te depoſitam conuenerit, vt creditam habeas, fiat credita. Reſpondet enim ita eſſe *quia tunc nummi qui mei erant tui fiunt.* Ad aliam vetò obiectionem quæ ex eo ſumi poterat, quod ſi à debitore meo iuſſerim te pecuniam accipere ea pariter credita fiat. Reſpõdet *id benignè receptum eſſe.* Vt intelligamus priore caſu non æquè benignè receptum aliquid eſſe contra iuris communis regulas, ſed ex mera iuris ratione. Et certè ſingularia quædam recepta ſunt circa pecuniam creditam, quomodo Vlpianus loquitur *in d. l. ſingularia*, ſed non omnia quomodo ſentire videntur plerique interpretum, qui vt euoluant ſe ex omnibus ferè difficultatibus, quę non paucæ occurrunt in hoc tractatu de mutuo, paſſim confugiunt *ad d. l. ſingularia*, ſicut & imperiti plerique *ad l. non omnium 20. ſup. de legib.*

a *Ergo tranſit periculum.* RAT. DVB. & DEC. eadem quæ ad ſententiam præcedentem. Ideo enim videbatur non tranſire periculum ad eum, qui mutuam pecuniã rogauit, quia nec videbatur eſſe mutuum ſed depoſitum. Non ſolet autem periculum ad depoſitarium pertinere ſi non ſit in dolo *leg. 5. §. nunc videndum infr. commod. l. contractus 23. infr. de regul. iur.* Idcirco autem pertinet quia poſt permiſſionem vtendi datam depoſitario iam non eſt depoſitum ſed mutuum & qui erat depoſitarius factus eſt proprietarius, vt diximus. Periculum igitur ad eum pertinere conſequens eſt tanquam ad dominum *l. quæ fortuitis 6. l. pignus 9. C. de pign. act.* Præſertim cùm ſit facilius vt periculum caſus fortuiti, quàm vt dominium in aliquem transferatur. Sufficit enim vt non niſi per eum ſtet quominus fiat dominus, quamuis nondum ſit: vt cernere eſt in emptore, qui licèt non fiat dominus ante traditionem, adeóque nec traditione ſecuta quoúſque precium ſoluerit *§. vendita Inſt de rer. diuiſ. l. quod vendidi 19. l. vt res 5. infr. De contr. emp.* periculo tamen obſtringitur ex die perfectæ venditionis, quæ nudo conſenſu perficitur *§. tum autem Inſtit. de empt. & vendit. l. neceſſario 8. & paſſ. inf. de peric. & commod. rei vendit.* Nempe quia in ipſius poteſtate eſt precium quandocunque ſoluere, & ſoluto precio agere ex empto contra vẽditorem ad rem tradendam, atque ita vel eum in mora conſtituere vel adigere illum ad traditionem, atque ita dominium nanciſci, cùm tamen non ſit in poteſtate venditoris quamuis maneat dominus, vt rem quam vni vendidit rurſum vẽdat alteri vt ſe eximat periculo, nec ſi eam tradat, niſi velit etiam fidem de precio habere, quod certè maioris periculi eſt quàm vt imputari poſſit venditori cur id non fecerit. Similiter igitur & in propoſito dicendum eſt periculum ad depoſitarium qui mutuam pecuniam rogauit, & cui permiſſum eſt ea vti, omnimodò pertinere. Non ob id ſolùm, quod contracto ea ratione mutuo factus ſit dominus, ideóque certi condictione ex mutuo non vindicatione aut depoſiti actione teneatur. Sed etiam quòd ita poſito iure, vt neque poſſeſſionem neque dominium pecuniæ depoſitæ priùs haberet depoſitarius quàm mouiſſet eam & tetigiſſet, in ipſius tamen poteſtate eſt mouere ac tangere quandocunque velit. Non autem perinde eſt in facultate & arbitrio illius qui depoſitario permiſit vti pecunia, vt eum prohibeat poſtquàm permiſit. Cõtractus enim omnes qui ab initio ſunt volũtatis, ex poſtfacto ſunt neceſſitatis *l. ſicut 5. C. de oblig. & action. ſic in l. qui negotia 34. verſ. his argument. inf. mandat. Condici ei poterit* ſcilicet condictione certi ex mutuo. Noli enim dicere cum Accurſio *certi condictione generali & ſpeciali* quaſi ſit duplex certi condictio, generalis vna & ſpecialis altera, quod certè non magis verum eſſe poteſt, quàm vt vna eadémque numero & generalis ſit & ſpecialis. Vnica enim eſt quę ideo generalis dicitur, quia ad plurimas ſpecies accommodatur, ſed quæ tamen exerceri non poteſt, quin ad certam ſpeciem reſtricta ſit & accommodata. Scire ſiquidem actor debet, ex qua cauſa velit certi condicere, eámque cauſam in libello exprimere *l. & an eadem 14. §. actiones infr. de excep. rei iudic.* Nec licere ei debet in tanta actione id eſt, tam generali vagari vt circa actionem de dolo Paulus ratiocinatur *in l. item exigit 19. ſup. De dolo.* Nos in ſuperioribus iam ſæpius diximus.

10. Idem libro 2. ad Edictum.

QVod ſi ab initio, cùm deponerem, vti tibi, ſi voles, permiſero: creditam nõ eſſe antequam mota ſit, quoniam debitum iri non eſt certum [a].

*Ad l. Quòd ſi ab initio 10.*

RAT. DVB. Facilius eſt ab initio contrahi mutuum, quàm vt ex depoſito, quod contractum ab initio fuerit, fiat poſteà mutuum. *l. qui negotia 34 inf. mandat.* Ergo quæ res poteſt ex poſtfacto conuertere depoſitum in mutuũ multo magis facere poteſt & debet vt ab initio ſit mutuum. Atqui ſi primũ depoſuerim apud te decem, poſtea verò ex interuallo permiſerim tibi iis vti, ſola illa permiſſio vtẽdi facit ex depoſito mutuum, vt dictum eſt *in §. vlt. l. praeced.* Ergo ſi ab initio cùm deponerẽ apud te decẽ, permiſero tibi iis vti ſi voles, dicẽdum eſt mutuum me contraxiſſe non depoſitum: vt ſolent in cæteris ferè omnib. maioris eſſe momenti ea quæ ab initio fiũt quàm quæ ex poſtfacto *l. iuris gentiũ 7. §. quinimò l. traditionibus 48. ſup. de pact. l. initio 5. C. de pact. inter empt. & vendit.* Nec obſtare videntur verba illa permiſſioni addita *ſi voles* ſiue quòd etiamſi non eſſent addita, ſubintelligi tamen deberent, cùm non ſit cogendus vllo caſu depoſitarius vti ea pecunia ſi nolit, conditiones autẽ quæ tacitè inſunt, nihil ſoleant operari *l. aliquando 107. inf. de cond. & demonſt.* ſiue quòd non alius eo. ũ ei burum ſenſus nec maior effectus eſſe poſſit, cùm ex poſtfacto addita ſunt quàm cũ ab initio. Atq; ita gloſſatores nonnulli quos Accurſius refert, exiſtimauẽrũt nihil referre, an verba hæc *ſi voles*, addita ſint ab initio an ex poſtfacto, ſed tantũ eſſe diſtinguendum an addita ſint, necne. Deo. initium cõtractus ſemper ſpectandum eſt, maximè cùm de nomine ac natura contractus dubitatur *l. ſi procuratorem 8. in pr. inf. mandat. l. 1. §. ſi ſeruus 30. depoſ. l. non tantũ 12. inf. de SC. Maced.* ſicuti in delictis ſolemus dicere propoſitũ & voluntatem diſtinguere maleficia *l. qui iniuriæ 53. in pr. inf. de furt.* Atqui ponimus contractum de quo tractamus incepiſſe à depoſito. Sic. n. Vlpian. loquitur. *Quòd ſi ab initio, cùm deponerem:* depoſitũ igitur ab initio fuit, non mutuũ: nec rurſum potuit fieri per rerum naturam vt eodem inſtãti & depoſitum eſſet, & ex depoſito fieret mutuum. Id enim ex quo aliud fit, præexiſtere neceſſe eſt, ſecũdum philoſophos. Ob cámq; cauſam ponit Vlp. addita fuiſſe verba illa *ſi voles*, quoniã alioqui ſine illa cõdicione nõ poſſet depoſitum ita contrahi, vt depoſitarius pecunia depoſita vti poſſet. Eſſet. n. pactio contraria ipſi contractui naturæq; & eſſentiæ depoſiti, ex quo idem ipſum corpus quod depoſitũ eſt & in ſpecie reddi oportet, non tãtundem in genere *l. Lucius 14. infr. depoſit.* ſicuti è contrario naturæ mutui repugnat vt idem reddatur, ſed tantumdem reddi oportet *l. 2. in pr. ſup. hoc tit.* Quod cùm euenit, vt pactio in aliquo contractu appoſita repugnet cõtractui, neceſſe eſt vel contractum perire & in aliũ contractum transformari, vt maior pactionis quàm contractus ratio habeatur, vt *in leg. vbi ita donatur 35. inf. de mort. cauſ. don.* vel pactionem reiici, vt contractus retineatur, vt in *l. cùm precario 12. in prin. inf. de precar.* De cuius tamen interpretatione & emendatione videnda ſunt quæ ſcripſimus *in Error 3. decad. 77. De error. pragmat.* Sic igitur & contracto ita depoſito ab initio, vt poſſet depoſitarius vti pecunia depoſita dicendum eſſet, vel neutrum contractum valere quaſi conſtitutum ex pugnãtibus *l. vbi pugnantia 188. de reg. iur.* vel ab initio ſolum eſſe depoſitum, vel denique ſolum mutuum, nõ autem depoſitum, poſtea conuerſum in mutuum: quomodo certè conuertitur cùm ab initio nudum & ſimplex depoſitũ fuit poſtea verò, & ex interuallo permiſſum eſt depoſitario vti pecunia. At cùm permiſſioni vtendi pecunia depoſita ab initio conceſſæ adiecta eſt cõdicio illa *ſi voles*, idipſum contingit quod ſi depoſitũ ſimpliciter ab initio contractum eſſet, deinde ex poſtfacto permiſſum depoſitario vti pecunia depoſita, vt ſcil. ab initio nihil niſi merum depoſitum ſit, ſed quod tamẽ ex poſtfacto conuertatur in mutuum: Tunc nimirum, cùm depoſitarius facto ipſo declarauerit velle ſe vti ea pecunia, quod ſicuti non niſi ex interuallo & poſt contractum iam depoſitum facere poteſt, ita nec melius quàm mouendo pecuniam vt lex ait, non vt Accurſ. interpretatur vtendo voluntariè pecunia. Etſi enim non vtatur ſtatim, ſufficit tamen ad conuertendum depoſitum in mutuum vt pecuniam moueat, quam alioqui mouere, in ſacculo ſemper ſignato depoſitam, & contrectare citra furtum non poſſet. Plus dico, etiamſi depoſitarius eam pecuniã nondum mouerit, ſi tamen verbis declarauerit velle ſe eam mouere & attingere, ſtatim fieri pecuniam mutuam, quæ prius fuerat depoſita. Non. n. vſus pecuniæ depoſitæ ille eſt qui depoſitũ conuertit in mutuum, ſed impetrata poteſtas & declarata voluntas vtendi, quam vtramq; ſemper præcedere neceſſe eſt vt licitus vſus ſequi poſſit *d. §. vlt. legis proximè præcedentis.* Et verò quid intereſt an verbis an factis volũtas declaretur? *l. non tantùm 5. inf. rat. rem haber.* Prima igitur declaratio volũtatis ſufficiet, vt & in ſpecie *l. ſi ita legatum 65. §. 1. de legat. 1.* Nec ad rem pertinet quod obiicit Accurſius condicionem illã *ſi voles* eſſe nimis extẽtiuã, & admittere voluntatis mutationem *l. filij 6. §. 1. inf. ad SC. Tertyll.* quam non admitterent hæc verba *ſi voluero l. ſi ſtipulatus fuerim 76. l. ſi quis ſtipulatus 112. de verb. oblig.* Vnde infert Accurſ. futurum vt mutuum eſſe ſæpius inciperet, & ſæpius deſineret, mutata ſæpius per depoſitarium volũtate: quod ille abſurdũ eſſe ait. Semel enim declarata per depoſitarium voluntate ſtatim verum eſt, permiſſum ei eſſe vti pecunia, quæ permiſſio illa eſt cuius ſolius poteſtate fit, vt depoſitum conuertatur in mutuum, non etiam voluntas depoſitarij, licèt voluntatem illam interuenire neceſſe ſit tanquam condicionem ſine qua non, vt depoſiti conuerſio in mutuum fiat. Permiſſio autem illa non variatur, quamuis mutata & variata depoſitarij voluntate: nec rurſus nouum eſt, vt verba illa *ſi voles* expreſſim adiecta multum operentur etiam illo caſu, quo alioqui tacitè ſubintelligerentur *d. l. ſi ita legatum 65. §. 1. de legat. 1. l. nonnunquam 51. de condict. & demonſt.* Illud certè Accurſ. benè notat differre caſum huius legis ab illo de quo in *§. vlt.* legis præcedẽtis, quòd ibi præceſſerat depoſitarij voluntas, qui mutuã pecuniã rogauerat poſt contractum depoſitum ante quàm is qui depoſuerat ei permiſiſſet vti pecunia: nec proinde neceſſe erat aliquam ſubſequi nouam depoſitarij voluntatem cùm prior alia præceſſiſſet. In ſpecie autem huius legis ſubſequi voluntatẽ neceſſe eſt, quam aliam nulla præceſſit, nec præcedere potuit, cùm permiſſio

vtendi data ſit in depoſito ipſo contrahendo Non ergo diſtinguēdum eſt, an permiſſio vtendi data ſit ſub hac cōditione *ſi voles*, an ſub illa, *ſi volueris*, quomodo Accurſ. diſtinguit, nec rurſus an condicio illa *ſi voles* aut *ſi volueris* adiecta ſit, an nulla, vt alij diſtinguebant: ſed tantùm an ab initio an ex poſtfacto permiſſum ſit depoſitario vti pecunia, vt primo caſu non ſit mutuum, niſi adiectis verbis illis *ſi voles*, & ſecuta vtendi voluntate in perſona depoſitarij. Poſteriore verò caſu non ſit neceſſe adiici in permiſſione condicionem illam *ſi voles*, vt depoſitum conuertatur in mutuum: ſed quæ tamē ſi adiecta fuerit, voluntatem nouam ſubſequi neceſſe eſt, vt condicio impleatur: cùm id euidenter actum ſit hoc caſu vt non niſi ſub condicione depoſitum in mutuum conuertatur. Et ita hæc quæſtio tota ſatis alioquin obſcura explicanda eſt.

a *Quoniam debitum iri non eſt certum*. Senſus eſt, quoniam mutuum contractum non eſſe certū eſt. Nam quandiu depoſitū manet, nihil depoſitarius debet, cùm res depoſita nō poſſit deberi ei qui iam dominus eius eſt *l. nemo rem ſuam 82. infr. de verb. obl.* quoniā ideò nobis aliquid debetur, vt noſtrum fieri poſſit, noſtrum autem magis fieri non poteſt id quod noſtrum eſt *l. non vt ex pluribus 159. de reg. iur. §. ſic itaque. Inſt. de action. iunct. l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri. de verb. obl.* At cùm depoſitum conuertitur in mutuum, exinde certum eſt debitum iri, ex quo depoſiti in mutuum facta conuerſio eſt. Noli autem ſic explicare cum Accurſio, *quia non eſt certum an vtatur*, ſed quomodo explicauimus, quia non eſt certum an futurum ſit vt depoſitarius ea pecunia depoſita vti volet.

11. IDEM libro 16. ad Edictum.

ROgaſti me, vt tibi pecuniam crederem. ego cùm non haberem, lancem tibi dedi, vel maſſam auri, vt eam venderes, & nummis vtereris, ſi vendideris, puto mutuam pecuniam factam, quòd ſi lancem, vel maſſam ſine tua culpa, perdideris[a] priùs quàm venderes: vtrum mihi, an tibi perierit, quæſtionis eſt. mihi videtur Neruæ diſtinctio veriſſima exiſtimantis, multum intereſſe, venalem habui hanc lancem vel maſſam, necne: vt, ſi venalem habui, mihi perierit, quemadmodum ſi alij dediſſem vendendam: quod ſi non fui propoſito hoc, vt venderem, ſed hæc cauſa fuit vendendi, vt tu vtereris: tibi eam periſſe: & maximè ſi ſine vſuris credidi.

*Ad l. rogaſti 11.*

RAT. DVB. Cùm rogaſti me vt tibi pecuniam crederem, & ego qui non habebam, lancem tibi dedi vel maſſam auri vt eam venderes, & nummis vtereris, verum eſt pecuniā illam nunquam fuiſſe meam, cùm ab emptore qui dominus eius erat nunquam fuerit mihi tradita ſed tibi. Ergo non potuit de mea fieri tua, & conſequenter nec mutua. Valet enim argumentū ab etymologia negatiuè *l. 2. §. appellata* vbi diximus *ſup. hoc tit.* Et ita cōcludit Africanus *in l. qui negotia 34. verſ. his argumentum. inf. mādat.* vbi poſtquā dixit non eſſe recipiendum, vt ex quolibet cōtractu nuda voluntate fiat mutuum, ſubiungit, his argumentum eſſe eum qui cùm mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dediſſet, nihilominus enim eum creditam pecuniam petiturū, quamuis pecunia ex argento redacta periculo eius futura ſit qui argentum accepiſſet. Nec admitti poteſt interpretatio Accurſij cōminiſcentis in illa ſpecie datum fuiſſe argentum vendendum ea lege vt pecunia, quæ ex venditione redigeretur, ad eum cuius argentum fuerat, afferretur, nō vt ea vteretur is qui argentum vendendū dederat. Nam præter id quod apud Africanū nulla verba ſunt ex quib. tale quid conijci poſſit, apparet manifeſtè Africanum de eo loqui, de quo hîc Vlpian. qui cùm mutuam pecuniam dare vellet argentum vendendum dederat, ac proinde nō ad alium finē quàm vt is qui argentum vendendū acceperat, pecunia ex eo redacta & quidem tanquam credita vteretur. Sed & conſtat Africanum id agere vt oſtendat non poſſe ex quolibet contractu tam facilè mutuum fieri nuda volūtate: & conſequenter non tam reſpicere ad voluntatem eius qui mutuam pecuniam dare rogatus eſt, quàm ad iuris rationē: non quaſi non exigat in eo qui rogatur mutuam dare pecuniam vt voluntatem habeat dandi mutuū, ſed quia non putat voluntatem illam ſufficere quaſi reluctante iuris ratione, niſi etiam illud concurrat, vt pecunia de mea fiat tua.

DEC. Singularia quædam recepta ſunt circa pecuniam creditam & inter cętera, ſi Vlpiano credimus, cuius eſt hęc lex, vt quamuis pecunia quam tibi voluerim credere nunquam fuerit mea, non eò minùs tamē fiat credita ſi modò per fictionem breuis manus poſſit videri pecunia primum ad me, deinde à me ad te perueniſſe *l. ſingularia 15. infr.* vbi hæc ipſa extat eiuſdem Vlpiani ſententia licet in alia ſpecie, in qua ſicuti fatendum eſt, cum Iac. Cuiacio diſſenſiſſe Vlpianum ab Africano, vt ad eum locum dicemus. Ita & in ſpecie huius legis idipſum ſanè admittendum eſt, de quo iam ſcripſi aliquid ad *l. certi condictio 9. §. ſi nummos ſup.* Si enim is qui argentū emit, quod ego tibi vendendum dederam vt pecunia vtereris, precium mihi enumeraſſet, atque ita precij pecunia mea facta fuiſſet, deinde tibi ego illam numeraſſem, vt credita fieret, quis dubitaret quin credita eo modo facta fuiſſet? Quidni ergo vtilitatis publicæ & commerciorum gratia pro facto haberi poterit quod ex vtriuſque noſtrûm voluntate, nec reluctante iuris ratione fieri potuit, & debuit, ſcil. breui manu? vt in *l. licet 42. §. 1. inſ. de iur. dot. l. 3. §. ſed ſi debitorem. de donat. int. vir. & vxor.* & circuitus vitandi gratia *l. dominus 53. inſ. de condic. indeb.* Illud ſanè omnimodo exigimus, vt qui mutuam pecuniam à me accepturus argentum vendendum accepit & vendidit, etiam ab emptore pecuniam acceperit. Alioqui mutuum eſſe non poterit, ſed cōtractus quidam innominatus, ex quo nō alia naſci actio poteſt quàm Præſcriptis verbis *l. rogaſti 19. infr. de praeſcr. verb.* quæ eiuſdem quoque Vlpiani eſt. Et in hoc benè Accur.

a *Quòd ſi lancem vel maſſam auri ſine culpa tua perdideris*. RAT. DVB. Periculum caſus fortuiti non ad alium pertinere ſolet, quàm ad dominum *l. quæ fortuitis 6. & l. pignus 9. C. de pignor. act.* Atqui cùm lancem, vel maſſam auri dedi tibi vendendam, vt pecunia

quaſi

Google

quaſi credita vtereris, & lancem illam vel maſſam auri perdidiſti priuſquam eam venderes, verum eſt me dominum eius manſiſſe, ſiue venalem illam habuerim ſiue non venalem. Nam & dominus manerem etiamſi iam eſſet res vendita dum ne tradita §. *vendita. Inſtit. de rer. diuiſ.* adeóque etiam re tradita ſi modò precium mihi nondum eſſet numeratum, aut aliter eo nomine ſatisfactum *l. quod vendidi 19. de contrah. empt.* Ergo indiſtinctè dicendum eſt periculum ad me, non ad te pertinere: præſertim cùm in perdenda re nulla tua culpa interuenerit ne quidem leuiſſima, vt dixi *ad l. ſi quis 4. ſup.* Aut ſi moueri quis ex eo velit, quod te rogante vendendam rem dederim, dicendum eſt indiſtinctè periculum ad te non ad me pertinere: quæ Labeonis & Pomponij ſententia fuit ab Vlpiano noſtro relata, & vt videtur probata *in l. ſi gratuitam 17. §. 1 de præſcript. verb. iunct. d. l. ſi quis 4. in fi ſup.* & Africanus *in d. l. qui negotia. verſ. hu argumentum eſſe in fi. ſuſ mandat.* Non adhibita diſtinctione illa quam Nerua adhibebat, vtrum rem venalem habuerim, necne. Nec enim quod rem venalem habuerim, facit, vt eò minùs verum ſit me roganti tibi argentum vendendum dediſſe, vt pecuniam ex precio redactam mutuam haberes.

DEC. Æquum eſt periculum ſemper ad eum pertinere qui periculo cauſam dedit. Vnde eſt, quod ſolemus dicere, quoties culpa præceſſit caſum, ad eum pertinere periculum qui in culpa fuit *l. ſi vendita 11. infr. de peric. & commod. rei vendit. l. 3. §. 1. ſup. de offic. præfect. vigil. l. ſi ex plagis 52. §. in cliuo Capitolino ſupr. ad leg. Aquil.* Atqui tum quoque cum argentum vel aurum tibi datum vendendum periit ſine vlla culpa tua, verum tamen non eſt, non æquè fuiſſe periturum ſi tibi non dediſſem vendendum. Nec enim hæ res ex earum numero ſunt quæ facto ſuo perire poſſunt quomodo homines, & animalia cætera quæ quocunque loco & tempore mori poſſunt. Cùm ergo rogatus tuus periculo cauſam dederit, æquius eſt periculum ad te pertinere quamuis dominus non ſis, quàm ad me qui ſum dominus, quod conuenit cum Labeone, Pomponio & Africano in locis ſupradictis. Si tamen lancem illam argenteam vel maſſam auri venalem habui, ceſſat hæc æquitas, quoniam alij perinde ac tibi dediſſem vendendam, atq; ita æquè apud alium ſiue eodem ſiue alio caſu perire potuiſſet. Quid ergo referre poteſt ad transferendum in te periculum rei meæ an tibi an alij dederim vendendam? Mihi ergo vtroque caſu perire debet, non tibi, ſi vt diximus, nulla culpa tua interuenerit. Niſi fortè appareat propter te periiſſe, id eſt, eo caſu, qui licèt citra vllam culpam tuam, ob perſonam tamen tuam cõtigerit, nec æquè fuerit euenturus aut alios quiſquã ſimilis, ſi alij rem dediſſem vendendã. Non dico propter inimicitias quas alius tecum exerceat (nam & hoc culpæ adnumeratur *l. ſi merces 25. §. culpa autem. infr. locat.*) ſed qua alia de cauſa. Nec enim hoc caſu locum haberet ratio qua mouetur Vlpianus his verbis, *quemadmodum ſi alij dediſſem vendendam.* Sed extra caſum huius exceptionis æquiſſima & veriſſima eſt Neruæ diſtinctio exiſtimantis multum intereſſe an lancem hãc vel maſſam venalem habuerim, necne: vt ſi venalem habui, mihi perierit quaſi non minus mea quàm tua gratia, contractus hic interceſſerit, vt benè ratiocinatur Accurſius ex *l. ſi vt certo 5. §. nunc videndum. infr. Commod.* Si verò nõ fuit hoc meum propoſitum vt venderem, ſed hæc cauſa fuit vendendi vt tu vtereris, tibi perierit non mihi. Et maximè, inquit Vlpianus, ſi ſine vſuris credidi, quoniam hoc caſu negari non poteſt, quin negotium tua tantùm gratia geſtum ſit, non etiam mea. Nec tantùm hoc vno caſu diſtingui ſolet, an venalis res fuerit necne, ſed etiam aliis quibuſdam, vt in *l. 1. C. de rerum permut. l. niſi ſi venalem 29. ſupr. de rei vindic. l. quòd ſi heres 10. infr. de impenſ. in res dotal. fact.* Planè ſi ego ipſe te rogauerim, vt lancem argenteam vel maſſam auri à me acciperes vendendam, vt vel eandem mihi adferres aut eius precium, dicimus periculum ad me indiſtinctè pertinere non ſolùm tanquam ad dominum, ſed etiam tanquam ad eum, cuius ſolius negotium geſtũ fuerit *d. l. ſi gratuitam 17. §. 1. de præſcrip. verb.* Eſt igitur adhibenda Neruæ diſtinctio, an res venalis fuerit necne, illo tantùm caſu quo tu me rogaueris mutuam pecuniam, & ego dederim tibi rem vendendam vt pecunia vtereris. Et ſecundùm hanc diſtinctionem accipi debent ſupradictæ leges Vlpiani & Africani, quæ indiſtinctè volunt periculum ſpectare ad debitorem, vt leges aliæ ex aliis ſolent & debent recipere interpretationem *l. vnic. C. de inoff. dotib.*

b *Et maximè ſi ſine vſuris credidi.* Huius verſiculi euidens ratio eſt, quia cùm ſine vſuris credidi, ſum ego longè fauorabilior, quia non niſi tua gratia contractus celebratus ſit. Alioqui ſi ſub vſuris credidero, non tam erit mutuum quod gratuitum eſſe debet, quàm fœnus cuius cauſa ſemper eſt odioſa, & fœneratores odioſi adeóque infames ſi improbum & illicitum fœnus exerceant, id eſt, ſi vſuratum vſuras exigant *l. improbum 20. C. ex quibus cauſ. irrog. infam.* Nec enim fœnus omne eſt improbum & illicitum, quamuis omne ſit odioſum. Quia tamen omne fœnus mutuum eſt (nomen enim mutui, nomen generis eſt, fœnus ſpeciei) non diſtinguemus an mutuum ſit gratuitum an vſurarium in hac quæſtione, ſed omni caſu adhibebimus Neruæ diſtinctionem: An venalis res fuerit necne, vt ſi venalis fuerit periculum pertineat ad creditorem, quamuis & rogatus fuerit mutuam dare pecuniam, & ſine vſuris crediderit: ſi verò venalis non fuerit periculum pertineat ad debitorem qui mutuam pecuniam rogauit, quamuis creditor ſit fœneratitius, nec olli ſub vſuris pecuniam crediderit.

1. ¶ Si tibi dedero decem ſic, vt nouem debeas: Proculus ait, & rectè, non amplius te ipſo iure debere, quàm nouem. Sed ſi decem dedero, vt vndecim debeas: putat Proculus, amplius quàm decem, condici non poſſe.

*Ad §. 1. ſi tibi dedero.*

RAT. DVBIT. Pacta incontinenti appoſita etiam poſt contractum ſtricti iuris inſunt cõtractui, vt ex his detur actio vel ex ſtipulatione ipſa ſi incontinenti poſt ſtipulationem adiecta ſint, vt in *l. lecta 40. verſ. dicebam. ſ. fi. h. t.* Vel ſaltem præſcriptis verbis in alio quolibet contractu ſtricto *l. ſi gratuitam 17. §. 1. l. Titius 24. l. vltim. & paſſ. infr. de præſcript. verb. l. rebus 6. l. vltim. Cod. de rer. permut. l. cùm res 22. Cod. de donat.* Multò igitur magis ſi in ipſo contractu mutui & in ipſa numeratione pecuniæ. Nam in traditionibus rerum quodcunque pactum appoſitum ſit id valere,

certū eſt *l. in traditionib. 48. ſup. de pact.* ne alioqui decipiatur creditor, qui nō aliter fuerat crediturus *l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit. l. & fundo 19. ſupr. de ſeruit. l. venditor. 13 ſupr. Commun. præd.* Ergo quemadmodū ſi tibi credidero decem ſic, vt nouem tātùm debeas, non ampliùs quàm decem ipſo iure debebis, vt hîc ex Proculo Vlpianus ſcribit, ita ſi è contrario dedero tibi decem ſic, vt vndecim debeas, dicēdum eſt vndecim te debere & totidem poſſe me abs te cōdicere eiuſdē pacti poteſtate, quia nec aliter fueram tibi pecuniam crediturus, nec licere tibi debet vt accepta mea pecunia me decipias. Pacta enim omnia ſeruanda ſunt, quæ nec contra leges ſunt nec contra bonos mores *l. iuris gentium 7. §. ait Prætor. ſup. de pact. l. ſi creditor 7. §. vlt. infr. de diſtract. pign.* Tale autem eſſe pactum hoc de quo tractamus ex eo apparet, quod ſi credidero tibi decem ſic vt vndecim debeas, idque ea re ſtipulatio interpoſita ſit, nemo dubitat quin vndecim petere condictione certi ex ſtipulatione poſſim, quoniam vſuræ quælibet dummodò licitæ ſi in ſtipulationē deductę ſint, proculdubio debentur *d. l. Titius 24. de præſcr. verb. l. 3. C. de vſur.* quæ tamen non deberentur ſi ſtipulatio eſſet interpoſita vel contra leges vel contra bonos mores *l. generaliter 26. & ſeq. l. ſtipulatio hoc modo concepta 61. de verb. oblig. l. 4. C. de inutil. ſtipulat.*

Dec. Multum intereſt, an pactum etiam quod neque contra leges ſit neque contra bonos mores, adiiciatur incontinenti poſt contractum bonæ fidei, an incontinenti poſt contractum ſtricti iuris qui re & traditione perficiatur, vt mutuum donatio, & ex contractibus innominatis do vt des, & do vt facias. Nam pacta quæ incōtinenti poſt cōtractum bonæ fidei interponuntur, non tantùm inſunt contractui hactenus vt pariant actionem aliquam ad id quod pacto comprehenſum eſt, ſed etiā inſunt actioni ipſi bonæ fidei, ita vt eam forment, id eſt hác illi dent formam, vt ad ea competat nō tantùm quæ ex illius contractus natura præſtari debēt, ſed ad id etiam vt fiat id quod in pactione deductū eſt *d. l. iuris gentium 7. §. quinimò ſupr. de pact.* quamuis ea res actionem Præſcriptis verbis non excludat *l. 1. C. de pact. int. empt. & vendit.* At pacta incōtinenti appoſita poſt contractum ſtricti iuris inſunt quidem cōtractui hactenus, vt pariant actionem, ſed non vt informent actionem ex contractu deſcendentē niſi cùm de ſtipulatione agitur vt *in d. l. lecta*, aut pariant actionem nouam Præſcriptis verbis, manca ſcilicet vi & poteſtate actionis ſtrictæ, quæ quoniam ſtricta eſt, non poteſt extendi ad id quod pacto cōprehenſum eſt. Ideóque nimirum ſolemus dicere Pacta incontinenti appoſita ineſſe iudiciis bonæ fidei *d. §. quinimò de pact. l. in bonæ fidei 13. C. eo. ad* differentiā ſcilicet iudiciorum ſtricti iuris, vt latiùs à nobis oſtenſum eſt *ad d. §. quinimò.* Sed tamen excipiēdum eſt in contractu mutui pactum de vſura aliqua præſtāda, quale hoc eſt de quo agimus, cùm conuenit, vt qui decem mutua accepit, reddat vndecim. Nam vndecimus ille nūmus neque condici poteſt cōdictione certi ex mutuo, quia cùm mutuum perficiatur numeratione, non poteſt naſci cōdictio vltra id, quod numeratum eſt *l. ſi tibi 17. ſup. de pact.* vbi dixi *l. cùm vltra 9. C. de non numer. pecun.* Neque peti per actionem præſcriptis verbis, quoniā odium vſurarum facit vt ex pacto quamuis incontinenti appoſito nunquam deberi poſſint, ſed tantùm ex ſtipulatione *d. l. 3 C. de vſur. d. l. Titius 24. de præſcr. verb.* Eadem enim ratio facit vt nec pœna ex nudo pacto peti poſſit quamuis appoſito incontinenti poſt contractum bonę fidei *l. ſeruus 7. infr. de ſeru. export.* Quod & aliis quibuſdam caſibus obtinet vt *in l. quòd ſi locus 11.* vbi dixi *ſupr. de religioſ. & ſumpt. funer.* Nec magis puto, quod tamen Curacius exiſtimat, & Accurſius hîc ſentire videtur, nūmum illum vndecimum poſſe hodie peti ex donatione, poſtquam placuit Iuſtiniano vt etiā nudo pacto fieri poſſit donatio *l. ſancimus 35. §. vlt. C. de donat.* Quis enim mutuam pecuniam accipit, vt donet? vt diſputaui *ad d. l. ſi tibi.* Quid ergo ſi crediderim tibi centum eo pacto incontinenti addito, vt pro me aliquid facias, puta pingas tabulam, aut pro me Romā eas. An ex hoc pacto dabitur actio? Dabitur vtique, vt ego quidē arbitror. Non condictio, quoniam actio ſtricta eſt vt diximus, ſed pręſcriptis verbis, quoniam verum eſt hoc pactum dediſſe cauſam contractui. Nec aliter fueram tibi pecuniam crediturus. Accurſius tamen negat, quaſi pactum hoc in vſurarū fraudem adiectum videri debeat; & alia cōſtituenda ſit hac parte ratio mutui, alia cæterorum contractuum, quoniam in mutuo quicquid excedit ſortem, vſura eſt & fœnus: adeò vt nec adhibenda ſit diſtinctio, An creditor ſolitus ſit fœnerari, quæ in aliis contractibus plerumque adhibetur *l. qui ſemiſſes 13. §. vlt. infr. de vſur.* Sed non placent hæ rationes. Non enim vſuræ omnes iure ciuili prohibitæ ſunt ſed eæ tantùm, quæ excedunt legitimum modum vſurarum. Ideóque dicimus non valere pactiones, quæ fiunt in fraudem legitimarum vſurarum *l. pecunia 9. §. 1. l. placuit 29. infr. de vſur.* Nec rurſus vſura iure ciuili poteſt conſiſtere niſi in pecunia. In quo maximè differt ius ciuile à Pontificio, ex quo quicquid excedit ſortem, vſura eſt, & fœnus, etiamſi vel minima ſit ſalutatio. Vt puta ſi quis pecuniam alteri credat ea mente vt ab occurrente quandocunque debitore primus ſalutetur. Itaque illicita ſunt iure pontificio huiuſmodi pacta omnia, quæ tamen iure ciuili valere nemo negauerit.

2 ¶ Si fugitiuus ſeruus numos tibi crediderit: an condicere tibi dominus poſſit, quæritur: & quidem ſi ſeruus meus, cui conceſſa eſt peculij adminiſtratio, crediderit tibi: erit mutua: fugitiuus autem, vel alius ſeruus, contra voluntatem domini credendo, non facit accipientis, quid ergo? vindicari nummi poſſunt, ſi extant: aut, ſi dolo malo deſinant poſſideri, ad exhibendum agi, quod ſi ſine dolo malo conſumpſiſti, condici tibi poterunt.

### *Ad §. vlt. Si fugitiuus.*

Rat. dub. Seruus meus licèt pecuniæ meæ dominus non ſit, ſi tamen ei conceſſa ſit peculij adminiſtratio & is pecuniā peculiarē credat, facit eā mutuam. Id enim vtilitatis cauſa receptū eſt fauore dominorū, vt tanto faciliùs & cōmodiùs per ſeruos contrahere & fœn⁹ exercere poſſint. Sicut & quolibet alio contractus genere poteſt ſeruus de re peculiari diſponere, & domino acquirere ex perſona domini. etiā ſtipulādo *Tot. tit. de ſtipul. ſeruor.* quāuis ſtipulatio ſit iuris ciuilis *§. de conſtituta inſtit. de action.* cuius tamē omnino ſūt incapaces ſerui *l. quod attinet 32. de reg. iur.* Atqui ſeruus licet fugitiuus fiat, nō tamē liberat ſe à

domi-

Digitized by Google

dominio & poteſtate domini, & quamuis furtum ſui faciat, quantum poteſt *l.1. C.de ſeru.fugit.* non tamen ſuam poſſeſſionem magis interuertere poteſt, quàm aliarum rerum domini *l.rem quæ nobis 15.in fin. de acquir. vel amitt.poſſ.* Ergo perinde facit mutuam pecuniam domini peculiarem quàm creditor poſt quàm fugitiuus eſt, atque ſi fugitiuus non eſſet.

Dac. Quod ſeruus peculiares nummos credendo facit eos mutuos nõ ex alto proficiſcitur, quàm quia ex domini voluntate eos credere intelligitur, cùm ei dominus adminiſtrationem peculij conceſſerit. Neque enim peculium datur ſine adminiſtrãdi peculij poteſtate. Generaliter enim quicquid ex domini voluntate fit à domino ipſo factũ videri debet *l.certi 9.§.ſi nummos*, vbi diximus ſupr. Atqui volũtas illa domini finita eſſe creditur ſtatim atque ſeruus ſit fugitiuus, quia libera peculij adminiſtratio non magis permanere poteſt in ſeruo fugitiuo quàm in ſubrepto aut in eo de quo neſciat dominus an viuat, an ſit mortuus *l.libera 48.inf. de pecul.* Non ergo poteſt credendo nũmos domini quãuis peculiares facere illos accipientis, quia eos credere intelligitur nòn tantùm nõ ex domini voluntate quòd ſufficeret, ſed quod magis eſt contra domini voluntatem, quandoquidẽ prior voluntas hoc ipſo quod ſeruus fugit, habetur pro reuocata. Proinde non facit eos mutuos, cùm mutuũ non poſſit contrahi quin nũmi fiant accipientis, licèt non ſit æquè ſemper neceſſe vt ſint dantis *d.§ ſi nummos, & hac lege in princ. & l ſingularia 15.inf.* Obſcurum tamen valde videtur quod ſcriptum eſt in *l.fugitiuus 19 infr. de ſolut.* ſi fugitiuus ſeruus meus cùm pro libero ſe gereret nũmos meos mihi ſubreptos tibi crediderit, obligari te mihi. Quo enim iure potes obligari, quin mei nummi ex mei tui fiant? Sed dicendum eſt intelligi debere legem illam de eo caſu quo nummi à fugitiuo crediti ſint conſumpti. Quo caſu Vlp. quoque hîc fatetur condictionem competere: quæ cùm ſit actio perſonalis præſupponit ſine dubio perſonalem obligationem, quaſi conciliato mutuo per conſumptionem, vt hîc Accurſ. loquitur. Cæterùm ſi nummi extant, vindicari poſſunt & debent, tãquam quorum dominium penes me mãſerit. Vindicare enim quilibet poteſt id quod ſuũ poſſit dicere *l. Quintus 27. §.argento.infr.de aur & arg.leg.* Quòd ſi is qui à fugitiuo nummos accepit, eos dolo malo poſſidere deſierit, ad exhibẽdum agi cum eo poterit. Qua demùm actione tenetur ille qui aut poſſidet, aut dolo malo deſiit poſſidere *l.ſi ad exhibendum 8.& paſſ ſupr.ad exhib l 1.§.vlt infr.de tign iunct.* Sed & ſi nummos meos adhuc extantes condicere malim quam vindicare, puto mihi hoc permittendum, non quaſi in hoc caſu contra te qui fur non es, & à fugitiuo meos nummos accepiſti bona fide, quaſi ab homine libero, cùm is ſe pro libero gereret, poſſit condictio cum vindicatione concurrere, contra regulam *l.vlt. ſupr. Vſufr.quem.caueat* Sed quia cùm nummos à fugitiuo meo ſubreptos & creditos condico alia cõdictione quàm furtiua (nec enim fiunt furtiui quãdiu penes ſeruum fugitiuum remanent, quia nec eorũ poſſeſſio interuertitur *d.l.rem quæ nobis*) hoc ipſo ratam habere videor numerationem ab eo factã, vt non iam contra meam voluntatem, ſed ex mea voluntate nũmos meos credidiſſe videatur. Sed hoc caſu non erit mihi permittendum eoſdem nummos vindicare, vbi eos ſemel condicere voluero: Obligaris ergo mihi accipiendo mutuos nummos à ſeruo meo fugitiuo ſi velim te obligari, quandiu ſcilicet nummi extant, quamuis poſſem eos vindicare ſi mallem: Cæterum ſi iam conſumpti ſint dicendum eſt, omnimodo te obligari, & ceſſante vindicatione quæ locum habere amplius non poteſt condictioni locum eſſe. Si tamen eum liberum exiſtimãs, ei ſolueris, placet liberari te à me etiam inuito *d.l. fugitiuus.* vbi ratio redditur, quia hoc caſu nummi mei facti ſunt, & quaſi mihi ſolutum intelligitur, ideóq; ſubijcit Pomponius aliud eſſe, ſi ſeruus meus fugitiuus iuſſerit tibi vt alij eius nomine ſolueres aut ſolutionem alij eius nomine factam ratam habuerit: quoniam his caſibus non perinde mihi ſolutum videri poteſt, quod alij quàm ſeruo meo ſolutum eſt: Cùm per ſeruum ipſum fugitiuum non tantùm poſſeſſio, ſed etiam dominium acquiratur *l. 1. §. per ſeruum quĩ in fuga ſit, & d.l.rem quæ nobis 15. de acquir.poſſ.*

12. POMPONIVS libro 6. ex Plautio.

SI à furioſo, cùm eum compotem mentis eſſe putares, pecuniam quaſi mutuam acceperis, eáque in rem tuam verſa fuerit: condictionem furioſo adquiri Iulianus ait. nam ex quibus cauſis ignorantibus nobis actiones adquiruntur, ex hiſdem etiam furioſo adquiri. Item ſi is qui ſeruo [a] crediderat, furere cœperit, deinde ſeruus in rem domini id verterit: condici furioſi nomine poſſe. Et ſi alienam pecuniam [h] credendi cauſa quis dederit, deinde furere cœperit, & conſumpta ſit ea pecunia: condictionem furioſo adquiri.

*Ad l. ſi à furioſo 12.*

RAT. DVB. Furioſi nullus conſenſus eſſe poteſt nulláq; voluntas *l. .§ furioſum.inf. de oblig. & action. l.in negotiis 5.de reg.iur.* ideóque abſentis loco eſſe dicitur *in l vbi nõ voce 124.§.furioſus eod.* Niſi quod interdum deterioris conditionis etiam eſt, quam abſens, in iis ſcil. quæ ratihabitionem deſiderant, cùm in eo animus deſit vt ratum habere non poſſit *l.2.§.1. ſupr. de procur.* Atqui voluntas tradẽtis eam quoque rem quæ ſit ſua, omnino neceſſaria eſt ad transferẽdum dominium *l.in omnib. rebus 55. infr. de oblig. & action. l. vlt.ſupr. vſufr.quem.caueat. l.non omnis 19.infr.hoc t.* dominium porrò tranſlatum eſſe oportet priuſquàm condictioni locus eſſe poſſit, cùm nemo rẽ ſuã condicat niſi à fure *d.l.vlt.ſup.vſufr.quem.caueat §.ſic itaq; Inſtit. de action.* Nullo igitur modo nullóq; caſu fieri poteſt, vt furioſo etiã qui pecuniã ſuã credidit, detur cõdictio ſiue eũ mẽtis compotẽ eſſe putaueris, ſiue furioſum eſſe ſciueris: quia quod eum mentis ſuæ compotẽ eſſe putaſti, bonam fidem tibi poteſt tribuere *l.2.§.ſi à furioſo.inf pro emptor.* ſed animũ, intellectũ & voluntatẽ furioſo dare non poteſt. Rurſum cur diſtinguamus an pecunia furioſi verſa ſit in rem tuã necne, cùm ſiue ex numeratione naſcatur condictio, ſiue quod verius eſt, ex cõſũptione ſecuta, æquè verũ ſit & numeratã & conſumptã fuiſſe pecuniam

Digitized by Google

quam à furioſo accepiſti? Dec. Sicuti furioſus obligatur non tantùm naturaliter, ſed etiam ciuiliter, vt poſſit efficaciter côueniri, quotieſcunq; ea re actio venit *l. furioſus 46. infr. de obl. & act.* Ita & multò magis dicendum eſt condictionem & aliam actionem quamlibet quæ ea re ipſa naſcatur furioſo acquiri poſſe: Nempe quoniam eo caſu nec ſciêtia nec voluntas requiritur in eo qui ea re ipſa vel obligat vel obligatur. Ea quibus autem cauſis etiam ignorantibus nobis acquiri poſſunt actiones, ea iiſdê furioſo quoque acquiri eas poſſe certum eſt: *l. filiuſfamilias 16. §. Marcellus. infr. qui teſt. facer poſ. §. ſui autem heredes. Inſtit de hered. quæ ab inteſt. defer.* ne propter furorem deterioris conditionis fiot furioſi quàm ignorâtes, cùm nihil adiiciat furor ad ignorantiam, niſi vt furioſus tum quoque cùm præſens eſt pro ignorante habeatur, vt nec ea quę videt ſciat, quemadmodum de pupillo ſcriptum eſt in in *l. 1. C. de falſ. mon.* quamuis in pleriſque melior ſit côdicio pupilli quàm furioſi *d. l. 1. §. furioſum, & ſeq. de obl. & action d. l. 5. de reg. iur.* Atqui côdictio certi ea mutuo acquiritur etiam ignoranti quoties quis alienam pecuniam credidit, aut ſuam quidem, ſed cuius alienandæ poteſtatem non habuit ſi is qui mutuam accepit, eam conſumpſerit *l. prox. l. non omnis 19. §. ſi pupillus. infr. hoc tit. l. ſi quis pro eo 56. §. ſi nummos inf. de fideiuſ. l. pater filiæ 81. inf. de iur. dot.* Idem ergo etiam in furioſo dicendum eſt. Eiuſque ſententiæ alia exempla adferuntur ea eodem Pomponiu cuius hæc lex eſt, licet ea alio libro ſumpta, nempe ea libro ſingulari regularum *in l. ſi à furioſo 24. infr de oblig. & act.* vbi eadem quæ hîc ſententia & velut regula proponitur. Quare non poſſum intelligere cur Ioannes dandam noluerit hoc caſu vtilem tantùm condictionem ea mutuo non etiam directam, aut cur Azo neque directam, neq; vtilem ſpecialem ea mutuo concedat, ſed tantùm condictionem certi quam vocat generalê aut condictionem ſine cauſa ex *l. ſi & me 32. inf. h. t.* Qui ini enim detur directa ex mutuo, cùm verû ſit, & mutuam acceptam eſſe pecuniã, ac proinde pecuniam furioſi conſumptam ab eo qui accepit non eſſe penes eum ſine cauſa cùm ſit ex cauſa mutui, quod licèt ab initio non valuerit, ex poſtfacto tamen per conſumptionem conualuit: Et pecuniam furioſi, quamuis non ex eius conſenſu qui nullus fuit nec eſſe potuit, tamen facto ipſius ad eû perueniſſe qui mutuam pecuniam rogauit? Quam rationem adfert Vlpianus dandæ condictionis pupillo, qui mutuam pecuniam ſuam credidit ſine authoritate tutoris *in d. l. non omnis. §. ſi pupillus.* In quo differt caſus *d. §. ſi pupillus.* & huius legis à ſpecie, quæ proponitur *in d. l. ſi & me,* vbi errauerat debitor in perſona creditoris cuius erat pecunia cùm eam ſtipulanti eſſet à debitore vnius, tãquam à debitore alterius, vt proinde mutuum nullum contractum dici poſſet neq; ab initio per numerationem neque ex poſtfacto per conſumptionem. Quoniam ea demum pecunia fit mutua per conſumptionem quæ facta fuiſſet mutua per numerationem ſi is qui numerauit, alienandæ pecuniæ poteſtatem habuiſſet *in l. ſi filiuſfamilias 14. inf.* vt in exemplis huius legis, *& d. §. ſi pupillus. & l. ſi à furioſo 24. de obl. & action.* Ideòque dicitur naſci hęc condictio ex cauſa numerationis *in d. l. ſi quis pro eo 56. §. ſi nummos. inf. de fideiuſ.* quia nihil prodeſſet conſumptio ſi non præcederet cauſa numerationis, & quidem talis ex qua actio eſſe potuiſſet ſi dominiû ad accipientem trãſiſſet, vt loquitur Vlp. *in d. l. ſi filiuſfam. 14. inf.* Atqui in ſpecie *d. l. ſi & me,* is cuius intelligitur fuiſſe pecunia quæ ad debitorem per delegationem peruenit, poterat transferre dominium ſuæ pecuniæ per numerationem, aut quod effectu idem eſt per delegationem, quæ hîc numerationis loco eſt ſi debitor in perſonâ creditoris nô erraſſet, neque fuiſſet neceſſaria conſumptio ad hoc vt mutuum conualeſceret. Et quod mutuû ab initio non valuit, non contigit defectu poteſtatis aut voluntatis in perſona creditoris, ſed propter debitoris errorem circa perſonam ſui creditoris cùm alij obligari vellet quàm ei cuius erat pecunia, quippe quam alterius eſſe putabat quàm cuius eſſet. Nihil igitur hîc facere conſumptio poteſt ad inducendam ſiue directam, ſiue vtilem certi côdictionem ex mutuo, & ideo ad aliam condictionis ſpeciem decurrendum eſt, quæ generaliorem cauſam habeat quàm habere debeat condictio certi ex mutuo, illã nimirum quæ à Celſo ibi traditur, quòd pecunia mea ad te peruenit, & quidem quod ad me pertinet eo animo vt tu mihi obligateris, licet ex parte tua côſenſus nullus interuenerit, quia alij obligari voluiſti non mihi. Eã igitur mihi abs te reddi bonum & æquũ eſt. Quibus verbis, cùm ratio & æquitas quædam naturalis potius quàm ciuilis ſignificetur, non aliam puto eſſe ſpeciem illam condictionis, quàm quæ iuris gêtium eſſe dicitur à Marciano in *l. rerum 25. inf. rer. amot.* vbi ait Iure gentium côdici nec poſſe ab his qui non ex iuſta cauſa eas poſſident. Aliud enim longè eſt habere quid ſine cauſa, quo caſu comparata eſt côdictio quæ ob id dicitur ſine cauſa, aliud verò habere quid ea non iuſta cauſa: Cauſa ſiquidem non iuſta cauſa tamen eſt, licèt non iuſta. Et alia etiam iure ciuili condictio eſt quæ dicitur ſine cauſa, alia verò quæ ob turpem vel iniuſtã cauſam, vt ea diuerſitate Titulorum apparet, & ex *l. vlt. infr. de condict. ſine cauſ.*

a *Item ſi is qui ſeruo.* Rat. dvb. Cùm numeratio pecuniæ creditæ furorê præceſſit, non poteſt furor ſuperueniens impedire ne ex numeratione condictio naſcatur, ſicuti nec furor ſuperueniens dirimit nuptias iam contractas *l. patre furioſo 8. ſupr. de his quę ſui vel alien. iur. ſunt.* Præterea cùm ex numeratione tranſlatum ſit dominiû in accipientem, id eſt in ſerui accipientis dominum, cui ſcilicet per ſeruum & dominium & poſſeſſio ſtatim acquiritur, ita vt ne momentu quidem temporis acquiſitio in perſona ſerui côſiſtat *l. placet 79 infr de acq. hered.* Cùm igitur is qui ſeruo alieno pecuniam credidit, poſtea furere cœpit, nihil obſtare videtur, quominus ſtatim naſcatur condictio, nec expectandû eſt, vt ſeruus eam pecuniam vtiliter conſumpſerit, & in rem domini ſui verterit. Dec. Melior côdicio noſtra fieri poteſt per eos quos in poteſtate habemus, deterior nô poteſt *l. melior 133. de reg. iur.* Itaque nô quemadmodum per ſeruum obligatio acquiritur ipſo iure domino, ita illud quoque admitti poteſt, vt per ſeruum mutuam pecuniam accipientem dominus obligetur, niſi quatenus in peculio ſerui eſt, ſi is peculium aliquod habeat aut ſi quid amplius in re domini verſum fuit *tot. tit. de pecul. & de in rem verſ. infr.* Tractamus autem hîc de ſeruo qui peculium nullum habeat: Alioqui ſtatim ea numeratione naſceretur condictio de peculio ea mutuo bene contracto, neque vtilis conſumptio expectaretur. Vt ergo dominus hoc caſu obligetur, neceſſe eſt in rem domini verſam eſſe pecuniã, quæ ſeruo numerata eſt. Quo tempore ſi creditor furere cœperit qui numerationis tempore non erat furioſus, non tamen faciet furor quominus condictio certi ex mutuo naſcatur, qua-

Google

tur quatenus in rem domini verſum probabitur, id eſt cum adiectione illa de in rem verſo. Eſt enim non tam propria & ſeparata actio illa, quàm qualitas & adiectio quædam alterius competentis actionis, ſicut & actio de peculio. *§. præterea Inſt. quod cum eo qui in alien. poteſt.* Et ita benè hîc Accurſius explicat. Condici ergo furioſi nomine poterit hæc pecunia. Non ait Pomponius furioſum poſſe condicere, quia neque agere ipſe neque aliud negotium vllum facere poteſt ne quidem auctore curatore, ſed ipſius nomine & agere & omnia facere curator debet *l. in negotiis 5. De regul. iur.* quia abſentis loco habetur furioſus, tum quoque cùm præſens eſt vt ſupra diximus ex *leg. vbi non voce* 124. §. 1. *eodem titul.*

e *Et ſi alienam pecuniam.* Rat. dubit. Cum aliena pecunia credita eſt, non poteſt conſumptio facere, vt eo magis videatur fuiſſe credentis, licet credendi cauſa & animo fuerit numerata, nec proinde vt dominium pecuniæ creditæ tranſlatum dici poſſit in accipientem quod numquam fuit penes numerantem *l. traditio* 20. *infr. De acquirend. rerum domin.* Ergo nec poteſt conſumptio facere vt condictio certi ex mutuo naſcatur ex huiuſmodi numeratione cùm mutuũ eſſe nequeat ſi non fiat de meo tuum *l. 2. §. ſupr.*

Dec. Toties datur condictio pecuniæ ex cauſa mutui numeratæ & poſtea conſumptæ quoties numerata eſt pecunia ea ex cauſa ex qua actio eſſe potuiſſet, ſi dominium ad accipientem tranſiſſet *l. ſi filiusfamil. as* 14. *infr.* Atqui nemo dubitat, quin ſi credentis fuiſſet pecunia, vtique nata fuiſſet certi condictio ex mutuo ſtatim ex ipſa numeratione. Fuiſſet enim pecunia facta accipientis. Ergo etiamſi aliena pecunia credita ſit, ſi tamen conſumpta fuerit: dicendum eſt condici eam poſſe, & quidem condictione certi ex mutuo, perinde ac ſi mutuum ab initio valuiſſet, directa igitur non vtili. Etſi enim conſumptio non eſt legitimus modus acquirendi dominij, eſt tamen modus amittẽdi, cùm nemo poſſit ſe dominum dicere eius pecuniæ, quæ conſumpta nec amplius in rerum natura eſt. Amiſſo itaque dominio per conſumptionem nihil impedit quominus is qui numerauit, eo iure cenſeri debeat quo cenſeretur ſi pecuniam ſuam numeraſſet, cùm verum ſit numeratam ab eo fuiſſe pecuniã quam nemo iam poſſit ſuam dicere: & quam rurſum negari non poteſt factam fuiſſe accipientis per conſumptionem, cùm omnem rei vtilitatem habuerit is, qui rem conſumpſit. Quid enim aliud habere potuiſſet etiamſi dominium ſtatim & ab initio per numerationem in eum tranſiſſet? Aut quis et iam inuideat dominium hoc quod neque habere, neque ſibi acquirere alius quiſquam amplius poſſit? Merito igitur dicendum eſt naſci hoc caſu condictionem ſiue vtiliter ſiue inutiliter pecuniam conſumpſerit is qui accepit. Tunc enim hæc diſtinctio adhibenda eſt, cùm agitur de ea perſona quæ nec alium obligare potuerit nec ſeipſam aliter quã ſi pecunia in rem aliquam verteretur, vt in ſeruo illo de quo actum eſt in *verſicul. præced.* aut in minore ſe obligante aut muliere pro alio intercedẽte *leg. doli* 17. *infr. De nouat. l. vir vxori* 17. §. 1. *infr. ad SC. Velleianum.* Ergo ſi alienam pecuniam credendi cauſa quis dederit, deinde furere cœperit & conſumpta ſit ea pecunia, verum eſt quod hîc ſcribit Pomponius & in *l. ſi à furioſo de oblig. & action.* condictionem acquiri furioſo. Ex quo apparet tanto manifeſtiùs quod ſuprà diximus, condictionem hanc immediatè & proximè naſci ex conſumptione non ex numeratione: quãuis non naſcatur ei cuius fuerunt nummi, ſed ei qui numerauit, quoniam & ipſi acquiſita ab initio eſſet ſi nummi eius fuiſſent. *Iunge l. prox. §. 1. Vnde Papinianus infr.*

13. Vlpianus libro 26. ad Edictum.

NAm & ſi fur nummos tibi credendi animo dedit, accipientis non facit: ſed conſumptis eis, naſcitur condictio.

### *Ad l. Nam & ſi fur 13.*

Rat. dub. Nemo ex improbitate ſua conſequi debet actionem *leg. itaque* 12. §. 1. *infr. de furt.* Ergo ſi fur nummos quos ſubripuit credendi animo dederit, cùm eos non faciat accipientis, nullam condictionem habere debet, nec ſi conſumpti ſint. Nam nec alij poteſt acquiri actio quàm cuius intereſt *leg. ſtipulatio iſta* 38. §. *alteri ſtipul. leg. 3. §. 1. de verborum oblig.* Non autem videtur cuiuſquam intereſſe ſi non interſit ex honeſta cauſa *l. tum is* 11 *infr. de furt. leg. 3. §. ſciendum ſupr. Ad exhib.* Quæ ratio eſt propter quam fur furti agere non poteſt *d. l. itaque* §. 1. Neque enim ex honeſta cauſa intereſt furis, quippe qui neque actione ad exhibendum neque condictione furtiua tenetur alia de cauſa quàm quia fur eſt.

Dec. Condictio pecuniæ quam fur mutuam dedit, non acquiritur furi ex eius improbitate, ſed ex numeratione quam ipſe fecit, propterea quòd verum eſt eum contraxiſſe cum illo qui mutuam pecuniam rogauit, & facto furis, non autem illius qui dominus fuit, perueniſſe pecuniam ad accipientem. Vnde illud etiam fit, vt ea condictio dari non poſſit domino pecuniæ, qui neque contraxit, neque pecuniam numerauit. Proinde ſi ea furi quoque denegaretur, dicendum eſſet manere pecuniam debere penes eum qui accepiſſet, atque ita fieret vt is alienam pecuniam ſibi creditam impunè retineret, & ex aliena iactura locupletaretur, quod non tantùm à ciuili ſed etiam à naturali ratione abhorret *leg. nam hoc natura* 14. *infr. de condict. indeb. l. iure naturæ* 206. *de reg. iur.* Actionis ad exhibendum aut furti longè alia ratio eſt. Competunt enim non ex facto agentis ſed ex ſola improbitate illius qui cõuenitur, & alienam rem vel ſubripuit, vel ſaltem iniuſtè detinet, nec alia ratione, quàm quia interſit agentis, & quidem ex honeſta cauſa. Mirum igitur non eſt huiuſmodi actiones furi denegari quas non niſi ex ſua improbitate haberet, nec alia de cauſa quàm quia fur fuiſſet, ſi permitteretur ipſi iis experiri: quamuis permittatur domino condicere certi etiam contra furẽ condictione furtiua *l. certi* 9. *ſupr.* licèt nullũ quoq; domini factũ in eo interuenerit, nẽpe quia ex honeſta cauſa ipſius intereſt, nec æquum eſt furem ex delicto ſuo lucrari;

Digitized by Google

1 ¶ Vnde Papinianus libro 8. Quæſtionum ait: Si alienos nummos tibi mutuos dedi: non antè mihi teneris, quàm eos conſumpſeris: quòd ſi per partes eos conſumpſeris [a], an per partes tibi condicam, quærit, & ait condicturum ſi admonitus alienos nummos fuiſſe, ideo per partem condico, quia nondum totos conſumptos compereram.

### *Ad §. 1. Vnde Papinianus.*

RAT. DVB. & DEC. eadem eſt quæ ad verſic. vltimum legis præcedentis, vbi diximus condictionem certi ex mutuo licet acquiratur ei qui contraxit & pecuniam numerauit, quamuis alienam potiùs quàm domino pecuniæ, non tamen acquiri ex numeratione, ſed ex conſumptione, quoties per numerationem non tranſiit dominium in accipientem. Ex quo apparet quàm otioſa ſit quæſtio quæ ab Accurſio hîc proponitur, & quàm mala ad propoſitam quæſtionem reſponſio. Quærit enim, ſi alienam pecuniam quam dedi tibi mutuam reddi mihi ſtipulatus ſim, & dominus eam vindicet antequam ſit conſumpta, An mihi ex ſtipulatione tenearis? Reſpondet autem repelli me poſſe & debere exceptione doli, propterea quòd eam pecuniam vindicanti domino reſtituere teneatis, vt proinde cùm reſtitutus videaris eam amittere ſine culpa tua: quæ res dare tibi debet doli mali exceptionem *l. 1. §. ſi ſeruus communis infr. de ſtipul. ſeruor.* Quaſi verò interpoſita ſtipulatio ex cauſa mutui aliquas vires habere poſſit, cùm mutuum reuera nullum contractũ eſt: quod vtique nemo probabiliter dixerit. Nam ſi verum eſt, vt eſt, quod ait Pomponius in *l. cùm enim 7. infr. de nouat. & delegat.* Cùm pecunia mutua data ſtipulamur non naſci obligationem ex numeratione & eam deinde per ſtipulationem nouari, quia id agitur vt ſola ſtipulatio teneat, nec niſi implendæ ſtipulationis gratia numerationem intelligendam eſſe fieri, quis putet impletam eſſe ſtipulationem per mutuum alienæ pecuniæ, quod ſit inutile & ex quo non ſit translatum dominium pecuniæ in accipiẽtem? Nec certè negari poteſt, quin id agatur inter contrahentes hoc caſu vt vnus tantùm ſit contractus, & quidem obligationis verborum non duplex, ſed ita tamen, vt non alio caſu naſcatur condictio certi ex ſtipulatione quàm quo naſceretur certi condictio ex mutuo ſi ſtipulatio interpoſita non fuiſſet. Tanquam interpoſita ſtipulatione in locum condictionis, vt *in l. vlt. §. 1. infr Rat. rem haber.* Atqui etiamſi non fuiſſet interpoſita ſtipulatio, nulla tamen certi condictio ex mutuo naſceretur ex huiuſmodi numeratione, quia nec valuit mutuum ab initio: Ergo neque actio vlla & condictio certi ex ſtipulatione naſcetur ante conſumptionem: quo demum tempore naſceretur condictio certi ex mutuo, ſi nulla fuiſſet interpoſita ſtipulatio. Proinde nihil eſt quod de doli exceptione tractari hîc poſſit, quippe quæ ſemper & in neceſſarium antecedens ſupponit natam ac competentem actionem ex ſtipulatione. Nec ſimilis eſt hic caſus illi quo interpoſita ſit aliqua ſtipulatio ſiue cauſa: quo caſu dicimus neceſſariam eſſe doli exceptionem *l. 2. §. circa inf. de doli mal. except.* Id enim rationem illã habet, quia cùm ſtipulatio aliqua ſimpliciter ſine cauſa interponitur, id inter contrahentes agitur, vt ſtipulatio teneat omnimodo ipſo iure: Quæ res neceſſitatẽ inducit opponendæ exceptionis doli mali, vt & in ſpecie *d. l. 1. §. ſi ſeruus communis infr. de ſtipul. ſeruor.* At in propoſito, quemadmodum id agitur vt ſola ſtipulatio teneat ex cauſa mutui, vnúſque ſit contractus obligationis verborum *dict. l. cùm enim iunct. § vlt. legis praced. de nouat. l. ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogonus de verbor. oblig.* Ita & id agitur vt ita demum teneat ſtipulatio, ſi valida & efficax fuit numeratio ad inducendam per ſe condictionem certi ex mutuo quod in propoſita ſpecie non contingit cum aliena pecunia credita & numerata eſt: Sufficit igitur hactenus valere ſtipulationem vt ex ea poſſit naſci actio eo caſu & tempore quo nulla ſtipulatione interpoſita naſci poſſet condictio certi ex mutuo, id eſt ſecuta demum conſumptione. Alioqui cõtractus hic qui conſtat ex numeratione & ſtipulatione dimittendus eſſet, vt quamuis numeratio nõ valeret, ſtipulatio tamen teneret, quod eſſet abſurdum cùm ſit vnicus contractus *l. tutor vrgentibus 47. §. 1. ſupr. de minor l. nam abſurdum 7. infr. de bon. liber. l. ſi ita ſtipulatio 39. in fin. de oper. libert.* Idem Accurſius quęrit, ſi alienam pecuniam quaſi mutuam tibi numerauerim, neque velis eam conſumere an aliqua & qua demum actione tenearis. Et poſtquàm tentauit neque teneri te condictione certi ex mutuo, quandiu in pendenti eſt conſumptio *l. non omnis 19. verſ. & cùm pecunia infr. hoc tit.* neque condictione ſine cauſa, cum pecunia hęc ſit penes te ex cauſa, quę nondum eſt finita; nec detur illa condictio ratione ſolius poſſeſſionis, ſed ita demum ſi coniuncta ſit cauſa dominij. Concludit tamen perinde teneri te debere, ac ſi pecuniam conſumpſiſſes, quia non niſi per te ſtet, quominus eam conſumas ex regula *l. iure ciuili 24. de condict. & demonſtr.* Niſi, inquit, hoc facias, bona fide, fortè ſi denunciatum tibi ſit à domino ne conſumas. Sed malè. Nam præter id quod is qui mutuam accipit pecuniam non ſtatim cogitur eam conſumere, nec idcirco videri poteſt in mala fide eſſe, quòd illam tardius conſumat. Falſum eſt ſufficere ad inducendam condictionem certi ex mutuo credita pecunia aliena, quòd per te ſtet ne eam conſumas. Alioqui dicendum eſſet ipſo numerationis die naſci condictionem nulla etiam ſecuta conſumptione, quia certum eſt potuiſſe eo ipſo conſumi pecuniam ſi is qui accepit conſumere illam voluiſſet. Verius igitur eſt quod generaliter Iulianus ſcribit in *d. l. non omnis*, quandiu eſt in pendenti an id futurum ſit, quod condictionem parere poteſt, ceſſare obligationem. Ac proinde eo caſu quo non tam ex numeratione quàm ex conſumptione pecuniæ naſci poteſt condictio tandiu pendere condictionem, quamdiu pendet conſumptio. Nec igitur poſſe tibi pecuniam condici prius quàm eam conſumpſeris: ſiue cauſam aliquam habeas eius non conſumendæ ſiue nullam. Nec ratio vlla eſt cur tibi ſuccurri debeat, datique condictio ante conſumptionem, cum pecuniæ dominium in accipientem non trãſtuleris quia fuit aliena *d. l. traditio 20. de acquir. rer. dom.* nec tamen eam vindicare poſſis quia non eſt tua. Interim igitur condictionem pendere neceſſe eſt, vt & in alijs pleriſque caſibus de quibus *in d. l. non omnis & l. proinde 8. ſupra*

quia

Google

quia pendet an pecuniam ſis conſumpturus, an dominus eam priùs vindicaturus. Quod autem pendet non pro eo eſt quaſi ſit, vt habet iuris regula *l. is damnum dat 169. §. 1. de regul. iur.* Neque verò ideo tenetur is qui alienam pecuniam ſibi creditam conſumpſit, quia conſumpſerit, ſed quia per conſumptionem fecit vt verus dominus qui eatenus pecuniam quaſi ſuam poterat vindicare, dominium rei ſuæ amiſerit, & ita in eum ſtatum rem redigit, vt vel danda ſit actio ei qui pecuniam quamuis alienam numerauit, vel relinquenda in perpetuum pecunia penes eum qui accepit, vt ex aliena iactura impunè locupletetur, quod eſt multo abſurdius. Atqui, quod is qui mutuam accepit pecuniam eam conſumere potuerit, quam tamen non conſumpſit, quódque per eum ſteterit quominùs conſumpſerit ſiue ſciuerit ſiue neſciuerit eſſe alienam, non facit vt pecuniæ dominus videri poſſit dominium eius amiſiſſe quandiu adhuc reuera extat nec proinde vt pecunia quæ conſumpta non eſt, haberi debeat pro conſumpta: vindicare enim illam poteſt dominus quandiu extat, quam conſumptam vindicare non poſſet.

a *Quòd ſi per partes eos conſumpſeris.* RAT. DVB. Contractus omnes ſui natura ſunt indiuidui, quòd credendum ſit eum qui in ſolidum ita contraxit, nõ fuiſſe pro parte contracturum *l. tutor vrgentibus 47 §. 1. ſupr. de minor. l. cùm ex cauſa 139. infr. de verbor oblig. l. ſi quis aliam 46. de ſolut.* Ergo tum quoque cùm quis alienam pecuniam credendi animo numerauit, & ea pro parte conſumpta eſt, dicendum eſt ex ea ſiue numeratione ſiue conſumptione actionem & condictionem vel nullam penitus naſci debere vel pro tota quantitate.

DEC. Quemadmodum cùm ex numeratione actio naſcitur, quod contingit quoties dominiũ pecuniæ tranſit in accipientem, non naſcitur condictio niſi quatenus numeratum eſt *l. ſi tibi 17 ſupr. de pact. l. cùm vltra 9. C. de non numer. pecun.* Ita & cũ naſcitur cõdictio ex conſumptione, quod euenit in hac ſpecie cùm fur ſubrectos nummos, aut aliàs alienos credidit, nulla poteſt naſci condictio niſi quatenus pecunia conſumpta eſt, vt effectus cauſæ ſuæ reſpõdeat. Nam & cùm de in rem verſo agitur, nõ naſcitur actio quatenus pecunia credita & numerata eſt, ſed quatenus in rem verſa adeóque quatenus durat verſa *l. ſi pro patre 10 §. verſum & paſſ. infr. de in rem verſ.* Ergo ſi alienos nummos tibi mutuos dedero, ſicuti non antè mihi teneris condictione quàm eos cõſumpſeris, ita ſi per partes eos conſumpſeris conſequens eſt, vt ſi per partes conſumpſeris, poſſim ego partem conſumptã condicere, ſi admonitus alienos nummos fuiſſe ideo per partẽ condicam, quia nondum totos conſumptos comperteram. Sic enim legendum eſt vt Florentiæ, non vt apud Accurſium *ſi admonitus fueris* addita deinde particula *vel* ante dictionem *ideo*, quaſi Papinianus diſtinguat, an admonitus fuerit is qui mutuam pecuniam accepit, ne eam conſumeret, an conſumpſerit non admonitus, quod ridiculum eſt. Nihil enim facit admonitio ſed ſola conſumptio, ſenſus igitur eſt poſſe me per partes condicere eo demùm caſu quo poſtquã fui admonitus alienos nummos eſſe, comperi nondum conſumptos totos fuiſſe. Ideo enim de admonitione locutus eſt Papinianus, quem Vlpianus hîc refert, quia non priùs quærendum eſt de conſumptione, id eſt, an pecunia credita conſumpta ſit in totum vel pro parte, nec proinde de condictione per partes danda; quàm compertum ſit alienos nummos fuiſſe quod citra admonitionem & denunciationem alicuius fieri non poteſt. Non igitur eo ſenſu quem ſibi fingit Accurſius de admonito debitore vt pecuniam non conſumat, ſed dè admonito creditore alienam eſſe pecuniam quam numerauit: quod ſi aliter reſciuerit quàm per alicuius admonitionem, idem iuris erit vt ſtatim ſciens ei debeat creditos nummos condicere per partes quatenus ſcilicet compererit conſumptos eos fuiſſe. Nam quamdiu putat creditor ſuam ſe pecuniam non alienam credidiſſe, fruſtra quærat, an poſſit pecuniam pro parte condicere, quam totam poteſt. Qui enim totum petere poteſt, non eſt prohibendus quin partem iudicio perſequatur ſi velit, cùm humanius ſit vt & inuitus partem accipere cogatur ſi debitor partem duntaxat debiti offerat, de alia verò litigare velit, vt in *l. quidam exiſtimauerunt 21.* vbi dicemus *infr. hoc tit.* At cùm non tam ea numeratione quàm ex conſumptione naſcitur condictio; non videatur priùs naſci poſſe quàm tota pecunia conſumpta eſſet, ſicuti & cùm naſcitur ea numeratione non prius naſcitur quàm tota quantitas numerata ſit, ne alioqui tot inducamus condictiones quot erunt nummi crediti ſi in ſingulos nummos qui numerantur, condictio aliqua naſceretur. Sed non eſt bona comparatio numerationis & cõſumptionis, quia numerationis actus indiuiduus eſt, conſumptionis verò diuiduus. Itaque tota Accurſij ad hunc verſ. gloſſa delenda eſt.

¶ 2. Si ſeruus communis decem crediderit: puto ſiue adminiſtratio ſeruo communi conceſſa eſt, ſiue non, & conſumantur nummi, in quinum competere actionem. Nam & ſi communes tibi nummos credidero [b] centum: poſſe me quinquaginta condicere, lib 8. quæſtion. Papinianus ſcribit: etiam ſi ſingula corpora communia fuerint.

*Ad § 2. Si ſeruus communis.*

RAT. DVB. Cùm ſeruus communis, cui adminiſtratio conceſſa erat, à dominis, communes nummos credidit, fecit ſtatim mutuam pecuniam, quia tranſtulit dominium in accipientem, quòd ea dominorum voluntate pecuniam numeraſſe & tradidiſſe intelligatur *l. rogaſti 12. §. vltim. ſupr. hoc titul.* Ergo non eſt expectanda conſumptio, nec adhibenda diſtinctio an ſint conſumpti nummi necne. Rurſus cùm nummi fuerunt communes, non videtur ſeparatim acquiri poſſe condictio dominis ſingulis in quinque, ſed communiter in decem vt in locum dominij ſuccedat condictio. DEC. Conſumptione conualeſcit mutuum etiam quod ab initio non valuit, vt diximus in præcedentibus. Ergo ſi conſumpti ſint nummi quos ſeruus communis credidit communes, non eſt diſtinguendum an adminiſtratio conceſſa fuerit ſeruo an non. Quomodo tamen diſtinguendum eſſet, ſi conſumpti

ſecuta non fuiſſet, conceſſa enim adminiſtratione; valeret mutuum ab initio, quod ea conceſſa non valeret niſi propter ſecutam conſumptionem. E contrario cùm adminiſtratio conceſſa eſt, non diſtinguimus an ſecuta ſit conſumptio né ne, quomodo diſtingui oporteret ſi adminiſtratio conceſſa non eſſet. Secuta enim conſumptione valeret mutuum etiam non conceſſa adminiſtratione, quod alioqui non valeret. Cæterùm acquiritur condictio dominis non communiter quamuis corpora nummorum communia fuerint, ſed pro parte, quia & partem quiſque dominij in nummis habuit, ſiue communionem in ſingulis nummis pro indiuiſo eſſe quis intelligat ſiue in pecunia non corpora cogitet, ſed quantitatem, vt Papinianus loquitur in *l. ſi is cui 94. §. 1. infr. de ſolut.*

a *In quinum competere actionem.* Benè *in quinum* non vt vulgo *in quinque*. In quinum enim non idem ſignificat quod in quinque, ſed vt Accurſius explicat in quinque & quinque, id eſt, ita vt ſinguli domini poſſint à debitore ſingula quinque condicere. Vox enim diſtributiua eſt non collectiua.

b *Nam etſi communes tibi nummos credidero.* Malè Accurſius noſter hunc verſiculum intelligit de nummis qui ſint communes mihi & tibi, non autem mihi & alij. Nam cùm loquatur Vlpianus de nummis quos tibi credidi, certum eſt ſi credam tibi centum nummos qui mihi & tibi ſint communes, non poſſe mutuum valere pro ea parte dominij quam habes in his bonis communibus, & adeò non valere vt nec cōſumptione ſecuta conualeſcat, quaſi pro tua parte alienis nūmis credideris, etſi n. alieni ſunt quod ad me pertinet, attamen quod ad te ſpectat, nō ſunt alieni, cùm ſint tui. Itaq; cùm eos conſumis nō tāquam creditos, aut tanquā alienos cōſumis, ſed tanquam tuos: & ideò non magis æquum eſt te obligari ex conſumptione tuę pecuniæ, quàm ex numeratione. Intelligi ergo debet Vlp. de nummis ſibi à me creditis, qui erant communes mihi & alij: quo caſu ſicuti nō aliter poteſt mihi cōpetere condictio pro alterius parte, cui ſunt hi nummi mecum communes quàm ſi pro illa parte conſumpti ſint, ita pro mea parte fruſtra conſumptionem ter quitas aut expectes, cùm per numerationem dominiū tranſlatū ſtatim fuerit in te, ideóque ſtatim ex numeratione quæſita mihi fuerit condictio. Neq; verò verſiculū hunc ſubiunxit Vlpian. vt de conſumptione loqui pergeret, quod malè ſenſiſſe videtur Accurſius, ſed vt oſtenderet non eſſe nouum quod proximè dixerat, creditis nummis communib. licèt corpora nummorū fuerint communia, non tamen acquiri communiter omnib. condictionem totius quantitatis, ſed vnicuique ſeparatim, pro ea parte dominij quā ſiue in corporib. ipſorum nummorum ſiue in quātitate pecuniæ habuit. Idem enim contingit, inquit Vlpianus, ſi nummos mihi & alij communes tibi credidero centum. Nam poſſum ſtatim quinquaginta condicere, id eſt, non expectata conſumptione, quæ tamen expectanda eſſet, ſi non niſi totos centum nummos liceret mihi condicere. Certū ſiquidem eſt non poſſe mihi competere condictionē pro ea parte quæ ſocij mei fuit quouſque ſit conſumpta. Sed ſi quinquaginta tantum condicere velim, potero ſtatim non expectata conſumptione. Ratio dubitandi non alia eſt, quam quæ ab Vlpiano exprimitur, quòd ſingula nummorum corpora communia fuerunt. Conſequens enim videbatur, vt nec vnum nummum nedum quinquaginta poſſem ipſo iure condicere, niſi pro parte, cum non aliud poſſim condicere quàm id demum quod meū fuit, ergo nec niſi quatenus meum fuit: quomodo circa conſumptionem argumentati ſumus ad §. precedentem. Sed decidendi ratio exeu petenda eſt, quòd earum rerum quæ per corporalem diuiſionē corrumperentur, diuiſio non per ſingula corpora facienda eſt, ſed per numerum. Quemadmodum contingit etiam cùm diuiſio facienda eſt non ſingulorum corporum, ſed gregum puta, & armentorum mixtorum ex pecoribus tuis & meis, nempe ſi eorum diſcretio ſit difficilis, vt in ſpecie *leg. vſufructuarium 62. § 1. ſupr. de vſufruct.* Nuli tamen cum Ioanne & Accurſio rationem huius verſiculi petere ex diſcretionis difficultate, ſed ex diuiſionis impoſſibilitate, quia cùm credidi tibi nummos centum communes mihi cum Titio, non ſunt corpora nummorum diſcernenda, cùm nullus ſit nummus, qui totus ſit Titij aut totus meus, ſed eſſent ſingula corpora diuidenda ſi commodam diuiſionem pati poſſent per quā eorum vſus ad eos fines, in quos pecunia cōparata eſt, non corrumperetur. Ideo autem faciliùs diuidi poſſunt, & debent nummi per numerū, quoniā in iis non tā corpora ſpectanda ſunt quā quantitas *l. ſi is cui 94 §. 1. infr. de ſolut.* Vnde eſt quod etiā numeratur non minùs quam inter res incorporales *l. qui heredis 47 infr. de condic. indeb.* Numerus autē vnicus modus eſt diuidendæ quantitatis diſcretæ. Iunge *l. ſi pœna 19. §. vlt. eo. tit. de cond. indeb l. ſi Titius 62. infr. pro ſocio.* Addit Accurſius *l. cum pater 77 in pr. inc. de legat. 2.* Sed nihil ea lex ad rem noſtram facit, quia non tractat de diuidēda pecunia, ſed de ea quæ vni ex coheredibus per præceptionem legata ſit tota ex ipſius hereditaria portione redigenda, vt & in *l. deducta 58. §. acceptu infr. ad Senatuſconſultum Trebellianum.*

14. Idem libro 29. ad Edictum.

SI filiusfamilias contra Senatuſconſultum mutuatus, pecuniam ſoluerit: patri nummos vindicanti nulla exceptio obiicietur. Sèd ſi fuerint conſumpti à creditore nummi [a]: Marcellus ait, ceſſare condictionem, quoniam totiens condictio datur, quotiens ex ea cauſa numerati ſunt, ex qua actio eſſe potuiſſet, ſi dominium ad accipientem tranſiſſet: in propoſito autem non eſſet. Denique per errorem ſoluti [b] contra Senatuſconſultum crediti, magis eſt ceſſare repetitionem.

*Ad l. Si filiusfamilias 14.*

RAT. DVB. Non eſt prohibendus filius etiam ſi contra Senatuſconſultum Macedonianum pecuniam mutuatus ſit, bonam fidē agnoſcere, & quod ſe debere ſcit, ſoluere, ſicut dicimus de tutore

vltro

vltro ſoluente debitum pupillare in *l. quoties 9. §. ſicut autem infr. de admin. tutor.* Obligatur enim naturaliter filiusfamilias creditori à quo mutuam accepit pecuniam, licèt contra Senatuſconſulti authoritatem, ideóque ſi ſoluat non repetit, quamuis perpetua tutus exceptione *l. ſed ſi 9. §. vlt. & l. ſeq. inf. de SC. Maced. l. qui exceptionem 40. de condict. indeb.* Ergo non eſt permittendum patri, vt eos nummos vindicet à creditore cui filiusfamilias ſoluerit, non ſolùm ſi ex peculio caſtrenſi, vel quaſi caſtrenſi ſoluerit: qui caſus nullam recipit dubitationem, cùm in ea pecunia filiusfamilias pro patrefamilias habeatur *l. 2. inf. de SC. Maced.* Sed etiamſi ex peculio aduentitio, adeóque profectitio, cuius habeat adminiſtrationem. Hoc enim neceſſariò ſupponendum eſt, vt quæſtioni locus fieri poſſit, ſcilicet ex iuris veteris ratione. Nam iure nouo certum eſt peculij aduentitij proprietatem manere penes filium ſolo vſufructu ad patrem pertinente *l. cùm oportet & l. vltim. Cod. de bon. quæ liber.* quamuis in peculiu profectitio nihil ſit immutatum.

Dec. Senatuſconſultum Macedonianum prohibet ne filiusfamilias ex mutuo obligetur ob eas cauſas quæ recenſentur in *l. 1. ill. tit. de SC. Maced.* Nō ita vt ne dominium pecuniæ creditæ tranſeat in filiumfamilias, ſed vt in filiumfamil. nulla creditori actio dari debeat, aut vt ſi agat creditor, exceptione Senatuſconſulti repelli poſſit *d. l. 1. & tot. ill. tit.* Proinde ſi filiusfamilias ex ea cauſa ſoluat, non poteſt transferre dominium pecuniæ, quia traditio nuda eſt, & inefficax ad transferendum dominium quoties nuda eſt, nec habet pro cauſa iuſtum titulum id eſt, iure ac legib. improbatum *l. numquam nuda 31. de acq. rer. domin.* Ergo ſi ſoluerit ex nummis quorum dominium ad patrem pertineat, quomodo pertinet omnium, qui non ſint caſtrenſes vel quaſi caſtrenſes, dicendum eſt non poſſe transferri dominium quod patris fuit non filij, quamuis filius liberam peculij adminiſtrationem habuerit: nec enim videtur ei mādatum à patre vt pecuniam perderet *l. 3. § ſi filiusfamilias, aut potius §. proinde inf. de SC. Maced.* id eſt, vt id ſolueret quod neq; ab eo neque à patre exigi potuiſſet, & aduerſus cuius petitionē exceptione perpetua ſe tueri potuiſſet: quaſi nec videatur debere is à quo propter exceptionem nihil peti poteſt *l. nihil intereſt 112. l. Marcellus 66. de regul. iur.* Vnde eſt quod nec hi quib. naturaliter tantùm debetur, creditorum loco habentur *leg. creditores 10. de verb. ſignific.* nempe quia ex naturali obligatione illa nullam habent actionem, nec obſtat quòd filiusfamilias ſi ſoluat non repetit. Hoc enim fit contra cōmunis iuris regulā ſolo odio exceptionis Macedoniani, quę licèt ſumma ęquitate nitatur, hoc ipſo tamen odioſa eſt, quod eam Senatus introduxit ſolo creditoris odio, non etiam ſauore debitoris, in quo maximè differt ab exceptione Senatuſconſulti Velleiani *dict. leg. qui exceptionem 40. de condict. indeb. & d. l. ſed ſi 9. §. penult. de SC. Macedon.* Neque rurſum quod dicimus filiumfamilias ſi ſoluat non repetere, ita debet accipi, ſi ſoluat adhuc filiusfamilias (nec enim naturalis obligatio quæ ſuos omnes effectus à iure ciuili habet, hunc habere poteſt, vt impediat repetitionem ſoluti ex cauſa iure ciuili improbata) ſed ita ſi iam paterfamilias factus ſoluat, quo caſu ideò non repetit, quia ratum habuiſſe videtur *l. item ſi 7. §. vltim. & dict. l. ſed ſi 9. in princip. eod. & d. l. qui exceptionem in fine principij.* Bene igitur Vlpianus hîc ſcribit, ſi filiusfamilias contra Senatuſconſultum mutuatus ſoluerit, patri nummos vindicanti, nullā exceptionem obijci poſſe. Alioqui deterior fieret condicio patris per filium qui meliorem tantùm eam facere poteſt *l. melior 131. de regul. iur.* Et certè cùm dominium nummorum quod ſolutionis tempore fuit patris, non tranſierit in accipientem, conſequens eſt vt vindicare eos pater tanquam dominus poſſit *d. l. 3. § proinde verſic. quemadmodum Iulianus de SC. Macedon.* nimirum ſi extent. Nam ſi conſumpti ſint, condicendi erunt, quia vindicari iam non poſſunt. Atque ita accipi debet quod ſcriptum eſt in *l. ſed ſi paterfamilias 9. §. 1. eod. tit.* condictionem patri ex omni euentu competere. Non quaſi Vlpian. putet omni caſu condictioni locum eſſe, ſed vt ſignificet ad extremum, & omnimodo condictionē competere, ceſſante ſcilicet vindicatione, vt benè Cuiacius interpretatur *lib. 14. obſer. c. 15.* Adeò autem condictio patri competit ſi conſumpti ſint nummi, aut vindicatio ſi extent, vt dubitatum etiam ſit ſi filiusfamilias contra Senatuſconſultum mutuatus ſoluerit, & patri ſuo heres effectus vindicare nummos adhuc extantes velit, an poſſit. Videbatur enim poſſe iure hereditario & tanquam heres patris qui vindicare hodie poſſet ſi viueret, ſed tamen magis eſt vt ab huiuſmodi vindicatione nummorum ſummoueri debeat exceptione doli, cùm ipſe mutuam pecuniam acceperit & ſoluendo, debitum, bonámque fidem agnouerit, vt Vlpianus concludit in *leg. ſi non ſortem 26. § filiusfamilias infr. de condict. indeb.* In eóque fauorabiliorem eſſe cauſam patris, quàm filij mirum non eſt.

a *Sed ſi fuerint conſumpti à creditore nummi.* Ratdva. Eo caſu quo competere vindicatio poteſt nūmorum ſi extent, ſolet dari condictio in vicem & locum vindicationis ſi conſumpti ſint *leg. rogaſti 11. §. vltim. & leg. ſequent. ſupr. hoc titul.* Atqui in propoſita ſpecie competeret patri vindicatio nummorum extantium, quos filiusfamilias ſiue ex patris, ſiue ex alterius pecunia etiam filiofamilias donata ſoluiſſet dum ne ea mente ab alio donata & credita fuiſſet, vt creditori ſolueretur *l. ſed ſi paterfamilias 9. §. 1. inf. de SC. Maced.* extra cauſam ſcilicet peculij caſtrēſis, & quaſi caſtrenſis, vt proximè diximus ex *leg. 2. iunct. §. vltim. leg. 1. eod. tit.* Ergo iiſdem nummis conſumptis debet competere patri condictio. Atque ita Iulianum ſenſiſſe Vlpianus noſter refert in *dict. l. ſed ſi paterfamilias §. 1. in fin.*

Dec. Toties conſumptio nummorum parit condictionē, quoties numeratio facta eſt ex ea cauſa ex qua naſci potuiſſet cōdictio ſi dominiū in accipientem tranſiiſſet. Atqui in propoſito ſi nummorum, quos filiusfamilias ſoluit, dominiū in accipientem creditorem tranſire potuiſſet, nō ideò tamen habere condictionem filiusfamilias potuiſſet, quia naturalis obligatio condictionem ſoluti impediuiſſet *l. quia naturalis 10. iunct. §. vlt. legis præcedent. eod. ill. tit.* quomodo Cuiacius interpretatur *libr. 14. obſeru. c. 35.* Aut quomodo interpretari malo cū Accurſio, quia ſi per ſolutionē tranſlatum fuiſſet dominiū in accipientem, vt puta ſi ſolutio facta fuiſſet ex nūmis caſtrēſib. aut quaſi caſtrēſib. nata fuiſſet ex ſolutione liberatio non condictio, nec enim aliter naſci poteſt ex ſolutione liberatio, quam ſi dominium ſolutæ pecuniæ tranſeat in accipientem, & quidem irreuocabiliter *leg. ſi rem 20. leg. ſi aliam 46. leg. qui res 98. in princip. & §. 1. de ſolut.* Regula autem iuris eſt,

ex quibus cauſis ſolutio liberationem parit, nō poſſe ex ea naſci condictionem *l. cùm quis 38. §. 1 & § qui hominem eod. tit.* extra caſum *l. Neratius 63 de cond. indeb.* Ideò autem magis placet interpretatio Accurſij quàm Cuiacij, quòd naturalis obligatio, quæ nihil habet commune cum iure ciuili, ex quo ſunt actiones & condictiones omnes, non poteſt impedire ne condictio naſcatur ipſo iure, ſed tantùm facit vt elidatur ea per exceptionem quæ ſemper parit retentionē: Marcelli autē argumentū ad eum caſum pertinet in quo nulla poſſit ipſo iure naſci ex numeratione condictio, etiamſi nummorum dominium tranſlatum ſit in accipientem: quod non aliter poteſt cōtingere quàm ſi ſolutio pariat liberationem. Scio interdū contingere vt eadem numeratio proſit in duas cauſas, pariátq; non modò liberationē, ſed etiā actionē vt in *l. in numerationib. 44 de ſolut.* Sed vt eadē numeratio & ſolutio poſſit, & liberationē parere, & condictionē præſertim reſpectu eiuſdē perſonæ, hoc verò eſt quod fieri poſſe nego: longéque facilius eſt vt neq; liberationem pariat neq; condictionē, vt in caſu *d. l. Neratius*: quanquam hoc quoq; perrarū eſt, & dignum, quod à Caio noſtro relatum fuerit in librū illū ſingularē de caſib. ex quo ſumpta eſt *d. l. Neratius*, & qui totus fuit de ſingularib. caſib. Benè igitur Marcellus cōcludebat in propoſita ſpecie nullā poſſe condictionē nummorū competere. In quo certè diſſenſit Marcellus à Iuliano, vt aliàs plerunq; ſolet. Et in hoc ſentio libenter cū Cuiacio, potiùs quā cū Accurſio cæteriſq; gloſſatorib. qui in his legib. cōciliandis tātopere ac fruſtrà ſe torſerūt. Nā quod Irnerius dicebat poſſe quidē patrē condicere ex ſua perſona, ſed nō ex perſona filij, ad Marcelli ſenſum accōmodari non poteſt, qui cùm denegat patri condictionē, vtiq; denegat eo ipſo caſu & modo quo dat patri vindicationē nummorū extantiū. Atqui cū nūmi extant, datur patri eorū vindicatio ex propria perſona ipſius patris, qui ipſorū dominus fuit, non ex perſona ipſius filij, cui nullo caſu cōpetere poteſt vindicatio, cū neque dominus ille ſit neq. vnquā fuerit aut eſſe potuerit *leg. in rem 23. de rei vind. l. Quintus 27 §. argento de aur. & argen legat. iunct. l. placet 79. infr. de acqu. hered. l. 1. infr. ſi a parent. quis manum.* Ergo neq; ex patris perſona condictionem ei dari Marcellus patitur. Ioannis autē diſtinctio licèt ab Accurſio & Bartolo magis probata æquè improbabilis eſt. Ait. n. nummorū quidē extantiū vindicationē patri indiſtinctè dari, ſed ſi cōſumpti ſint, diſtinguendum eſſe, an bona fide conſumpti ſint, an mala fide, vt ſi bona fide, cōdictio nulla patri competat, ſi verò mala fide & tanquā furtiui, poſſit eos pater condicere: cū tamē neq. in hac lege diſtinctio vlla adhibeatur, neq. in *d. l. ſed ſi paterfamilias §. 1.* alia vlla, quàm illa, vtrum pecunia quam extraneus filiofamilias donauit, & ex qua filiusfamilias ſoluit creditori donata ſit ei ſimpliciter an hac condicione, vt creditori eam ſolueret, vt hoc poſteriore caſu dominium pecuniæ tranſeat in accipientem, & quidem rectà, id eſt, nunquam factum patris, ac proinde nec filij vel vno quidem momento *d. l. placet.* Priore verò caſu patria facti ſint nummi, & ideò extantes vindicare eos poſſit, conſumptos autem condicere, quomodo verò poſſunt conſumpti eſſe mala fide, ac tanquam furtiui cùm eos ſimpliciter filiofamilias donauit extraneus? Quod ſi ita eſſet nō niſi furtiui poſſent eſſe nummi quos filiusfamilias ſolueret, niſi quos ei donaſſet extraneus hac lege vt ex iis ſolueret creditori, quem tamen caſum nemo dixerit in hac lege ab Vlpiano & Marcello tractari: præter id quod neque Marcellus hîc, neque Iulianus tractant de condictione furtiua, ſed de illa, quam Cuiacius ex vetere formula vocat de benè depenſis, quæ naſcitur ex ſola conſumptione: vt taceam nec facile admitti poſſe, vt filiusfamilias furtum faciat patri, maximè verò in nummis peculiaribus, quorum cùm habeat filiusfamilias liberam adminiſtrationem quomodo fieri poteſt, vt eos inuito patre contrectare furtúmque eorum facere videatur? Nec enim negari poteſt quin de iis nummis loquatur Vlpianus quorum dominium in accipiētem tranſiret, ſi non aduerſus Senatuſconſultum Macedonianum mutuatus pecuniam fuiſſet. Alioqui quid attineret loqui de pecunia contra Senatuſconſultum credita: etſi autem Marcelli ſententia videtur verior ob rationem, quæ in hac lege affertur, poſſet tamen quis pro Iuliano negare propoſitionem quā Marcellus pro vera aſſumit, vt toties condictio locum habere debeat conſumptis nummis quorum dominium ab initio per numerationem tranſlatum non fuit, quoties tranſlato dominio æque condictio aliáve actio competiiſſet, & in huius propoſitionis locum aliam ſubſtituere, vt toties conſumptis nummis cōdictio danda ſit, quoties iiſdem extantibus vindicatio danda eſſet: quod vtique in propoſito contingeret. Nec illa tamen diſtinctio conciliare Marcellum, cum Iuliano poteſt quam alij adferunt apud Accurſium, an ſolutio facta ſit à filio nomine patris, an ipſius filij, vt ſi patris nomine facta ſit condictio competat, quandoquidem pater ex eo contractu filij nullomodo tenebatur ne quidem de peculio *l. ſi filius 6. C. de SC. Macedon.* nec magis naturaliter quàm ciuiliter, cum ipſe non contraxerit. Si verò nomine filij, non detur condictio, quia filius naturaliter debuit *argu. leg. 1. §. vltim & leg. a infr. de pecun. conſtitut.* Nam tametſi filiusfamilias ſuo nomine ſoluerit pecuniam quam contra Senatuſconſultum erat mutuatus, cùm tamen ex iis nummis ſoluit, qui patris fuerunt, & quorum proinde dominium in accipientem transferre ignorante patre non potuit, non prohibetur pater eos vindicare ſi extent: nec igitur condicere ſi conſumpti ſint ſecundum ſententiam Iuliani, ſed ſi Marcello credimus, ceſſabit hoc quoque caſu condictio, quia etiamſi dominium in accipientem tranſlatum fuiſſet per numerationem, non actio aliqua, ſed liberatio ex ea ſolutione nata fuiſſet. Suauis verò certè eſt Bartolus qui ad hanc legem notat, difficilem eam videri ſcholaribus, ſed non eſſe, cùm tamen ad conciliandum Marcellum cum Iuliano nihil aliud proferat, quàm quod ſuprà ex Ioanne gloſſatore retulimus, & refutauimus.

b *Denique per errorem ſoluti.* Malè Cuiacius *libro 14. obſeruation. capite 35.* hunc verſiculum ita accipit, vt ſit concluſio ſyllogiſmi quo vtitur Marcellus vt probet contra Iulianum ceſſare hoc caſu cōdictionem, quaſi *denique* dixerit hîc Vlpianus cum Marcello pro *ergo*. Sic enim ille ſyllogiſmum Marcelli concipit, vt propoſitio hæc ſit, toties condictio datur quoties ex ea cauſa numeratio fit, ex qua actio eſſe potuiſſet, ſi dominium ad accipientem tranſiiſſet. Aſſumptio autē iſta: Atqui in propoſito non ita eſſet, id eſt, non naſceretur condictio ex numeratione: cōcluſio verò hæc: proinde per errorem

rotem ſolnti contra Senatuſconſultum crediti dicendnm eſt ceſſare repetitionem, id eſt, condictionem quæ ex conſumptione quæſita videri poterat patri per filium. Sed pace tanti viri dixerim, ineptus hic ſyllogiſmus eſſet. Ponit enim idem in aſſumptione quod in concluſione, aſſumitque idipſum quod omnimodo probandum eſt, & de quo diſputatur, An nimitum hoc caſu condictio aliqua competat, vt Iulianus exiſtimabat. Nec turſus bona eſſet probario concluſionis illius negatiuæ: Nullam condictionem hoc caſu competere, ſi ex ſyllogiſmo nihil alind infetre poſſis, niſi quod inferri vult Cuiacius, ergo condictionem indebiti cōperere. Nam ceſſante quoque indebiti condictione, quæ nunquam niſi tranſlato dominio competit, nihil vetat aliam ſupereſſe, quam ſuprà diximus cum Cuiacio de benè depcuſis appellari, quæ competit etiam non tranſlato per numerationem dominio, vi & poteſtate ſolius conſumptionis. Ex eo igitur tantò magis verum apparet quod diximns, non ea ratione Marcellum negare hîc competere condictionem, quod eam naturalis obligatio impediret ſi dominium ex numeratione tranſlatum eſſet, ſed quia huiuſmodi ſolutio proficeret ad liberationem, nec proinde condictionem, aut aliam actionem vllam parere poſſet, ciúſque rei confirmandæ gratia bene ſubiicit Vlp. ex Marcello, non ſolùm in hac ſpecie, cùm domininm in accipientem tranſlatum nō eſt, ceſſare condictionem de benè depenſia, ſed etiam cùm de condictione indebiti quæritur, ac proinde cùm ex numeratione dominium tranſlatum fuit, ceſſare ſoluti repetitionem non minùs quàm vindicationem extantis pecuniæ, nempe quia naturalis obligatio impedit condictionem indebiti, cùm nec indebitum dici poſſit id quod naturaliter debitum fuit, vt docuimus ex *d. l. ſed ſi paterfamilias 9. §. vlt. & l. ſeq. de SC. Maced.* Niſi cùm is ſoluit qui exceptione perpetua eáque fauorabili tutus fuit, puta Senatuſconſulti Velleiani *dict. l. qui exceptionem 40. de condict. indeb.* Portò nihil intereſt ex qua pecunia filiusfamilias ſoluerit an ex caſtrenſi, an quaſi caſtrenſi etiam in poteſtate manens, an ex alia, dummodò paterfamiliàs iam effectus, vt benè Accurſius explicat: ſed quod hîc ſcribitur de errore, malè Accurſius intelligit de errore iuris. Meliùs Cuiacius ſupradicto loco de errore facti, quoniam in eo qui per errorem iuris, aut ſcienter indebitum ſoluit, nulla dubitatio eſt quin non poſſit repetere *l. error facti 9. C. ad legem Falcid. l. cùm quis 10. C. de iur. & fact. ignor.*

15. IDEM libro 31. ad Edictum.

SIngularia quædam recepta ſunt circa pecuniam creditam. nam ſi tibi debitorem meum iuſſero dare pecuniam: obligaris mihi, quamuis meos nummos non acceperis. quod igitur in duabus perſonis recipitur [a], hoc & in eadem perſona recipiendum eſt: vt, cùm ex cauſa mandati pecuniam mihi debeas, & conuenerit, vt crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, & à me ad te profecta.

*Ad l. ſingularia 15.*

RATIO DUB. Mutuum ex eo dictum eſt quod fiat de meo tuum. Et ſolet bonum eſſe argumentum ab etymologia negatiuè, vt ſi de meo non fiat tuum non ſit mutuum *l. 2. §. appellata*, vbi diximus *ſupr. hoc tit.* Atqui ſiue debitorem meum iuſſerim tibi dare pecuniam, ſiue cùm ex cauſa mandati pecuniam mihi deberes, conuenerit inter nos vt crediti nomine eam retineas, verum eſt pecuniam quæ penes te eſt tanquam mutua, nunquā fuiſſe meam. Nec enim quod mihi debetur meum eſt, adeò vt nec quod meum eſt, deberi mihi poſſit non magis quàm ex noua cauſa fieri meum. *§. ſic itaque. Inſtit. de act. l. nemo rem ſuam 82. de verb. oblig. l. non vt ex pluribus 159. de regul. iur.* Ergo dicendum eſt neutro iſtorum caſuum poſſe mutuum contrahi, ne alioqui paulatim eueniat, vt dicamus nuda voluntare poſſe ex quolibet alio contractu mutuum fieri quod ferendum non eſt, ſi Africano credimus *in l. qui negotia 34. inſr. mandat.* Contrahitur enim mutuum interueniente re & traditione non nuda voluntate nudóve conſenſu *l. 1. §. 1. inſr. de oblig. & action.*

DEC. In his quæ contra iuris rationem & iure aliquo ſingulari recepta ſunt, non poſſumus ſequi regulam iuris *l. in his 15. & ſeq. ſup. de legib.* Atqui in contractu mutui ſingularia quædam recepta ſunt, id eſt non contra cæterorum cōtractuum regulas, vt malè Accurſius poſt Ioannem & Azonem explicat, ſed contra regulas ipſius mutui, vt meliùs Bartol. cum aliis, poſt Cernotum, vt ille nominat, Accurſij. Præſertim verò contra hanc quæ vult in contrahendo mutuo debere pecuniam fieri de mea tuam. Non enim publica vtilitas patitur, vt ſemper neceſſe ſit tam exactè ſeruari hanc iuris regulam, vt non aliter mutuum contrahi poſſit quàm ſi fiat de meo tuum, ne alioqui ſæpiſſimè impediatur via mutui contrahendi, quam potiùs ampliari intereſt publicè ob frequentem huiuſmodi contractus neceſſitatem, vſumque commerciorum: illis nimitum caſibus in quibus nihil repugnat ex parte rei quominùs pecunia quæ adhuc non eſt, fiat ſtatim mea, & ruſum ex mea fiat ſtatim tua, niſi quoniam expeditius & vtilius eſſe creditur vt celeritate coniungendarum inter ſe actionum vna breui manu occultetur, quomodo Vlp. noſter loquitur in *l. 3. §. ſed ſi debitorem, infr. de donat. inter vir. & vxor.* vbi tractat caſum quo maritus donandi animo iuſſerit debitorem ſuum vxori ſoluere. Quo caſu licèt donationem validam facere illud videatur quod non à marito, ſed à mariti debitore mulier pecuniam acceperit, negat tamen Vlpianus ex Celſo eam valere, magíſque eſſe ait, vt & debitor liberatus ſit, & nummi facti ſint mariti, non vxoris. Nam ſi donatio, inquit, iure ciuili non impeditetur, is rei geſtę ordo futurus eſſet, vt pecunia à debitore ad creditorem, deinde à creditore ad mulierem ex donatione perueniret, quòd ſi pecunia debitori numerata eſſe intelligitur, adeóque ipſius facta fuiſſe, quamuis reuera numerata non ſit, vt liberationem inducamus, quæ aliter induci non poſſet *l. is qui alienum 60. l. ſi alienam 78. l. ſi mihi alienum 92. de ſolut.* Quidnj etiam dicemus mutuum contrahi poſſe ſi debitorem meum iuſſerim tibi pecuniam numerare, vt eam mihi ex cauſa mutui debeas? Aut quid tua meáve referre poteſt, an

etiam debitoris mei, vt pecuniam mihi tradat, & ego tibi, an tibi ſoli ſuo meóque ſimul nomine? Cur non breui manu fiat commodiùs & expeditiùs, quod longiore fieri poſſet, vt in *l. licèt 43. §. 1. de iur. dot.* Nam & aliquando manu longa traditio fieri intelligitur, vtputa ſi pecuniam meam in conſpectu meo ponere te iubeam, aut aliam rem quamlibet, cuius poſſeſſio corporaliter à nullo detineatur *l. pecuniam 79. de ſolut.* Denique ſuperuacui circuitus iſti ſemper euitandi ſunt *vulg. l. dominus 53. de condict. indeb.* & expediendarum rerum gratia fiunt multa, quæ alioquin fieri non deberent *l. ſi ad pupillum 11. infr. de author. & conſenſu tutor.* Et in hoc prudentes omnes conſenſerunt ne Africano quidem excepto *d. l. qui negotia 34. infr. mandat.* vbi fatetur hoc benignè receptum eſſe: quod nihil aliud eſt quàm iure ſingulari, & ob publicam vtilitatem, contra regulam illam iuris, quæ mutuam aliter contrahi non patitur, quàm ſi de meo tuum fiat. Nam vt in aliis negotiis celeritate coniungendarum actionum vna occultetur, non fit iure aliquo ſingulari, quia iuris regula nulla eſt, quæ repugnet, vt in ſpecie *d. § ſed ſi debitorem, & d. l. licèt. §. 1.* dixi ad *l. certi condictio 9. §. ſi nummos. ſupr. hoc tit.* Ex his apparet quàm parum ad rem pertineant, quæ hîc Accurſius congerit quaſi ſpecialia & ſingularia vel in contractu mutui ad differentiam cæterorum contractuum, vel in pecunia numerata ad differentiam aliarum rerum, etiam in quibus mutuum poſſit conſiſtere. Quale illud eſt quòd faciliùs pecunia conſumatur, vt ſola immixtione ea *d. l. ſi alieni nummi 78. de ſolut.* quamuis idem poſſit in frumento quoque vino & oleo aliiſque rebus, in quibus mutuum conſiſtit, æquè facilè contingere *l. 1. §. præterea. infr. de ſeparat. l. 5. in princ. ſupr. de rei vindicat.* Item quòd pecunia ex bonis debita partem quamlibet facultatum, non etiam ſpecies afficiat *l. cùm pater 77. in princip. de legat. 2. l. deducta 58. §. nummis ad SC. Trebell. iunct. l. ſi fideicommiſſum 50. §. tractatum. ſupr. de iudic.* Item vt tutor ea cauſa mutui poſſit ſe facere pupilli debitorem, adeóque ſi ſit creditor ſibi ſoluere, *l. quoties 9. §. non tantùm 7. iunct. §. ſicut autem 5. infr. de admin. tutor.* cùm tamen non poſſit ſibi ipſi vendere rem pupillarem *l. ſi in emptione 34. §. vltim. de contrah. empt.* aut aliter in rem ſuam pupillo authoritatem præſtare *l. pupillus 5. de author. tutor.* Etſi video poſſe tutorem etiam pupillaris rei quam à defuncto emerit, poſſeſſionem ſibi tradere, in illa eleganti ſpecie *l. fiſtulas 78. §. 1. de contrah. empt.* non tamen ſe debitorem facere ex cauſa venditionis vel donationis ſi nulla præceſſerit, non magis quàm alius quilibet *l. nuda ratio 26. infr. de donat.* Item vt facilius per pactum vnius alteri condictio certi acquiratur dummodò eius nomine contractum ſit *l. 2. C. per quas perſonas nob. acquir. d. l. certi 9. §. ſi nummos.* vbi dixi *ſupr.* Item vti nummorum creditorum pars condici poſſit licèt corpora nummorum fuerint communia *l. nam etſi fur 13. §. vltim. ſupr.* Denique vt vſuræ pecuniæ creditæ non niſi ea ſtipulatione deberi poſſint *l. Titius 24. infr. de præſcript.* cùm aliarum rerum debeantur etiam ex pacto nudo *l. frumenti 17. iunct. l. 3. C. de vſur.* Sed nil hæc omnia pertinent ad hanc legem, quia non ſunt ſingulari iure recepta in mutuo, neque contra proprias mutui regulas, neque rurſum ſpecialia ſunt omnia in mutuo aut in pecunia credita, illud præſertim quòd de vſuris pecuniæ fœnebris vltimo loco adiectum eſt, cùm & alia multa ſint quæ per nudum pactum etiam incontinenti appoſitũ promitti non poſſunt, at per ſtipulationem poſſunt. Vt in exemplis quæ attulimus ad *l. quod ſi locus 11. ſup. de religioſ. & ſumptib. funer. ex illa lege, & l. ſeruus ea lege 7. infr. de ſeru. export.* Dicendum igitur eſt, quomodo iam explicauimus, ſingularia hîc ab Vlp. dici recepta eſſe circa pecuniam creditam quæ in cõtractu mutui recepta ſunt ob publicam vtilitatem aduerſus ipſas mutui regulas. Planè quoties negotium quod geritur tale eſt, vt dominium ex eo transferri oporteat, quomodo cõtingit in donatione, permutatione, ſolutione, aliiſq; ſimilibus *l. in ædibus 9. §. vlt. infr. de donat. l. 1. de rer. perm.* traditionem fictã non minùs quàm in mutuo interuenire neceſſe eſt, vt dominium tranſlatum eſſe intelligatur, ſed cum hac differentia, ꝙ ibi præſentem rem eſſe oportet vt fictio veritati reſpondeat, quia res abſens tradi non poſſet *l. eius rei 46. & l. ſeq. ſup. de rei vindic. l. ſi ſponſalib. 58. §. infr. de iur. dot. l. qui decem 72. §. idem reſponſum. in fin. de ſolut.* ſicuti nec abſenti *d. l. falſus 43. §. ſi is qui indebitũ. inf. de furt. l. ſi procuratori 79. infr. de verb. obligat.* At pecuniam præſentem eſſe nil neceſſe eſt in mutuo, quia conſiſtit mutuũ in iis rebus, quæ functionẽ recipiunt in ſuo genere, ac proinde non minùs abſentes quàm præſentes, quod in cæteris contractibus diuerſum eſt, in quibus agitur de traditione facienda ſpeciei, aut ſi generis ſaltem per modum ſpeciei, vt in *l. 3. §. vlt. & l. ſeq. de donat. int. vir. & vxor. d. l. falſus, §. 3. de furt. l. qui id quod 33. §. vltim. infr. de donat.* Atque ita ego cum Accurſio ſentio, licèt Bartolus adhibitis, vt ſolet, diſtinctionibus, & ſubdiſtinctionibus quàm plurimis contrà putet.

a *Quod igitur in duab. perſonis recipitur.* RAT. DVB. Id quod iure ſingulari & contra communes iuris regulas receptum eſt, non debet trahi ad conſequentias *l. quod verò 14. ſupr. de legib.* Atqui iure ſingulari receptum eſt, & benignè aduerſus mutui regulas, vt ſi tibi debitorem meum iuſſerim dare pecuniam mutuam, obligeris mihi ea mutuo, quamuis nummos meos non acceperis, vt & Vlpianus hîc fatetur, & Africanus in *d. l. qui negotia 34. infr. de mandat.* Ergo non ad alios caſus porrigi hoc ius debet, nec recipiendum eſt, vt ſi ea cauſa mandati pecuniȩ quantitatem aliquam mihi debeas, & conuenerit inter nos, vt crediti nomine eam retineas, fiat pecunia mutua, tanquam mihi abs te data, & à me rurſum ad te profecta. Atque ita concludit Africanus in *d. l. qui negotia*, diſcutiens ex profeſſo ab Vlpiano, hac vna potiſſimum ratione, & quia non ſit ferendum, vt ea quolibet contractu nuda voluntate fieri mutuum poſſit. Nam qui cum Accurſio & Bartolo reſpondent, fuiſſe hîc pecuniam non quidem præſentem, ſed tamen extantem & paratam ſolutioni, ibi verò cõſumptam fuiſſe, præterquam quod omnino commentitium, & diuinatorium eſt, nec Vlpiano conuenit, nec Africano, non Vlpiano, qui hũc poſteriorem caſum æquiparat ſuperiori, cùm iuſſi debitorem meum dare tibi pecuniam. In quo caſu nemo dixerit requiri vt pecunia extet, ſitque parata ſolutioni, cùm in debitore generis nihil prorſus referat an pecunia debita extet, nécne: quia nec ſi incendio pecuniam ſuam omnem debitor amiſerit, attamen liberatur *l. incendium 11. C. ſi cert. petat.* Multò minùs igitur in hoc poſteriore caſu requirit Vlpianus extare pecuniam, cùm id quod in duabus perſonis receptum eſt, multò magis in vna eadémque perſona recipiendum eſſe arbitretur. Nec ſimile eſt quod affert Accurſius ex *l. certi condictio 9. §. vlt. ſupr.* Ibi enim debebatur pecunia per modum ſpeciei cùm eſſet depoſita, & ideò poterat depoſita-

rius incipere animo eam poſſidere, & ſuam facere ex mutuo pecuniam, & eadem ipſa corpora num morum quæ antea erant deponentis, vt ſcripſimus ad illum §. quod in pecunia ex cauſa mandati debita diſſimile eſt. Non conuenit ruſum Africano ſupradicta conciliatio. Non enim ex eo mouetur Africanus, quòd pecunia conſumpta eſſet, quæ nec conſumi potuerat, cùm in genere deberetur, nec quòd ſolutioni parata nō eſſet ſed ex eo ſolo, quod pecunia ex cauſa mandati debita nunquam fuiſſet in dominio mandantis, vt ex crediti cauſa fieri poſſet mandatarij, quòdque nuda voluntate mutuum ex alio contractu fieri non poſſit. Sed tamen Vlpiani ſententia quæ publicè vtilior eſt, & à cęteris prudentibus magis probata fuiſſe videtur, illam decidendi rationem habet, quòd ea quæ publicè vtilia ſunt, licèt iure ſingulari recepta ſint, facilè tamen producenda ſunt ad alios caſus ſimiles, id eſt, in quibus eadem, multo magis ſi maior æquitatis & publicę vtilitatis cauſa in iis locum habeat *l. non poſſunt 12. & ſeq. d. l. ius ſingulare 15. ſupr. de legib.* Atqui facilius eſt, vt fictio breuis manus in vna eadémque perſona inducatur, quàm vt in duabus, nec minùs ad vtilitatem publicam pertinet, vt mutuum contrahatur, ſi conuenerit inter nos, vt pecuniam quam mihi ex cauſa mandati debes ex cauſa mutui retineas, quàm ſi iuſſerim debitorem meum tibi pecuniam mihi debitam numerare, vt ex mutui cauſa eam mihi debere incipias. Quidni ergo quod in illo caſu receptum eſt, multò magis in alio recipietur? Denique fuit Africanus religioſior iuris, vt loquitur Cuiacius *ad d. l. qui negotia*, & ſcrupoloſior: Vlpianus verò audentior, & æquitatis publicæque vtilitatis hac parte amantior. Fruſtra ergo quis laboret diutiùs in iis conciliandis qui & vltro diſſenſerunt, & tam probabiles diſſentiendi cauſas, vt alibi ſcri ſimus, habuerunt. Videutur tamen cum Africano potiùs, quàm cum Vlpiano ſentire Impp. *in l. ſi ex precio 6. C. ſi cert. pet.* vbi negant ex precio debitam quantitatem non tam facilè in mutui cauſam conuerti poſſe. Aut potiùs cum Vlpiano, vt aliis credimus, qui ex eo mouentur, quod in ea ſpecie debentur vſuræ ſi per ſtipulationem promiſſæ ſint tanquam pecuniæ creditæ. Sed ego neque iſtis, neq; illis aſſentior, qui longè aliam Impp ſententiam eſſe video, à nobis fusè explicatam *lib. 5. Coniect. cap. 10.* vbi vide. Minùs obſtat *l. pecuniam 79. de ſolut.* quę eandem conſtituere videtur rationem pecuniæ, & aliarum rerum. Eſt enim eadem quidem ratio, hactenus vt res quam mihi tradere vis, & quæ ab alio nullo corporaliter poſſidetur ſi in conſpectu meo poſita ſit, ſiue pone iuſſerim, ſiue non iuſſerim, dummodò ideò poſita ſit vt mihi tradatur, quaſi manu longa mihi tradita eſſe intelligatur: Sed non etiam ſi res in conſpectu poſita non ſit: Nec enim eo caſu haberi poteſt pro tradita, quomodo pecunia quæ habetur, etiam pro data. Nam & differentia illa eſt inter pecuniam & ſpeciem, quòd in ſpecie cuius dominium transferri in alium neceſſe eſt, requirimus non tantum vt pręſens ſit ad hoc vt pro tradita habeatur, ſed etiam vt dominium penes eum ſit, qui tradere vult, vt habeatur pro data, ſiquidem dare eſt dominium trāſferre *l. vbi autem 75. §. vlt. de verb oblig. §. ſic itaque. Inſt. de action.* Nemo autem tradendo poteſt dominium transferre, quod non habet *l traditio 20. de acqu. rer. domin.* At in pecunia credenda nec præſentiam pecuniæ, nec dominium requirimus, quoniam cùm pecunia conſiſtat in genere, qui non eſt dominus huius vel illius pecuniæ, alterius tamen eſſe poteſt. Idem igitur in cæteris quoque rebus iuris eſt quæ in pondere, numero, & menſura conſiſtunt. Alia ſpecies eſt quæ proponitur *in l. ſi pro mutuâ 8. C ſi certum pet.* & quæ propiùs accedit ad illam, de qua *in l. rogaſti 11. ſupr.* quàm ad eas, de quibus in hac lege.

16. PAVLVS libro 32. ad Edictum.

SI ſocius propriam pecuniam mutuam dedit, omnimodo creditam pecuniam facit, licèt cæteri diſſenſerint, quòd ſi communem numerauit [a], non aliàs creditam efficit, niſi cæteri quoque conſentiant, ſuæ partis tantùm alienationem habuit.

### *Ad l. ſi ſocius 16.*

RAT. DVAIT. Socius vniuerſorum bonorum de quo ſolo benè Accurſius hanc legem intelligit, vt probabilem aliquam dubitationis cauſam habeat, cōmunicare cogitur per actionem pro ſocio quicquid ſibi proprio nomine acquiſiuit poſt contractam ſocietatem. Nam quæ contractæ ſocietatis tempore iam acquiſita ſunt, continuò & ipſo iure communicantur *l. 1 §. 1. l. 3 §. 1. l. cùm duobus 52. §. ſocii 16. l. ſi ſocietatem 73. in princ & l. ſeq. infr. Pro ſocio.* Ergo perinde haberi debet ac ſi communicatio illa iam facta eſſet, cùm parum referat an quid iam factum fuerit, an in eo ſit vt ſtatim fieri debeat. Atqui communicatione iam facta non poſſet vnus ex ſociis totam pecuniam communem creditam facere cæteris diſſentientibus, ſed pro ea tantùm parte dominij, quam in illa pecunia haberet *l. nemo ex ſociis 68. in princip eod. tit. l. ſi cas 94. de ſolut.* Ergo ſi ſocius propriam pecuniam mutuam dederit, non facit omnimodo pecuniam creditam, ſed pro parte tantùm, non modò ſi cęteri diſſentiant, ſed etſi non cōſentiant, quod minus eſt. Inuitus enim hac parte accipiendus eſt, vt & in aliis pleriſque iuris partibus, nō tantùm is qui contradicit, ſed etiam qui non conſentit *l. ſi iusfamilias 8 §. inuitus ſupr. de procurat.*

DEC. Etiam is qui vniuerſorum bonorum ſocietatem contraxit, proprium aliquid habere poteſt, non ſolū ſi quod plerumque ſit ab vniuerſali ſocietate aliquid excepetit, ſed etiam ſi poſt contractam ſocietatem aliquid acquiſierit. Nam quod acquirit ipſius ſit, non commune, licèt ſocietatis iudicio cogatur id communicare *l. ſi quis ſocietatem 74. infr. Pro ſocio*, quod diuerſum eſt ſi ſocietas contrácta ſit non totorum bonorum *leg. ſi vnus ex ſociis 67. §. 1. eod.* Interim ergo, id eſt, quandiu communicatio facta non eſt, manet pecunia hæc propria eius ex ſociis qui eam ſibi acquiſiit aut ſtipulando, aut rem aliquam vendendo, etiam communem (nec enim pecunia redacta ex rei communis venditione communis eſt *d. l. ſi vnus. §. 1. l. qui vas 48. §. vlt. infr. de furt.*) ac proinde ſi pecuniam illam propriam crediderit,

faciteam omnimodo creditam, & quidem in ſolidum, licèt cæteri diſſentiant, cùm nihil tam naturale ſit quàm voluntatem domini rem ſuã in alium transferre volentis ratam haberi *l.quatatione 9.§.hæ quoque res inſr.de acquir. rer.domin.* nec homini ingenuo prohibenda ſit rerum ſuarum alienatio *l.2.inſr. ſi à parent.quis manum.ſit.* Non enim quod eam pecuniam ſocius hîc aliis ſocus communicare cogatur, facere poteſt, vt eò minùs videri debeat interim tota eius eſſe *l. non ideo 66. ſupr.de rei vindic. l.plerumque ſit 205. de regul.iur.* quamuis contra ſentiat Cuiacius *lib.23.Obſeru.cap 27.* vbi hanc legem putat ideo accipiendam eſſe de ſocio qui non ſit tototum bonorum, quaſi hîc proprium nihil habere poſſit. Quod certè non ita eſt: non enim commune ſit ipſo iure quod ſocius communicare cogitur, & in commune redigere, ſcilicet iudicio ſocietatis. Planè, ſi quæras, An certi condictio, quæ ex huiuſmodi contractu mutui ei ſoli ex ſociis acquiritur, qui ſuam pecuniam credidit, aliis ſociis communicanda ſit, alia quæſtio eſt: ad quam reſpondeo, communicandam eſſe. Et quoniam ſubrogata eſt quodammodo in locum eius rei, quam ſi alienata non fuiſſet, communicari hodie oporteret *argum.l ſi quis eum 10.§.qui iniuriarum.ſupr.ſi quis caution.* Et quia etiam actiones tanquam quæ in bonis noſtris quoque ſint, communicari debent *d.l.3.in princip.pro ſocio. l.quam Tuberonis 7.§.in peculio.inſr.de pecul.l.bonorum 49.de verb. ſignific.*

a *Quòd ſi communem numerauerit.* RAT. DVB. Quod commune eſt, negari non poteſt quin vniuſcuiuſque ſit, licèt ſit etiam alterius *l.illud 46.inſr. de rit.nupt* Ergo permittendum eſt vni ex ſociis vt pecuniam communem credendo totam omnimodo faciat creditam, licèt cæteri diſſentiant, ſaltem propter publicam commerciorum vtilitatem & promiſcui vſus, vt loquitur Paulus *in l. ſi quis mancipiis 17.§.ſi impubes inſr. de inſtit.act.* propter quam alia etiam multa recepta ſunt *l.quod ſi minor 24.§. non ſemper.ſupr. de minor. l. ſi ſeruus communis 12.inſr. de author. tutor.* Præſertim cùm indemnitati ſociorum aduerſus eum qui inuitis ipſis totam pecuniam credidit conſuli poſſit per actionem pro ſocio: vt proinde nihil ob eam cauſam eis abfuturum eſſe videatur, *vulg.l.is qui actionem 15.de reg.iur.* DEC. Nemo ex ſociis plus parte ſua poteſt alienare licèt tototum bonorum ſocij ſint *l. nemo 68.inſr pro ſocio,* quia quod commune eſt, nemo ex ſociis poteſt ſuum dicere niſi pro ſua parte *l.5.§.1. & vlt.de legat.1.* Atqui non ſit mutuum niſi dominium transferatur *l.2. §.appellata.ſupr.* quod per alienationem efficitur *l.1.Cod. de fund.dotal. l.alienationis 28. de verb. ſignific.* Ergo cùm ſocius ſuæ tantùm partis alienationem habeat, dicendum eſt, ſi vnus ex ſociis communem pecuniam crediderit & numerauerit, non omnimodod fieri totam pecuniam creditam, ſed ita demum ſi cæteri quoque omnes conſentiant. Nec quod cæteri aduerſus ſocium qui credidit actionem de indemnitate habere poſſint, ad rem facit. Nam ſi nemo ideò obligatur quod ab alio poſtea recepturus ſit ſi quid præſtiterit *l.nemo ideo 171. de regul. iur.* multò minùs ferendum eſt, vt quis rei communis partem ſuam ideo amittere cogatur, quòd indemnitatem poſtmodum à ſocio conſecuturus ſit. Intereſt enim cuiuſlibet rem ſuam non amittere, potiùs, quàm amiſſam recuperare, ſicut & non ſoluere potiùs quàm ſolutum repetere *l.3.inſr. de compenſat. l.ſi ſtipulatam 15. in princip.inſr de fideiuſſ.* imò longè magis. Nam qui pecuniam ſoluit, pecuniam repetit, aut denique illud ipſum quod ſoluit etiamſi conſiſtat in ſpecie, ideóque nihil omnino damni patitur, niſi in eo quod ſoluit cùm poſſet retinere. Atqui rem ſuam amiſiſſet per alienationem factam à ſocio, is non niſi pecuniam pro re ſua iure indemnitatis conſequi poſſet. Eſt enim omnis indemnitas præſtanda in pecunia, per quam ſcilicet omnes res æſtimantur *l.ſi ita fideiuſſorem 42.eod.tit.* atque ita rem ſuam vendere cogeretur, quod nec iuſto nec iniuſto pretio facere quiſquam cogendus eſt *l.nec quaſi 70. ſupr.de rei vindic.l.non enim 9.inſr.rer.amot.* Etſi in pecunia de qua ſola hæc lex loquitur, ratio iſta locum habere non poteſt, ſed tantùm in rebus cæteris, ſiue in ſpecie ſiue in pondere, ac menſura conſiſtant. In quibus omnibus æquè verum eſt quod Paulus in hac lege ſcribit, ſocium quemlibet ſuæ tantùm partis alienationem habere. Nec ſanè vnquam ferendum eſt, vt vnus ex ſociis & condiuiſoribus in re communi amplius ſua parte dominationem interponat *l.duo fratres 78. inſr. de acquir. hered.* nec vt cuiquam hominum ius ſuum per alium detrahatur *l.2.ſupr.de his qui ſui vel alien iur.ſunt.l id quod noſtrum 11 l non debet 74 de regul iur.l 1.verſ.vnus enim quiſque.inſr.de ſucceſſ.edict.* Planè, quin pro parte illius qui pecuniam communem credendi animo numerat, mutuum contrahatur, nec dubitandum eſt cùm pro ea parte nihil ſit quod impediat alienationem etiam ſociis diſſentientibus ſiue in ſingulis nummis communionem pro indiuiſo quis eſſe intelligat, ſiue in pecunia non tam corpora cogitet, quæ indiuidua ſunt, quàm ipſam quantitatem quæ diuidua eſt *dict. l ſi is cui nummos 94.inſr. de ſolut.l.nam etſi fur 13. §. vlt.* vbi dixi *ſupr hoc tit.* Nam quod dici ſolet in re communi & pari iure potiorem eſſe cauſam prohibentis *l.Sabinus 28.ſupr.commun diuidund.* ad hunc caſum non pertinet ob tam facilem quantitatis diuiſionem, quæ omni caſu ſi non per ſingula corpora, tamen per numeros fieri commodè poteſt *dict. l.ſi is cui.*

17. VLPIANVS libr.1. Diſputationum.

CVm filiusfamilias viaticum ſuum mutuum dederit, cùm ſtudiorum cauſa Romæ ageret: reſponſum eſt à Scæuola, extraordinario iudicio eſſe illi ſubueniendum.

*Ad l.Cùm filiusfamilias 17.*

RAT.DVBIT. Filiusfamilias ſuo nomine nullam actionem habere poteſt niſi iniuriarum, Quod vi aut clam, Depoſiti, Commodati, & eas quæ in factum appellantur *l.filiusfamilias 9. l.in factum 13.inſr. de oblig.& action.* Inter quas actiones non enumeratur certi condictio; quæ ex mutuo naſcitur. Ergo ſi filiusfamilias viaticum ſuum mutuum dederit cùm Romæ ageret ſtudiorum cauſa, dicendum eſt certi condictionem ſi qua ex eo mutuo naſcatur, patri non filiofamilias competere, ideóque nec ordinario nec extraordinario iudicio filiofamilias ſubueniendum eſſe. Nam nec dominium pecuniæ huius

penes

penes filiumfamilias eſt, ſed penes patrem, iure peculij profectitij, quod magis eſt patris quàm filij *l. patri 27. in princip. ſupr. de minor.* Cùm non patris nomen faciat peculium quaſi caſtrenſe, vt neque caſtrenſe nec rurſus cauſa ſtudiorum, ſed acquiſitio filiifamilias militantis, aut quaſi militantis Reipublicæ. Condictio autem certi ex mutuo non poteſt naſci ſi mutuum nullum contractum ſit, nec rurſus mutuum eſſe ſi de meo non fiat tuum, nec magis condictio certi vtilis quàm directa: quicquid in contrarium ſenſerit Ioannes ab Accuſio relatus, qui exiſtimauit directam quidem certi condictionem in hac ſpecie patri competere, filio autem vtilem, niſi cùm pater abeſt, nemóque eſt qui patris nomine poſſit velítque agere, vt ſcriptum eſt in *l. ſi longiùs 18. §. 1. ſup. De iudic.* vbi inter cæteros, etiam hoc exemplum ponitur de filiofamilias, qui cùm Romæ ſtudiorum cauſa ageret, ſui viaticuli pecuniam alij credidit. Aut ſi quis cum Ioanne vtilem actionem filiofamilias dare velit, nil neceſſe eſt cum Scęuola inducere iudicium extraordinarium per quod filiofamilias ſubueniatur. Actiones enim vtiles quoque actiones ſunt, & ideò iudiciorum ordine ſolito expediuntur & per iudices pedaneos, extraordinaria verò iudicia, non niſi cognitione prætoria *l. 1. & tot. tit. infr. de var. & extraor. cognit. leg. quòd ſi minor. 24. §. vlt. ſupr. de minor.* Dac. Quoties eadem æquitas in eiuſdem perſonæ fauorem duplex auxilium inducit, nihil vetat vtrique auxilio locum eſſe, hactenus ſaltem, vt vel hoc vel illo vti poſſit *l. ſin autem 27. §. ſi homo ſupr. de rei vindic. leg. cùm filius 76. §. varijs, de legat. 2.* Atqui ſumma æquitas facit pro filiofamilias vt & vtili actione, & extra ordinem ei ſubueniendum ſit, ſiue damnum aliquod & iniuriam Romæ paſſus ſit, cùm pater abeſſet in prouincia, ſiue viaticuli ſui pecuniam depoſuerit, aut alicui crediderit. Priore quidem caſu, ne impunita ſint maleficia dum pater expectatur ſi fortè pater venturus non ſit, vel dum venit, ſe ſubtrahat is qui noxiam cōmiſit, poſteriore verò ne interim laboret egeſtate filius Romę, viaticulo ſuo nō recepto, quod ei pater ad ſumptus deſtinauerat, vt eleganter ratiocinatur Vlpianus in *d. l. ſi lōgiùs §. 1. de iudic.* Vtrunque igitur auxilium, & ordinarium vtilis actionis & extraordinarium cognitionis prætoriæ huic filiofamilias accōmodandum eſt, vt per alterutrum ei ſubueniatur. Vt enim vtrunque ſiue ſimul & eodem tempore, ſiue diuerſis temporib. exerceat, fieri certè nō poteſt. Hæc tamen differentia eſt inter duo huiuſmodi auxilia, quòd actionem vtilem nō aliter exercere filiusfamilias poteſt, quàm ſi nemo ſit, qui patris nomine agat iure *d. l. ſi longius §. 1.* Extraordinariū autem filio competit nulla diſtinctione adhibita. Nēpe quia vtilis actio quæ non niſi deficiente directa datur & velut in ſubſidiū directæ actionis, nō poteſt exerceri quando adeſt qui directā exerceat: extraordinarium autem iudicium non ideò datur, quod directū ſufficiat, ſed quia fauor cauſæ vel perſonæ id exigat, vt Prætor per ſe cognoſcat de negotio nō per iudicem datum & pedaneum *d. tit. de var. & extraord. cognit. l. 2. C. de pedan. iudic. l. vix certis ex cauſis 53.* vbi diximus *ſupr. de iud. c. iunct. l. ſi cui libertas 50. inf. de condict. & demonſtr. l. mulier 22. §. non eſt dubitatum inf. ad SC. Trebell.* Non eſt igitur bona conſecutio, vt quoniam adeſt aliquis qui patris nomine agat condictione directa certi ex mutuo, denegandum ſit filiofamilias extraordinarium auxilium per quod & promptiùs, & commodiùs miſero filiofamilias ſubueniatur. Quid enim ſi is qui patris nomine Romæ egit, & pecuniam exegit, eam poſteà filio nolit reddere? An non æquè futurū eſt, vt filiusfamilias laboret egeſtate, ac ſi directa cōdictio effectum nullum habuiſſet? Sanè ſi ponas patrem ipſum Romæ eſſe & agere, dubitationem nullam res habebit, quin extraordinariū auxilium ceſſare debeat, quia non poteſt auxilio Magiſtratus indigere filiusfamilias qui bonum & præſentem patrem habet. Extraordinarium igitur auxilium hic intellige, non officium iudicis dati, cum Martino aliiſque interpretibus, nec actionem vtilem, quamuis hæc quoq; extraordinaria ſit, non tamen iudicium extraordinarium, vt contra Tribonianum diſputaui ad *leg. actio 47. ſupr. de negot. geſt. & lib. 4. Coniect. c. 7.* Sed cognitionem prętoriam, aut alterius iudicis ex iis qui maiores appellantur in *l. non diſtinguemus 32. §. de liberali infr. de recept. qui arbitr. recep.* Ordinarium enim erat vt Prætor ipſe aliúſve Magiſtratus & maior iudex non ipſe cognoſceret, ſed iudicem pedaneum daret. Quod ſi quando accidebat olim, vt per ſe ipſe cognoſceret, tunc extra ordinem id facere dicebatur *d. l. 2. C. de pedan. iudicibus l. 2. C. de ordin. iudic. l. ſi quis ſepulchrū 12.* vbi dixi *ſup. de religioſ. & ſumptib. funer.* Nec tamen mirum eſt ab interpretib. noſtris vetuſtiorib. perceptum non fuiſſe, qui antiquū illum iudiciorū Romanorum morem & ritum non obſeruarunt. Etſi autem ſumma æquitas pro filiofamilias vtrumq; auxilium induxit, & condictionis vtilis, & extraordinarij iudicij: auſim tamen dicere hoc poſterius quod Scęuolæ placuit non tantùm eſſe fauorabilius & commodius, ſed etiam iuris rationi conuenientius: quia magis alienum eſt à ratione iuris, vt actionem vtilem filiusfamilias ſuo nomine in vicem directæ patri cōpetētis, & ipſo iure acquiſitę ex cōtractu filij exerceat *l. placet 79. de acq. hær. l. 1. inf. ſi à parent. quis manum. ſit*, quā vt filiofamilias cognitionis prætoriæ auxilium accommodetur, quod nec ſeruo in quibuſdam caſibus denegatur *d. l. vix certis ex cauſis, & d. §. non eſt dubitatum.* Condictio autem certi directa ideo patri competit, ſi filiusfamilias ſui viatici pecuniam mutuam crediderit, quoniam licèt pecunia magis ſit patris, quàm filij tanquam quæ ſit profectitia, vt diximus, habet tamen filiusfamilias eius alienandæ poteſtatem à patre, qui non alia mente filio ſtudiorū cauſa Romam proficiſcenti eam dediſſe videri poteſt quàm vt erogaret eam & alienaret, dum ne perderet *l. filiusfam. 7. inf. de donat.* nō perdit autem qui credit niſi ſi quis credat perdituro, & perditurus. Hic enim donare videtur certè magis, quàm credere *d. l. quòd ſi minor 24. §. reſtitutio ſupr. De minor.* Vnde illud elegans diſtichum Martialis,

*Dimidium donare Lino, quàm credere totum*
*Qui mauult, mauult perdere dimidium.*

18. Idem libro 7. Diſputationum.

SI ego pecuniam tibi quaſi donaturus dedero, tu quaſi mutuam accipias: Iulianus ſcribit donationem non eſſe, ſed, an mutua ſit, videndum: & puto,

nec mutuam eſſe:magiſque nummos accipientis non fieri [a],cùm alia opinione acceperit. Quare ſi eos conſumpſerit: licèt condictione teneatur [b], tamen doli exceptione vti poterit:quia ſecundùm voluntatem dantiȝ nummi ſunt conſumpti.

*Ad l.Si ego* 18.

RAT. DVB. In donatione magis inſpicitur animus donantis quàm accipientis Donans enim ille eſt qui rei ſuæ dominium transfert, ac proinde cuius voluntas maximè exquirenda eſt, quoties de dominij tranſlatione agitur *l. qui mihi* 13. *infr. de donat.* Ergo ſi pecuniam tibi dedero quaſi donaturus,quãuis tu eam, quaſi mutuam accipias, dicendum eſt donationem eſſe. Donatio enim hæc perficitur traditione. Qui autem tradit, donatur eſt non qui accipit.

DEC. In omnibus contractibus,qui dominium transferunt, neceſſe eſt vt concurrat affectus ex vtraque parte contrahentium, ſiue ea venditio, ſiue donatio, ſiue alia quælibet cauſa contrahendi fuit. Alioquin niſi vtriuſque animus conſentiat, perduci ad effectum id quod inchoatur non poteſt *l. in omnibus rebus* 55. *inf. de oblig. & act.on.* Contractus enim omnes conſenſum requirunt,licèt non omnes conſenſu perficiantur. Quis autem conſenſus inter diſſentientes eſſe poteſt? *l. in omnib. negotiis* 57 *eod. titul.* Ergo ſi quis tanquam donaturus tibi tradiderit pecuniam,quam tu quaſi mutuam accipias, dicẽdum eſt donationem non eſſe: eadémque ratio facit vt nec mutuũ dici poſſit, quia licèt tu pecuniam quaſi mutuam accipias, ego tamen tibi trado quaſi donaturus,non quaſi mutuam futuram. Neque cum Vlpiano, qui Iuliani authoritate hîc nititur, pugnat quod Iulianus ipſe ſcribit in *l. cùm in corpus* 36. *infr. de acquir. rer. domin.* quæ tanquam huic maximè contraria opponi paſſim ſolet. Non enim ibi dicit Iulianus donationem eſſe, quod hîc ex Iuliano negatur, ſed illud tantùm, nummos fieri accipientis: quod tamen Vlpianus hîc diſertè negat iis verbis quæ ſequuntur:

2 *Magiſque nummos accipientis non fieri.* RAT. DVB. *ex d. l. cùm in corpus* 36. *De acquir. rer. domin.* vbi Iulianus diſertè ſcribit, ſi in corpus quod traditur conſentiamus, in cauſis verò acquirendi diſſentiamus, non ideò debere inefficacem eſſe traditionem. Velut, inquit, ſi ego credam me ex teſtamento obligatum eſſe vt fundum tibi tradam, tu autem ex ſtipulatu eum tibi deberi exiſtimes. Mox addit cõfirmationis gratia, *nam etſi pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quaſi creditam accipias, conſtat proprietatem ad te tranſire. Nec impedimento eſſe quod circa cauſam dandi atque accipiendi diſſenſerimus.* In quibus verbis nihil eſt quod magis miret quàm quod Iulianus ait hoc conſtare. Sic enim loqui prudentes noſtri ſolent, cùm de eo iure tractant, quod apud omnes fuerit certiſſimum, & à nemine controuerſum, *vt in l. inter omnes* 46. *in princip. infr. de furt.* Et tamen Vlpianus in hac lege ſcribit non fieri nummos accipientis: idque tàm apertè vt nulla conciliationis ratio inueniri poſſe videatur. Nulla mihi certè placet ex iis quę ab Accurſio & Bartolo aliiſque interpretibus adferũtur. Nam quemadmodum prior illa Accurſij planè commentitia eſt, vt Vlpianus eũ caſum tractet,quo certa erat tradendi cauſa ex qua ſola volebat tradens dominium transferre non ex alia,ita nec Iuliani verbis conuenit,vt dicamus donationem ibi non ſicut hîc per traditionem factam fuiſſe, nec à donaturo vel à donante, ſed ab eo qui iam donauerat,ac proinde exſoluendi magis quam nunc primum contrahendi debiti gratia, vt *in l. ſi tibi pecuniam* 10. *infr.* Repugnant enim verba illa Iuliani *ſi pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia*, quib. verbis proculdubio non tam facta quàm facienda, futuráq; donatio ſignificatur. Non enim donãdi cauſa traditur quod iam donatum eſt, licèt ad perficiendam donationem traditio adhuc ſequi debeat. Vt taceam nec fieri poſſe, vt traditionem præcedat donatio, niſi ponas contractam fuiſſe donationem per ſtipulationem, cùm Iuliani & Vlpiani temporib. non aliter quàm per traditionem aut ſtipulationem fieri poſſet donatio, non etiam nudo pacto, quod primus Iuſtinianus introduxit *in l. ſi quis argentum* 35. §. *vlt. C. de don.* Facta autem per ſtipulationem donatione tanto minùs poſſis cum Iuliano ſic loqui, vt dicas donandi gratia fieri traditionem quæ non niſi in executionem iam factæ perfectæque donationis fiat. Itaque quãuis nõ negem quod ait Bartolus, fauorabiliorem lõgè eſſe liberationem quàm obligationem *l. Arrianus* 41. *infr. de oblig. & act.* Nego tamen faciliùs vno caſu quàm alio transferri dominium, ſiue Vlpiano, ſiue Iuliano malis credere. Præter id quod is qui tradendo donat, nec ſe liberat, nec ſe obligat, niſi hactenus vt rem donatã auocare & repetere nunquam poſſit, ſi excipias donationem factam ſub modo, quæ obligat non donatorem, ſed donatarium. Veluti ſi donem tibi pecuniam vt eam poſteà mihi crẽdas, quemadmodũ in ſpecie *dict. l. ſi tibi pecuniam*. Nec probabilius eſt, quod recentiores quidam apud Iulianum verba illa *tu eam quaſi creditam accipias* ſic interpretantur, ac ſi ſcriptũ eſſet, *tu eam quaſi ex crediti prioris cauſa tibi ſolutam accipias*. Cùm tamen apertiſſimum ſit non alio ſenſu ita ſcripſiſſe Iulianũ, quam quo in hac lege Vlpianus, *tu quaſi mutuam accipias*, creditam. n. & mutuã pecuniã indiſtinctè tanquã ſynonyma prudentes noſtri vſurpant, cùm de mutuo tractant. Fateamur ergo id quod res eſt diſſenſiſſe Vlpianum à Iuliano, diſſentiendiq; rationes vtrinq; magnas eſſe ac probabiles. Mouit illa Vlpianũ quã expreſſit his verbis *cũ alia opinione acceperit*. Senſus. n. eſt donationẽ non perfici ſola traditione quæ fiat à donatore, niſi viciſſim aliquis ſit qui rem donatam accipiat: quod plurib. tractat Cuiac. *lib. 12. obſeru. c. 28. ex l. abſenti* 10 *de don. l. ſi verò* 8. §. *ſed etſi mortu verſ. ceterũ. De bon. libert.* Non ergo ſufficere qua opinione traditio facta ſit, ſi is cui traditio facta eſt, alia opinione acceperit. Iulianũ autẽ illa magis ratio monit, quę fortior mihi videtur, quod licèt in cauſa ſpecifica transferẽdi dominij diſsẽtiamus, cũ tu pecuniã mihi tradis quaſi donaturus, ego quaſi mutuã accipio, conſentimus tamẽ in ipſa tranſlatione dominij & proprietatis, quia ſicuti voluntas tua illa eſt vt proprietas in me trãſeat, licèt ex cauſa donationis, ita volũtas quoq; mea eſt vt eadẽ proprietas in me tranſeat, licèt ex cauſa mutui. Vterque enim titulus & donationis & mutui æquè habilis eſt ad dominiũ transferendũ. Nã ſi ego quaſi deponens pecuniã tibi dedero, tu quaſi mutuã accipias, vt in ſpecie §. *ſeq.* fatebor

bor libenter cū Vlpiano, nō ſolū nec depoſitū eſſe nec mutuū, ſed neq; nūmos fieri tuos, cū nō modò in cauſa traditionis diſſētiam⁹, ſed etiā in trāſlatione dominij. Tu enim tibi dominiū acquiri putas ex cauſa mutui. Ego neq; puto neq; volo, quādoquidē trado tibi tanquā ex cauſa depoſiti ex qua certū eſt neq; dominiū trāſferri neq; poſſeſſionē *l. licèt 17. §. 1. inf. Depoſ.* ſicuti neq; ex cauſa cōmodati *l. res commodata 8. inf. Cōmod.* Nec puto Iulianū in hac ſpecie aliter fuiſſe reſpōſurum: quē video exēpla duo proferre, in quibus id agitur ex vtraq; parte vt dominium transferatur: ſed & obſeruandū eſt ita loqui Iulianū vt dicat non videre ſe cur inefficax ſit traditio. Non ait, nō videre ſe cur inefficax ſit cōtractus aut donationis aut mutui aut inefficax cauſa teſtamēti vel ſtipulationis, ſed cur inefficax ſit traditio, quæ nō aliā ob cauſam fit, quā vt dominiū à tradēte in accipiētē transferatur. Quid. n. aliud exigimus ad transferēdum dominium, quam vt in eo transferēdo vterq; cōtrahētium cōſentiat? Nec obſtat quod nuda traditio nunquam transfert dominiū *l. nunquā nuda 31. eod. ti. de acq. rer. domin.* Non. n. nuda dici pōt quę iuſtā cauſam habet, vt eadē lex ait, hoc eſt quę ex iuris ratione & poteſtate ſit habilis ad tranſlationem dominij. Nec rurſum deeſt iuſta cauſa ob id ſolū quòd duplex illa ſit, vna quidē in opinione tradentis, alia verò in opinione accipiētis, dūmodò ambæ, vt dixi, in eo cōueniant, quòd iuſtæ ſint & habiles ad dominium transferēdum. Igitur *ἀντινομία* in eo eſt, quod Vlpianus requirit, vt cōtrahētes non tantū in trāſlatione dominij cōſentiant, ſed etiam in cauſa tranſlationis, quaſi neutra ſit ſatis iuſta & ſufficiens cauſa transferendi dominij in qua nō vterq; conſentiat. Iulianus verò illud tantū exigit, vt contrahentes de transferendo dominio cogitent in eóq; cōſentiant, & in genere cauſæ iuſtę & habilis ad tranſlationem dominij, licèt errent & diſſentiant in cauſa ſpecifica, quaſi poſſint ambæ cauſæ coniungi in genere, licèt earū diuerſitas & repugnantia faciat ne poſſint coniungi in ſpecie. Quamuis in contractibus non ſoleat inſpici, quid vnus ex cōtrahentib. animo gerat ſi nō id expreſſerit, niſi in ipſius præiudiciū, vt hîc Bartol. tractat ex *l. ſi repetendi 7. C. de cond. ob cauſ. dator. l. ſi maiores 25. C. de tranſ.* Nam & hîc vterque id animo agitat vt dominij tranſlatio & acquiſitio fiat, licèt vnus ex vna cauſa, alius verò ex alia.

b *Licèt condictione teneatur.* RAT. DVB. Condictio ſupponit tranſlationem dominij. Nemo. n. rem ſuā condicit niſi à fure *l. vlt. ſupr. vſufr. quē. caueat. §. ſic itaq. Inſt. de act.* Atqui negauit proximè Vlpianus nūmos accipientis factos eſſe. Ergo cōdictioni hoc caſu locus eſſe non pōt. DEC. Conſūptione transfertur dominium quod tranſlatū non fuerat traditione *l. rogaſti 11. §. vlt. & l. ſeq.* vbi dixi *ſupr.* Ergo quāuis nūmi per traditionē facti non ſint accipientis, ideóq; vindicari poſſint ſi extent, ſecundum Vlpiani nō etiam Iuliani ſententiam, ſi tamen conſumpti ſint, cōdicēdi ſunt: quia ſi dominium tranſlatum fuiſſet in accipientem ex cauſa mutui, vt ille putabat, vtiq; condictione certi ex mutuo teneretur, iuxta Marcelli regulā de qua in *l. ſi filiusf. 14. ſup.* An ergo dabitur hoc caſu cōdictio certi ex mutuo conſumptis nūmis. Et non puto, quia verum eſt mutuū ab initio contractū non eſſe, nec proinde poſſe ex poſtfacto conualeſcere. Tunc. n. conualeſcit cum ab initio fuit mutuū contractum, ſed inutiliter. Cōpetet igitur condictio ſine cauſa, cum non poſſit dicere is qui nummos accepit ex qua cauſa eos habeat, quando neq; donatio ſit neq; mutuum. Et ita benè Azo apud Accurſiū, & meliùs quā Ioannes qui dabat certi cōdictionē generalē, quaſi poſſit illa exerceri nulla ſpeciali cauſa propoſita, quod nos negauimus ad *l. certi cond. 9. ſup.* Quamquam poteſt etiam dari ea condictio de qua in *l. ſi & me & Titium 32. inf.* quæ ex iure gentium datur aduerſus omnes qui non ex iuſta cauſa rem alienam poſſident, de qua in *l. rerum quidem 25. infr. rer. amot.* Nec tamen defendi pōt quod Accurſius notat idem eſſe etiamſi nummi ex eo nec cōſumpti ſint quaſi cum extant, videatur vtriuſq; voluntate cōciliari poſſe donatio *arg. l. & poſt rem iudic. 7. §. 1. & vlt. ſupr. de tranſ.* Nā ſi ex poſtfacto conualeſcit & reconciliatur donatio, vt putat Accurſius, quomodo pōt obſecro competere donatori cōdictio aut vindicatio cum ex iuſta donationis cauſa fecerit rē accipiētis? Non. n. donatio eſt niſi res fiat eius cui donatur, *l. in adsb. 9. §. vlt. infr. De don.* At neq; poteſt recōciliari donatio ex poſteriore illa voluntate, quin vtriuſque voluntatem concurrere eodem tempore neceſſe ſit *d. l. in omnibus reb. 55. De obl. & act. l. vlt. ſupr. Comm. præd.* quod cū accidit, nouus cōtractus eſt, qui traditioni vim præbet vt poſſit transferre dominiū, nec proinde ideò reconciliatur prior cōtractus, ſed fit nouus. Quòd ſi Accurſius ſic intellexit, vt quemadmodum conſumptis nummis, quos donator quaſi donaturus tradidit ſi velit eos cōdicere, doli exceptione repellendus eſt, quòd eius voluntate nummi conſumpti ſint, ita iiſdem extantibus ſi eos donator vindicet, æquè doli exceptio ei nocere debeat quaſi reconciliata donatione per ſuperuenientem eius, qui accepit voluntatem, adhuc tamen repugnabo. Cōſumptio. n. bona fide facta non ſolum prodeſt ad inducendam trāſlationem dominij quod per traditionē aliqua de cauſa transferri non potuit, ſed etiam ad impediendam cōdictionem, eo caſu quo rei extātis vindicatio impediri nō poſſet, vt cernere eſt in fructibus à bonæ fidei poſſeſſore perceptis qui ſi extēt veniunt in reſtitutionē officio iudicis, ſi conſumpti ſint nō veniunt, quod eos bonæ fidei poſſeſſor percipiendo quidē acquirat *l. bona fides 48. De acquir. rer. dom.* non tamen lucretur niſi conſumendo *l. . §. poſt litem* vbi diximus *ſupr. ſi. regūd. & Inſt. de officio iudic.* Licèt in fructibus perceptis à malæ fidei poſſeſſore, aliud ſit, quippe cui conſumptio nullū ius poſſit acquirere propter malam fidē quominùs omnes fructus reſtituere teneatur. Niſi quod pro extātibus tenetur vindicatione, pro cōſumptis verò cōdictione *l. certum eſt 22. C. de rei vind.* Igitur & in propoſita ſpecie dicendum eſt conſumptionem ſicut ei qui quaſi donaturus nummos tradiderat acquirit condictionem, ita & ei qui conſumpſit bona fide & ex voluntate tradētis, acquirere doli exceptionem, ne alioqui occurrat illa iniquitas, vt cogatur reddere id quod nec habeat, nec dolo malo habere deſierit *l. mulier 22. §. ſed enim infr. ad S.C. Treb.* Quod nūmis extantibus non poſſis ſimiliter dicere, cùm accipiētis nullum ſit incommodum ſi extantes nummos reddere cogatur domino vindicanti quos & cōmodè poſſit reddere & alienos eſſe ſciat. Et verò cur de conſumptis ex domini voluntate nūmmis Vlpianus hîc loqueretur, ſi idē iuris eſſet in extantibus? Quod autē Accurſius in argumentum adducit ex *d. l. & poſt rem 7. §. 1. & vlt. ſupr. De tranſ.* ab hac ſpecie quam tractamus omnino alienū eſt, nec ad ſententiam ipſius confirmādam vllomodo pertinet. Nec obſtat quòd is qui quaſi donaturus tradidit animum repetendi non habuerit. Non enim ea res impedit vindicatiō-

nem quoties error in cauſa traditionis impediuit translationẽ dominij, ſicuti nec impedit cõdictionem indebiti aut aliã quamlibet, quæ nec daretur, ſi quis ſciens indebitum animo repetendi ſoluiſſet. *l.quod quis ſciens* 50. *inf. de condic. indeb.* Minùs me mouet quod pro tuenda Accurſij ſententia adducit Bart. ex *l. ſi tibi dederim* 25. *infr. de donat.* Ibi enim donator, & donatarius conſenſerant in cauſa transferendi dominij, vt ſcilicet haberet rem donatarius ex donatione. Et in eo tantùm error erat, quod donatarius putabat tradentẽ eſſe donatorem & ab eo cauſam ſe habere, cùm tamen is qui tradiderat tanquã nudus miniſter electus eſſet, vt donatoris nomine rem donatario traderet, cui tamen nomine ſuo tradiderat. Ideóq; facilius eſt vt in ea ſpecie quã in hac detur exceptio doli contra donatorem donatam rem vindicantem à donatario, habente rem ex donatione & ex donatoris voluntate.

1 ¶ Si ego quaſi deponens tibi dedero, tu quaſi mutuum accipias: nec depoſitum, nec mutuum eſt. Idẽ eſt, & ſi tu quaſi mutuam pecuniam dederis, ego quaſi commodatam oſtentandi gratia accepi. ſed in vtroque caſu, conſumptis nummis, condictioni ſine doli exceptione locus erit.

*Ad §. 1. Si ego.*

Mallem legere vt vulgo, *Nam & ſi ego*, vt ſit hæc confirmatio prioris ſententiæ nec nouum §. conſtituat. Nã & cętera quæ in hac lege ſequuntur, oſtendunt eandem hîc tractati quæſtionem, De condictione danda conſumptis nummis, & an cum exceptione doli, an ſine exceptione? Proponuntur antẽ hîc duo caſus ſimiles ſuperiori in eo quod quẽadmodum ſi ego quaſi donaturus tibi pecuniam tradiderim, tu quaſi mutuam & creditam accipias, neque donatio neque mutuum eſt. Ita ſi quaſi deponens, aut quaſi commodans tibi dicis cauſa pecuniã vt in *l. 3. §. vlt. infr. commod.* eam tibi tradidero, tu verò quaſi mutuam acceperis neq; depoſitum aut commodatum neque mutuum eſt. Ob eandem nimirum rationem, quia diſſentimus in cauſa traditionis. Sunt tamen ſuperiori diſſimiles in eo quod ex mea parte ſiue quaſi deponens ſiue quaſi commodãs tradam tibi pecuniam, quam tu quaſi mutuam accipias, non id ago vt dominium vllum in te transferam, quod ex neutra harum cauſarum depoſiti vel commodati transferri poteſt, ideóque nec Iulianus diceret nummos fieri hoc caſu accipientis, vt ſuprà diſputauimus. Minor igitur ratio dubitandi eſt ad hanc partem legis, & apertior ratio decidendi, quoniam in hoc caſu diſſentimus non tantùm in cauſa tradendi & transferendi per traditionem, ſed etiam in translatione ipſa. Nolo enim transferre, Tu translatum putas.

a *Sed vtroque caſu conſumptis nummis.* RAT. DVB. Vtroque iſto caſu verum eſt nummos meos ad te ex voluntate mea perueniſſe. Ergo vtroque caſu ſicuti verum eſt conſumptis nummis locum eſſe condictioni: ita dicendum eſt exceptioni doli aduerſus condictionem locum eſſe debere.

DEC. Non potes videri conſumpſiſſe his caſibus nummos meos ſecundùm meam voluntatem, cùm eos tibi tradiderim ex cauſa depoſiti vel commodati, ac proinde vt eos tandem mihi redderes, eadémque corpora nummorum, non autem vt cõſumeres. Ceſſat igitur his caſibus ratio, quæ in ſuperiore parit doli exceptionẽ. Nec poteſt videri quicquam facere dolo malo is qui depoſitum vel commodatum repoſcit, ſed is demum qui denegat. *l. ſi quis inficiatus* 13. *in princip. & §. 1. infr. depoſit.* Et quamuis tu ab initio nihil dolo malo feceris, cùm nummos meos quaſi mutuos accepiſti, nunc tamen facis cùm mihi repoſcenti non vis reddere quamuis conſumptos, cùm poſſis ſi non eadem ipſa corpora nummorum quæ depoſui vel commodaui, ſaltem tantundem reddere, quemadmodum ſi mutui cauſa dediſſem *leg. 2. §. circa infr. de doli mali except.*

19. IVLIANVS libro 10. Digeſtorum.

NOn omnis numeratio eum, qui accepit, obligat: ſed quotiens idipſum agitur, vt confeſtim obligaretur. Nam & is, qui mortis cauſa pecuniam donat, [a] numerat quidem pecuniam: ſed non aliter obligauit accipientem, quàm ſi exſtitiſſet caſus, in quem obligatio collata fuiſſet: veluti ſi donator conualuiſſet, aut is, qui accipiebat, prior deceſſiſſet. Et cùm pecunia daretur, vt aliquid fieret: [b] quandiu in pendenti eſſet, an id futurum eſſet, ceſſabit obligatio: cùm verò certum eſſe cœpiſſet, futurum id non eſſe, obligabitur, qui accepiſſet, veluti ſi Titio decem dedero, vt Stichum intra Kalendas manumitteret: ante Kalendas nullam actionem habeo: poſt Kalendas ita demum agere potero, ſi manumiſſus non fuerit [c].

*Ad l. Non omnis 19.*

RAT. DVB. Obligatio mutui eſt ex earum numero quæ re cõtrahuntur id eſt traditione & numeratione *l. 1. §. 1. inf. de oblig. & act. §. 1. Inſt. quib. mod. rei cõtr. oblig.* Ergo ſtatim atq; numerata eſt pecunia mutui cõtrahendi gratia, dicendũ eſt cõfeſtim, & ab ipſo inſtãti factæ numerationis naſci obligationẽ mutui & ex obligatione condictionẽ. DEC. Philoſophorũ axioma eſt, actus non operari vltra intentionẽ agẽtium. Ergo quamuis in contractibus qui re perficiuntur, non aliter poſſit naſci obligatio quàm ſi rei traditio interueniat, aut numeratio quoties agitur

agitur de pecunia numerata, non tamen ideò ſtatim conſequens eſt, vt interueniente traditione ac numeratione confeſtim naſcatur obligatio, niſi etiam illud concurrat, vt inter contrahentes idipſum agatur, vt confeſtim qui accepit obligetur. Agi tamen intelligitur non id tantùm, quod expreſsè dictum eſt, ſed etiam id quod tacitè actum fuit. Plerunque enim accidit vt extra id quod expreſsè agitur, tacita obligatio naſcatur, inquit Pomponius *in l. is qui 13. in fin infr. Commod. l ſemper in ſtipulationibus 34. de reg iur l. pen. infr. de euict.*

a *Nam & is, qui mortis cauſa pecuniam donat.* Argumentum eſt à ſimili eandem proinde admittens rationem dubitandi, & decidendi. Nam & donatio cauſa mortis fit vt plurimùm per traditionem, ſicut & donatio inter viuos, licèt vtraque fiat interdum etiam per ſtipulationem *l. ſed interim 11. de donat. int. vir. & vxor. iunct. l. Papinianus 23. l. cùm hic ſtatus 32. § ſint autem res fuit & l. ſeq. eod.* Differentia tamen illa eſt inter donationem cauſa mortis, & mutuum, quòd ex mutuo ſimpliciter facto ſi aliud nihil dictum ſit, ſtatim transfertur dominium, adeò vt nec conuentione expreſſa fieri poſſit vt mutuum priùs contractum intelligatur quàm dominium tranſlatum ſit. At donatio cauſa mortis tum quoque cùm per traditionem facta eſt, non tamen transfert dominium ſtatim, ſed tum demùm cùm mors fuerit inſecuta donatoris *d. l. ſed interim.* Vnde eſt quod dicimus non videri perfectam donationem cauſa mortis antequam mors inſequatur *l. ea videtur 32. inf. de mort cauſ. don.* ob eámque cauſam donationes cauſa mortis æquiparari legatis *l Marcellus 15. l. illud 37. eo. tit. l. 2 ſup de Public. in rem act* Quanquam autem poteſt ita fieri donatio cauſa mortis, vt dominium ſtatim transferatur in donatarium *d. l. ſed interim §. 1.* non tamen ita poteſt vt nullo caſu reuocetur, alioqui magis donandi cauſa mors eſt, quàm mortis cauſa donatio *l. vbi ita donatur 27. de mort. cauſ donat.* Et ideo quiſquis donatarius eſt mortis cauſa, hoc ipſo obligatur, vt aliquo caſu id quod donatum eſt reſtituat donatori, ſed non tamen ſtatim, at in eum demum caſum, & in id tempus quo reuocata ſit donatio, ſiue per pœnitentiam donatoris, ſiue quòd extiterit condicio ſub qua reddi conuenerit id quod donatum fuit *l. ſi alienam 13. §. 1. l. Seia 42. & paſſ. eo. tit.* Variæ enim ſunt condiciones ſub quibus non tam fieri quàm reſolui ſolent donationes mortis cauſa, puta ſi donator conualuerit, aut is qui donationem accipit, prior deceſſerit. Quæ duæ ponuntur in hac lege, & apud *Iuſtin § 1. de donat.* addita tertia, ſi donatorem pœniteat donationis: quia conditio tacitè ineſt omnibus mortis cauſa donationibus, vt per pœnitentiam reuocari poſſint exemplo alterius vltimæ voluntatis cuiuſlibet *l. 4. inf de admen. legat.*

b *Et cùm pecunia daretur, vt aliquid fieret.* RATIO. Dominium transfertur per traditionem *l. traditio 20. infr. de acquir rer. domin l. traditionibus 20. C. de pact.* Ergo aut ipſo traditionis tempore, aut nunquam, nec proinde poteſt eſſe in pendenti tranſlatio dominij, nec per conſequens obligatio quæ naſcitur ex illa tranſlatione. HAC Etiam effectus traditionis, id eſt, dominij tranſlatio poteſt eſſe in pendenti, nempe ſi traditioni aliqua condicio inſerta ſit *l. omnia 6. & ſeq ſupr. hoc tit.* vbi diximus. In propoſito autem cum pecunia datur vt aliquid fiat, licèt ea res non faciat traditionem condicionalem nec dominij tranſlationem in ſuſpenſo teneat, facit tamen vt is qui pecuniam ad id faciendum accepit, hoc ipſo ſe obligauerit ad reſtituendam pecuniam ſub condicione ſi non faceret id quod faciendum recepit. Ergo quandiu in pendẽti eſt an id futurum ſit, in pendenti quoque obligationem eſſe neceſſe eſt, & vt hæc lex loquitur, ceſſare, id eſt, nõdum nataṁ eſſe. Cur enim habeamus iam pro non facto abſolutè id quod tametſi nondum factum ſit, fieri tamen adhuc poteſt? *l. quod Seruius 8 inf de condit. cauſ. dat.* At cùm certum eſſe cœperit futurum id nunquam eſſe, tum demum obligabitur is qui accepit vt eam pecuniam reſtituat, veluti, inquit Iulianus, ſi Titio decem dedero vt Stichum intra Calendas proximas manumittat. Nullam enim actionem ante Calendas habeo: at poſt Calendas agere potero & agam rectè ſi Stichus manumiſſus non fuerit. Hinc capta occaſione quærit Accurſius, ſi decem tibi dederim vt domum faceres intra proximas Cal. Iulias, & tantum tempus præterierit, vt certum ſit intra reſiduum tẽpus fieri domum ampliùs non poſſe, an ſtatim agere poſſim ad id quod mea intereſt? nec tamen concludit quid ſentiendum putet, vt neq; Bartolus. Dicendum eſt multũ referre an obligationi faciendi adiectus ſit dies certus necne, ſi adiectus ſit non priùs agi poſſe quàm dies venerit, licèt certum eſſe cœperit intra diem præſtitutum fieri opus amplius non poſſe, quia nec prius ſtipulatio committitur, cùm tota obligatio in diem collata ſit, nec ſtipulationis ſtatus cuius dies certus in exordio fuit, ex poſtfacto mutetur, vt ſubtiliter ratiocinatur Papinianus in *l. inſulam 124. infr. de verb. oblig. iunct. l. ſtipulationes non diuiduntur 72. § ſi quis ita eod. tit & l. vero procuratori 12 § pen de ſolut* In eóque Sabinus & Proculus conſenſerunt *l in illa ſtipulatione 8. de verb oblig.* quamuis de eo dubitaſſe videatur Proculus in *l cum ſtipulatus ſim 115. in fine primi reſponſi de eod. tit.* ſcilicet, cùm agitur ad pœnam promiſſam quaſi iam commiſſam, vt ibi, non autẽ ad id quod intereſt, quia nec ſciri poteſt quantum intersit opus factum non eſſe intra præſtitutum diem antequàm dies venerit, & præterierit *d. l. in illa* ſemperq; facilius eſt vt committatur ſtipulatio quantum ad pœnã, quàm quantum ad id quod intereſt *l. ſtipulatio iſta 38 § alter l. & ideo 44. eod. tit.* quamuis in ſtipulationibus dandi nec pœna ante diem committatur *l ſi eum 10. §. 1. ſupr ſi quis cantion.* Sed ſi dies adiectus non ſit, dubitationi locus nullus relinquitur, quin agi poſſit, ſiue ad pœnam ſiue ad id quod intereſt, ſtatim atq; tẽpus præterierit, intra quod potuit fieri inſula, nec facta eſt. Sed de illo tantum quæri poteſt, & quæſitum fuit inter veteres Iureconſultos, an expectandum ſit vt tantum temporis præterierit quanto inſula ædificari potuerit, quod Proculiani ſenſiſſe videntur, in quorum numero Celſus fuit, cuius ſententiam Pomponius refert & probat in *l. ſi ita ſtipulatus eſſem abs te 14. cum l. ſeq. infr de verb. oblig.* An verò ſufficiat vt inchoandæ inſulæ mora facta ſit nec aliud quicquam expectari oporteat, quod Sabiniani magis probarunt inter quos Vlpianus in *d l ſtipulationes non diuiduntur 72. § vlt. eo. tit. Paulus in l ſi inſulam 84* Papinianus *in l. ita ſtipulatus 113. §. vlt.* vbi diſſenſionis huius veſtigia quædam præbet & Venuleius in *l. continuus 137. §. item qui inſulam eod. tit. l. inſulam 58. § 1. infra locat.* Ex quibus omnibus locis apparet arbitrio boni viri ſtatuendum eſſe intra quod tempus fieri inſula debeat *dict. §. 1. & § item qui inſulam,* & ideo ſtatim atque mora probabitur facta eſt inchoandæ inſulæ

vt in *dict. §. item qui inſulam*, agi poſſe ex ſtipulatione, ſed tamen liberari poſſe, ſi quandoque inſulam faciat etiam poſt elapſum tempus totum intra quod fieri potuit *d. §. item qui inſulam*, niſi ex commiſſa ſtipulatione iam fuerit lis conteſtata *d. leg. ſi inſulam* 84. Atque ita bene ante nos clariſſimi Iureconſulti Iacobus Cuiacius & Dionyſius Gothofredus *ad d. leg. ſi ita ſtipulatus eſſem* 14. *de verborum obligation.* Ad hanc verò Proculianorum & Sabinianorum diſſenſionem hæc lex nil pertinet, in qua tractatur de obligatione in diem certum concepta. Et ideò quamuis Iulianus primùm ſcribat, *Cùm verò certum eſſe cœpiſſet futurum id non eſſe, obligabitur*, concludit tamen *poſt Calendas demùm agere potero ſi manumiſſus non fuerit*. In quo, vt iam dixi, prudentes omnes veteres conſenſerunt.

c *Si manumiſſus non fuerit.* RAT. DVBIT. Cùm quis pecuniam accepit vt ſeruum ſuum intra certum tempus manumittat, ſi ceſſet in manumittendo, facit hoc ipſo vt ſeruus liber ſit ipſo iure & ſola poteſtate conſtitutionis diuorum Marci & Commodi ad Aufidium Victorinum *leg. 1. C. ſi mancip. ita fuer. alien.* Ergo ei qui pecuniam dedit vt ſeruus manumitteretur, actio nulla competere poteſt ob id quod ſeruus manumiſſus non fuerit, quaſi rupta fide ſuſcepta neque ad condicendum id quod datum eſt, neque ad petendum id quod ex ea cauſa intereſſe poteſt, cùm ſeruo libertatem nacto nihil poſſit intereſſe nec ſerui nec eius qui pecuniam dedit *leg. penul. & vltim. eod. titul.* DEC. Hæc lex Iuliani eſt cuius temporibus nondum ius illud obtinebat, quod Marcus & Commodus poſteà introduxerunt. Vixit enim Iulianus ſub Hadriano, cuius etiam iuſſu perpetuum Prætoris edictum compoſuit, Hadriano autem poſteriores in imperio Marcus & Commodus fuerunt. Hoc verò Accurſius noſter non intelligens, quia iuris noſtri hiſtoriam ignorauit, ſic locos iſtos conciliat, vt in huius legis ſpecie contrahentes ſenſerint de actu ipſo manumittendi. In aliis autem de effectu. Quaſi verò contrahentes qui de actu aliquo loquuntur, non etiam de effectu ipſo intelligant. Vbinam verò gentium magis quàm in contractibus locum habere debet, quod dici ſolet. Verba cum effectu eſſe accipienda. Aut quid intereſt contrahentium aliquid factum non eſſe ſecundùm verba contractus, dummodò idem ſequatur effectus? *leg. vltim. §. 1. infr. Mandati.* Sed neque verum eſt ſi ſubtilius reſpicias quod Accurſius ſupponit pro vero, nullum actum manumiſſionis in danda huiuſmodi libertate interuenire. Nam imò interuenit ſed per fictionem & repræſentationem legis, vt loquitur *d. lex vltim. Cod. ſi mancip. ita fuer. alien.* Nec enim conſtitutio diuorum Marci & Commodi dat huic ſeruo libertatem tanquam non manumiſſo, ſed tanquã manumiſſo, ſupplente ſcilicet lege factum hominis, quod facilius ei eſt, quàm vt ſine manumiſſione tribuat alicui libertatẽ.

¶ 1 Si pupillus ſine tutoris auctoritate crediderit: aut ſoluendi cauſa dederit: conſumpta pecunia, condictionem habet, vel liberatur: non alia ratione, quàm quòd facto eius intelligitur ad eum, qui acceperit, perueniſſe. quapropter ſi eandem pecuniam [a] is, qui in creditum, vel in ſolutum acceperat, alij porrò in creditum, vel in ſolutum dederit: conſumpta ea, & ipſe pupillo obligatur, vel eum à ſe liberabit, & eum, cui dederit, obligatum habebit, vel ſe ab eo liberabit. nam omnino qui alienam pecuniam credendi cauſa dat, conſumpta ea, habet obligatum eum qui acceperit. item qui in ſolutum dederit, liberabitur ab eo, qui acceperit.

*Ad §. 1. Si pupillus.*

RAT. DVB. Pupillus pecuniam ſuam tradendo, & ſiue in cauſam mutui, ſiue in ſolutum dando, ſine tutoris ſui authoritate, non transfert dominium in accipientem, quia nihil ex bonis ſuis alienare ſine tutore poteſt *l. quòd ſi fortè 14. §. vltim. & l. ſequ. infr. de ſolut. §. nunc admonendi Inſtit. quib. alien. licet vel non.* Ergo neque condictionem certi ex mutuo acquirere ſibi priore caſu poteſt, neque ſolutio liberationem. Nam & condictio & liberatio ſupponit translationem dominij & quidem irreuocabilem *l. 2. §. appellata l. ſi filiusfamilias 14. ſupr. hoc tit. l. in perpetuum 61. infr. de ſolut.* Eſt autem ſpecialior dubitandi ratio in pupillo, quia tum quoque cùm ſoluit id quod non ſolùm naturaliter, ſed etiam ciuiliter debuit, puta tutore authore ſi tamen ſoluat ſine authoritate tutoris repetit, quoniam perſona locum facit repetitioni *l. interdum 29. infr. de condict. indeb. l. obligari 9. infr. de author. tutor.* Nunquam autem liberatio contingit quoties competit repetitio ſiue per viam vindicationis competat, ſiue per viam condictionis *d. l. in perpetuum, iunct. l. cùm quis 38. §. 1. & §. qui hominem de ſolut. d. l. interdum, iunct. l. ſi non ſortem 26. § ſi centum & l. Neratius 63. de condict. indeb.* Nec admitti poteſt quod Accurſ. reſpõdet & poſt eũ Bart. iis locis tractari de pupillo qui fuerit debitor naturaliter tantũ nõ etiã ciuiliter, quaſi facilius danda ſit pupillo ſoluti repetitio ſi naturaliter duntaxat fuerit debitũ, quàm ſi & naturaliter & ciuiliter: nihil enim planè refert quoties quæritur, an perſona locum faciat repetitioni *d. l. interdum*, vbi indiſtinctè hoc ipſum traditur, quamuis aliàs ſoleat multùm intereſſe vt *in l. ſi is cui 94. §. vlt. infr. de ſolut.* E contrario autem cùm perſona non facit locum repetitioni, hoc eſt, cùm pupillus tutore authore ſoluit quod ipſe debuit, ſufficit naturaliter debitũ fuiſſe à pupillo, vt non poſſit habere repetitionem *l. naturaliter 13. §. vlt. & l. ſeq. de condict. indeb. l. cùm illud 25. §. heres meus infr. Quand. dies legat. ced.* Multo minus defendi poteſt quod addit Accurſius, In ſupradictis legibus quæ pupillo dant repetitionem, liberari tamen pupillum ſi id maluerit. Liberatio enim iuris eſt non facti, quamuis ſolutio facti ſit nõ iuris *l. Stichum aut Pamphilũ 95. § naturalis. De ſolut. l. 1. C. de probat. l. conſilio 7. § vlt. inf. de curat. furioſ.* Iuris autẽ poteſtas & authoritas nõ eſt in arbitrio pupilli, adeòq; nec ius

necius dicentis *l. ordine 15. inf. ad municip.* ſicuti nec in poteſtate pupilli eſt, vt pecuniæ ſuæ dominium in alium transferat: quod ipſi lex interdicit. Legis enim poteſtas illa potiſſimum eſt, non voluntas hominis, quæ dominium transfert, aut quæ, retento dominio, alienandi viam obſtruit, vt loquuntur Impp. *in l. ſiquidem 11. iunct. l. prædia 8 Cod. de præd. minor. l. vltim. Cod. de rebus alien. non alienand.* Et quod hîc ſcribitur, pupillum, conſumpta pecunia, vel condictionem habere vel liberari, non ad eundem caſum referendum eſt, ſed ita accipiendum, vt ſi crediderit, condictionem habeat, ſi verò in ſolutum dederit, liberetur: vt explicat finis huius §. Denique quod Martinus ſuo more diſtinguebat, vt hæc lex procedat de æquitate, illa de rigore, ridiculum eſt, cum non minus æquitas, quam rigor iuris faciat pro pupillo, ne dominium rei ſuæ transferre in alium ſine tutoris authoritate poſſit, cum per naturam ipſam fiat, ne ſibi proſpicere per rerum naturam valeat, vnde eſt, quod neque promittendo ſine tutoris authoritate, neque mutuam pecuniam accipiēdo, ſe obligat iure naturali *l. quod pupillus 41. De condictione indeb. l. penultim. infra De oblig. & act.*

Dec. Numeratio quidem à pupillo facta ex quacunque cauſa ſine tutoris authoritate, dominium pecuniæ pupillaris transferre nullo modo poteſt, ideoque vindicatio nummorum pupillo competit, quandiu extant *d. l. interdum & d. § nunc admonendi.* Sed conſumptio ſecuta aufert dominium pupillo, quod numeratio ei auferre non potuit. Et idcirco fatendum eſt, conſumptæ pecuniæ condictionem competere, cuius extantis vindicatio competere potuiſſet, vt ſupradictis locis ſcriptum eſt, & in *l. ſi à furi-ſo 12. & ſeq. ſup. hoc titul. l. pater filiæ nomine 81. inf. de iur. dot. d. l. ſi is cui 94. verſ. ſin autem communes de ſolut.* Porro quo caſu daretur condictio, ſi dominium nummorum tranſlatum fuiſſet in accipientem, dabitur vindicatio, ſi adhuc extent. Iiſdem conſumptis dabitur cōdictio, ſi pupillus pecuniam crediderit: quod ſi in ſolutum dederit, liberabitur vtrumque eâdem & communi ratione, quia verum eſt eius facto pecuniam ad eum qui accepit, perueniſſe, vt hîc Iulianus ſcribit. Addi poteſt alia ratio, propter quam liberari debeat pupillus, qui pecuniam in ſolutum dedit, quia locupletior factus intelligitur pupillus, qui à creditore liberatur *l. ſi pupilli debitor 66. eod. tit.* Sed hæc ratio in debito ciuili tantùm haberet locum, non in eo, quod pupillus naturaliter dumtaxat debuiſſet *d. l. ſi is cui §. vlt.* Iam autem diximus, in vtroque debito, & quod naturali tantum, & quod etiam ciuili iure debeatur, hanc Iuliani ſententiam locum habere. Illa tamen ſemper manet dubitatio, qua ratione fieri poſſit, vt contingat liberatio ex ſolutione per pupillum facta, cùm perſona, vt diximus, locū faciat repetitioni *d. l. interdum d. l. in perpetuum.* Niſi quis dicat fieri hoc non tam iure quam occaſione, vt loquitur *l. 2. inf. de riuis*, id eſt, ex euentu, & eo demum caſu, quo certum ſit pecuniam penes eum qui accepit, remāſuram, vt in *l. qui res 98. in fin. prin. ipſ. & §. rem autem caſtrenſis peculij eod. tit. de ſolut.* Cur enim repeteret pupillus aut eius tutor pecuniā illam, quam vbi repetierit, iterum ſoluere cogi per Prætorē poſſit? An non ipſius intereſt potius, vt eam pecuniam relinquat creditori, ac eius periculo, ac ſi à maiore fuiſſet credita § *item is cui l. ſtit. quib. modis re contrah. oblig.* & ita liberetur, itaque locupletior? *d. l. ſi pupilli.*

Quemadmodum è contrario ſtultus eſſet pupillus, qui pecuniam naturaliter tantum debitam & ſine tutoris authoritate ſolutam nollet repetere, cuius nomine conueniri poſtea non poſſet, niſi conſcientiæ magis quam vtilitatis ſuæ rationibus vrgeretur, vt naturalem obligationem, bonamque fidem agnoſcere mallet, forte ſi ex ea pecunia locupletiorem ſe factum eſſe ſciret, quanquam hoc caſu conueniri etiam poſſet, tanquam ciuiliter quoque obligatus ex reſcripto D. Pij *l. 3. § pupillis ſane l. ſi pupilli 6. § l. Neſennius 34 ſup. de neg. ge.* Sed poteſt fieri tamē, vt pupillus etiā naturaliter tantū obligatus, nec factus locupletior, naturalem obligationem nihilominus velit agnoſcere, nec vnquam repetere, vt in *d. l. cum illud 25. § heres meus infr. quand. dies legat. ced. l. ſi pupillus 21. ad leg. Fal. id l. ſi cum pupillo 4. ad Senatuſconſultum Trebellian. uml. Stichum aut Pamphilum 95. §. aliquando inf. de ſolut.* Nam etſi pupillus poſtquam ſoluit ſine tutoris authoritate quod debuit, ſiue naturaliter tātum, ſiue etiam ciuiliter debuerit, certum eſt heredem eius non repetiturum, atque ita pecuniam omnimodo penes creditorem manſuram, quia ſicuti perſona pupilli illa eſt, quæ locum facit repetitioni *d. l. interdum* ita & eadem perſona pupilli ea eſt, cui repetitio dari debet, & quæ præcipuum fauorem meretur, non cauſa, vt loquitur Papinianus in *l. ex pluribus 42. inf. de admin. tutor.* nec proinde perſona heredis. Quidni ergo dicamus hoc caſu liberatum eſſe omnimodo pupillum ſolutione pecuniæ quocunque iure debitæ, ſi pecunia ſit conſumpta, cum certum eſſe incipiat nullo caſu poſſe illam à creditore auocari? Ex regula *d. l. in perpetuum, iunct. l. præced. & d. l. qui res 98. l. ſi rem meam 23. de ſolut.* Quid item ſi is qui pecuniam à pupillo accepit ſibi debitam & conſumpſit, tam egenus ſit, vt non habeat, quod reddat, & inanis futura ſit condictio contra eum danda *l. nam is 6. ſup. de dolo. l. itaque 13. § 1. de furt.* annon certum eſt hoc caſu pecuniam penes eum manſuram? Cur non ergo acquiretur pupillo ſaltem liberatio? Plane, ſi extaret pecunia, vindicari vtique poſſet etiam per heredem, quippe qui non minus eſſet dominus pecuniæ, quàm fuiſſet pupillus. Ideoque nec liberatio vlla hoc caſu competeret, quia naturalis obligatio impedit quidem cōdictionem ſoluti, ſed non vindicationem: nimirum quoniam nec ſoluta intelligitur pecunia, cuius dominium tranſlatum non fuit in accipientem, ſaltem quandiu remanet penes ſoluētem *l. ſi quis aliam 46. l. is qui alienum 60. & paſſ. eod. tit. de ſolut.* Ex quo intelligimus, quam verum ſit, quod nos contra interpretes diſputamus, non eſſe in hac ſpecie diſtinguēdum, an quod pupillus debuit naturaliter tantum fuerit debitum, an etiam ciuiliter, ſed illud tantum inſpici oportere, An pecunia ſoluta penes creditorem perpetuo manſura ſit, an verò repeti adhuc poſſit, vt quandiu repeti poteſt ſiue per vindicationem ſiue per condictionem non contingat in plenum liberatio, ſed in pendenti ſit, pendeat autem ex futuro euentu. Vbi verò certum eſt remanere pecuniam penes creditorem, tum demum contingat plena liberatio, ſiue per pupilli voluntatem tutore auth re declaratam id accidat ſiue per ipſius pupilli mortem, quæ contigerit ante repetitionem. Quid ergo ſi pecunia quam pupillus ſoluit ſine tutore cōſumpta quidem non ſit, ſed vſucapta ſit? Nō eſſet dubitandum, quin contingeret liberatio per vſucapionem non minus quam per conſumptionē; cum in hanc rē tantum faciat vſucapio, quantum

conſumptiò *d.l is qui alienum iunct.l.qui alienam 33.de mort.cauſ. donat.* vbi dicitur eum qui alienam rem vſucepit,non ab eo videri cepiſſe cuius res fuit, ſed ab eo qui rem tradendo, occaſionem vſucapionis præſtitit. Sed tamen obſeruandum eſt longè aliam eſſe hac parte rationem vſucapionis, aliam cõſumptionis. Vſucapio enim non poteſt procedere ſine titulo, nec magis vſucapio pro ſoluto quàm ex aliis cauſis *l. Celſus 27.l.penult.pen.de vſucap. l. Pro ſoluto.* Atqui titulus nullus eſt cùm pupillus ſine tutoris authoritate contraxit ſiue crediderit ſiue in ſolutum dederit *d. leg.obligari 9.de author.tutor.* Nihil ergo eſt quod de vſucapione tractari hoc caſu poſſit. At conſumptio titulum nullum exigit, ſed tantùm bonam fidem *l.rogaſti.11.§.vlt.ſup.hoc tit.* Non poteſt autem non bona fide conſumpta eſſe pecunia quæ fuit verè debita ei qui conſumpſit, quique eam accipiendo ſuum recepit, licèt à pupillo ipſo ſine tutoris authoritate acceperit *arg. leg. repetitio 44.infr. de condict. indeb.* Quamuis repetionem habere pupillus poſſit. Habet enim condictionem non tanquam indebiti ſoluti, ſed tanquam malè ſoluti propter perſonam quæ locum facit repetitioni *d. l. interdum* Nec de condictione indebiti lex illa intelligi poteſt qua parte dat nummorum conſumptorũ condictionem, quandoquidem per condictionem indebiti numquam repetitur tantundem, ſed idem ipſum quod ſolutum fuit, quæ dubitandi ratio eſt ad *leg.ſi pœna 19.§.ſi falſo & §.vlt.infr.eod.ill.tit.* In quo differt maximè condictio illa à condictione certi ex mutuo *l.2.§.mutui datio l.3.ſupr.* Licèt ei qui indebitum accepit perinde condici poſſit ſi appareat eum dare oportere, acſi mutuum accepiſſet, inquit Iuſtin. *in §.1.Inſtit.quib.mod.re contr.oblig.* & quaſi ex mutui datione, vt Caius loquitur in *l ſi quis abſentis 5. §.is quoque qui non debitum de oblig.& action.* quod certè ad nomen & ſubſtantiam condictionis magis quàm ad qualitatem actionis referendum eſt.

a *Quapropter ſi eandem pecuniam,* RAT.DVA. Cùm is qui pecuniam à pupillo ſine tutoris authoritate creditam vel ſolutam accepit, eámque poſtmodum alij ſiue credidit ſiue in ſolutum dedit, quæ deinde conſumpta ſit, verum eſt conſumptam eſſe pecuniam poſt ſecundum creditum & ſecundam ſolutionem. Ergo conſumptio ſecundum mutuum duntaxat conciliare poteſt, non primum: Et ſecundam ſolutionem, non primam. DAC. Non poteſt conciliari ſecundum mutuum per conſumptionem, quin in antecedens neceſſarium concilietur prius. Nec poſterior ſolutio quin concilietur prior, quoniam eadem pecunia eſt quæ bis fuit credita vel in ſolutum data, Nec poteſt videri is qui ſecundo loco credidit, vel in ſolutum dedit pecuniam ſuam crediſſe aut ſoluiſſe quin perinde habeatur, acſi ipſe conſumpſiſſet. Cùm verò eadem pecunia bis conſumi non poſſit, conſequens eſt, vt vna eadémque conſumptio tantùm prodeſſe debeat ad conciliationem duplicis mutui duplicíſque ſolutionis quantum faceret duplex ſi poſſibilis eſſet conſumptio. Et certè vix eſt vt non videatur is ipſe conſumpſiſſe pecuniam pupillarem, qui eam acceptam alij mutuam dedit vel ſoluit, à quo poſteà ſit conſumpta. Occaſionem enim conſumptionis ſaltem præbuit, vt de eo qui vſucapionis occaſionem præbet, ſcriptum eſt *in d.l.qui alienam 33.infr. de mort. cauſ donat.* Sed & ratio illa facit vt vtrunq; mutuum & vtraq; ſolutio per ſubſecutam conſumptionem concilietur, quòd & facto pupilli pecunia ipſius peruenit ad primum debitorem ex cauſa mutui vel ad priorem creditorem ex cauſa ſoluti. Et facto eiuſdem primi debitoris vel creditoris eadem pecunia peruenit ad ſecundum. Eadem igitur ratio facit in vtriuſq; perſona, vt ſi is qui pecuniam pupillaté in creditum vel in ſolutũ accepit, alij poſtea in creditum pariter vel in ſolutum eandem pecuniam dederit, conſumpta ea, & ipſe obligetur pupillo vel eum à ſe liberet, & eum cui dederit obligatum habeat, vel ſe ab eo liberet. Ac ſanè locupletaretur hic ſecundus ex aliena iactura, ſi hanc pecuniã tradẽdo ipſe alium ſibi obligaret, aut ab aliu ſe liberaret, neque tamen pupillo contra eum aut condictio aut liberatio acquireretur. Conſequens ergo eſt quod in fine huius legis concludit Iulianus, Omninò id eſt generaliter ita eſſe, vt qui alienam pecuniã credendi cauſa dat, obligatũ habeat eũ qui accepit. Itẽ vt qui in ſolutum dedit liberetur ab eo qui accepit.

20. IDEM libro 18. Digeſtorum.

SI tibi pecuniam donaſſem, vt tu mihi eandem crederes: an credita fieret? dixi, in huiuſmodi propoſitionibus non propriis verbis nos vti. nam talem contractum neque donationem eſſe, neque pecuniam creditam donationem non eſſe: quia non ea mente pecunia daretur, vt omni modo penes accipientem maneret. creditam non eſſe: quia exſoluendi cauſa magis daretur, quàm alterius obligandi. Igitur ſi is, qui pecuniam hac condicione accepit, vt mihi in creditum daret, acceptam dederit: non fore creditam: magis enim meum accepiſſe intelligi debeo. Sed hæc intelligenda ſunt propter ſubtilitatem verborum, benignius tamen eſt, vtramque valere.

*Ad l. ſi tibi pecuniam 20.*

RAT. DVB. Contractus omnes ex voluntate contrahentium nomen & ſubſtantiam accipiunt quotieſcunque in arbitrio & poteſtate ſunt eorum qui contrahunt. Sunt enim ab initio voluntatis, *vulg.l. ſicut 5.C.de oblig.& act.* nec præſumendi ſunt contrahentes aliud voluiſſe quàm quod dixerunt *l.Labeo 7.§.1.de ſupellect. legat.* neq; rurſum admittenda eſt voluntatis quæſtio, cùm in verbis ambiguitas nulla eſt *l. ille aut ille 25. §. 1.de legat.3.* Si ergo tibi pecuniam donauerim, vt eam poſteà mihi credas, quid impedit quominùs duo ſint contractus, quorum prior ſit verè donatio, poſterior autem verè mutuum? Nã cùm in alia re qualibet, tum maximè in nummis rebúſq; cæteris quæ functioné recipiũt in ſuo genere, id obtinet vt eadẽ pecunia ſæpiùs data & reddita diuerſarum ſummarum vice fungatur *l.ſi quis duos 67.infr. de ſolut.* Fatendum igitur eſt, ea lege numerata Titio pecunia donationis cauſa, vt ſtatim donatori mutuò detur: dicendũ eſt non impediri tranſlationem dominij, ac propterea iiſdem nummis donatori creditis, nouum dominium in iis acquiri.

acquiri. Atque ita diſertis verbis reſpondet Papinianus in *l. qui id quod* 33. §. 1. *infr. de donat.* tam apertè vt fruſtra quis in conciliandis duobus his locis laboraturus ſit. DIC. Donatio non eſt, niſi quæ fit ea mente, vt omnimodo penes accipientem res donata remaneat *l. 1. infra de donat.* In quo maxime differt donatio inter viuos, de qua hic loquimur, à donatione cauſa mortis *l. vbi ita donatur* 27. *infra De mort. cauſ. donat.* Nec ruſſus mutuum eſt, niſi quod fit animo obligandi eum, qui accepit, vt condictio certi ex eo naſci poſſit *l. 3. l. ſi filiusfamilias* 14. *& paſſ. ſup. hoc titulo.* &, vt addit Accurſius ſpontanea voluntate credentis *l. ſicut* 5. *Cod. de de oblig. & action.* In propoſita autem ſpecie, neque ea mente datur pecunia, vt omnimodo penes accipientem remaneat, neque tam obligandi donatoris cauſa, quàm exſoluendi debiti, & liberandæ fidei gratia, quæ donatori data fuit, magiſque ſuum accepiſſe donator videri debet, ſiue eum Accurſio interpretere *ſuum*, id eſt, *ſibi debitum*, ſiue quod Vlpianum potius ſenſiſſe puto, proprie intelligas *ſuum* pro eo, quod iam ſit vere donatoris. Quaſi nec tradendo ex cauſa donationis tranſtulerit dominium eius pecuniæ, quam ea lege donauit, vt ſtatim ipſi crederetur. Neque enim alienantur nummi, qui ſic dantur, vt ſtatim recipiantur *leg. qui ſic ſoluit* 55. *infra de ſolution.* Ergo neque donatio, neque mutuum eſt, ſi Vlpiano credimus, qui hanc opinionem ſumpſiſſe videtur ex veteribus quibuſdam Iureconſultis, quos Marcellus notat *in d. l. ſi quis duos*, à quibus ait male hoc deductum fuiſſe in dubitationem. Addita etiam ratione, qua mouebantur, quæ illa ipſa eſt, quam hic adfert Vlpianus, *quod non poſſit videri is qui ita accepit, vt ei à quo accepit, retro reddat, ſoluiſſe potius quam reddidiſſe.* Ita enim legendum puto, non vt Florentiæ *decoxiſſe* aut vt vulgo *dediſſe* aut vt alij legunt cum Haloandro *accepiſſe* vel *decoxiſſe* cum Contio. Senſus enim eſt non ille, qui à doctiſſimis nonnullis viris traditus eſt, vt qui pecuniam accipit à debitore, ita vt ei retro illam reddat, non tam liberaſſe illum videatur, quàm ipſi donaſſe. [Quis enim *ſoluiſſe* vnquam dixit pro *liberaſſe*? Aut quis neſcit longe aliud eſſe *dare* aliud *donare*?] Sed hic potius, vt qui ſolutam à ſe pecuniam creditori, & à creditore ipſi redditam iterum ſoluit eidem creditori ea lege, vt rurſum eidem debitori retro illam reddat, creditor non tam ſoluiſſe eam pecuniam videatur ad ſe liberandum, quàm reddidiſſe. Pertinet enim hoc ad ſecundam numerationem, non ad primam, de qua nemo dubitare poteſt, quin vera ſolutio ſit, quoties id actum eſt, quomodo in ſpecie illius legis, vt poſt multas reciprocationes creditor pecuniam ſibi primùm numeratam tandem retineat. Fuit autem fortaſſe Iuliani ea ſententia, quam hic Vlpianus ſequitur, & Marcellus in *dict. l. ſi quis duos* reprehendit. Solet enim ille paſſim notare Iulianum, nec vnam vllam prætermittit, ſi quam vel minimam in Iuliano reperit, in qua non figat aculeum: ita vt nihil certius in iure noſtro habeatur, quàm id in quo Marcellus cum Iuliano ſentiat, vt alibi ſcripſimus poſt Iacobum Cuiacium *lib. 8. Obſeruationum cap.* 35. Accurſius tamen, & poſt eum cæteri omnes interpretes Vlpianum cum Marcello & Papiniano ita conciliant, vt Vlpiani ſententia verior ſit de rigore iuris, vt loquuntur, Papiniani vero & Marcelli de æquitate, quæ rigori iuris ſemper præferenda eſt *l. placuit* 8. *Cod. de iudic. l. in omnibus quidem* 90. *de regulis iuris.* Quam in diſtinctionem mouent eos verba illa vltima huius legis, *Sed hæc intelligenda ſunt propter ſubtilitatem verborum: Benignius tamen eſt vtrumque valere.* Mihi tamen aliud iudicium eſt, puroque probabilius eſſe, vt hæc poſtrema clauſula vel Triboniani ſit, vel imperiti interpretis qui ſupradictam diſtinctionem aut induxerit primus, aut ab aliis inductam admiſerit. Non ob id ſolum, quod ſatis ineleganter & inconcinne ſcripta ſit, ſed etiam, quia non dubito, quin & Papiniani & Marcelli ſententia non ſolum æquior ſit, ſed etiam iuris rationi & rigori conuenientior. Atq; ita Papinianum & Marcellum ſenſiſſe apparet ex *d. l. qui id quod* 33. §. 1. *inf. de don. & d. l. ſi quis duos* 67. *de ſolut.* Cur namque impediatur tranſlatio dominij ex cauſa donationis ob id ſolum, quòd redeat ſtatim pecunia donata ad donatorem, cum redeat ex noua cauſa ſiue mutui, ſiue alia qualibet? Quo caſu certe locum non habet quod ſcriptum eſt in *d. l. qui ſic. De ſolut.* ſed ſed tum demum cum nihil commodi aut iuris remanſurum eſt penes primum accipientem, vt bene hic notat Bartolus *ex l. ſeruus dotalis* 58. *inf. ſolut. matrim.* Et verò cum per ſtipulationem poſſit quis obligari ad credendam pecuniam, ita vt ſi poſtea non credat, teneri debeat eo nomine ad id quod intereſt *l. ſi pœnam ſtipulatus* 68. *infra de verborum obligationibus.* quidni poſſit etiam donatarius ad id ipſum ſe obligare per pactum in ipſa donatione ſua incontinenti appoſitum? Ergo Papiniani & Marcelli, non Vlpiani ſententia ſequenda eſt. Nec admittenda diſtinctio Bartoli, an tranſlatio in dantem fiat ſponte an coacte ex *d. l. ſi quis duos.* Nam & Marcellus eum caſum tractat, quo tranſlatio facta ſit coacte & ex pacto, licet etiam illum tractet quo ſponte facta ſit.

21. IDEM libro 48. Digeſtorum.

QVidam exiſtimauerunt, neque eum qui decem peteret, cogendum quinque accipere, & reliqua perſequi: neque eum qui fundum ſuum diceret, partem duntaxat iudicio perſequi. ſed in vtraque cauſa humaniùs facturus videtur prætor, ſi actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur: cùm ad officium eius pertineat, lites deminuere.

*Ad l. Quidam exiſtimauerunt* 21.

RAT. DVBIT. Solutio & exactio per partes habet magna incommoda quantum ad creditorem *l. 3. ſup. famil. erciſc.* Eſt enim pecunia res fragilis per ſe & lubrica ſi non ſtatim côuertatur in emptionem

prædiorum aut aliarum rerum quæ habent durationem *l. ſi chorus 79. §.1. de legat. 3. iunct. Auth. nouiſſimè Cod. de admin. tutor.* Difficilius autem eſt vt quis occaſionem emendi habeat pro parte pecuniæ, quàm ſi totam quantitatem ſibi debitam haberet. E contrario longè commodius eſt debitori partem debiti ſoluere, quàm vniuerſum debitum, cùm numeratio maioris quantitatis non ſit in tam facili & expedito quàm minoris *l. ſi dubitet 10. infr. de fideiuſſ.* Fieretque debitor longè negligentior ad offerendam ſolutionem totius quantitatis ſi ei liceret partem debiti offerre & ſoluere. Excitatur enim diligentia debitoris metu grauiorum vſurarum, quæ maiores ſemper ſunt maioris quantitatis *l. pecunia 9. §. 2. l. Caius Seius 11. l. Seia 12. infr. de vſur.* Non eſt igitur debitori indulgendum vt ſoluat partem quantitatis debitæ, cùm ita fiat iniuria creditori *l. in creditore 38. infr. de euict.* præterquàm fauore libertatis *l. cùm heres 4. §. item ſi decem infr. de ſtatulib.* aut eorum qui poſſident emphyteuticos fundos patrimoniales, de quibus extat expreſſa in eam rem conſtitutio Valentiniani & Valentis *in l. 4. Cod. de collat. fundor. patrimon. & emphyteutic. lib. XI. tit. 64.* Fortaſſe ideò vt in hoc ſaltem releuentur qui in aliis multis grauantur, vt hîc notat Accurſius. Aliud ergo eſt in cæteris debitis, etiam in collectis vt Baldus loquitur. Adeò vt nec ſufficiat debitori obſignare partem debiti quominùs totius debiti vſuras præſtare debeat, ſi creditor totum accipere paratus fuit *l. tutor 41. §. Lucius infr. de vſur.* Maximè verò ſi creditor pignus aliquod habeat aut quaſi pignus, vt in *l. Iulianus 13. § offerri infr. de action. empt. l. ſi ſeruum 57. de ædilit. edict.* Idque propter indiuiſam pignoris cauſam vt loquitur *l. rem hereditariam 69. de euict. iuncta l. heredes 25. § idem obſeruatur 14. ſupr. famil. erciſcun. l. qui pignori 19. de pignor.*

Dec. Ad officium boni iudicis pertinet lites diminuere *leg. 2. in princip. de aqua & aquæ pluu. arcend. leg. 1. §. inde quæritur de oper. noui nunciat.* & quàm citiſſimè fieri poteſt terminare, vt finem velociter accipiant: quomodo loquitur *Iuſtin. Nouell. 83. Vt cleric. apud propr. Epiſcop. prim. conuen.* Nam & in totum eas tolli ſi fieri poſſet, publicè expediret, vtpote per quas creſcat diſcordiarum materia inter ciues, quorum tamen ſalus non niſi concordiæ vinculo retinetur. Ergo ſi is à quo centum per iudicem petuntur, fateatur ſe debere quinquaginta eáque ſe paratum dicat ſoluere, alia verò quinquaginta neget ſe debere, cogendus eſt creditor, vt quinquaginta accipiat: de aliis verò quinquaginta litiget, vt tanto minor lis fiat quanto minor erit quantitas de qua litigandum ſupererit. Idque longè humanius eſt, ne cogatur debitor inuitus de ea re litigare, quam debere ſe fateatur, quod certe iniquum eſſet *leg. ſi reus 73. ſupr. de procurator. leg. ſi debitori 21. ſupr. de iudic.* Nec intereſt an quantitas petatur, an ſpecies. Eadem enim æquitatis ratio eſt, vt ſi fundum à te petam quem ego totum meum eſſe dicam, tu verò eius fundi partem dimidiam tuam eſſe adſeras, ſim æquè cogendus partem fundi accipere, aliam verò iudicio perſequi, ne de ea quoque fundi parte litigandum habeas de qua nullam mihi controuerſiam facere velis. Nec enim quicquam prohibet te rem aliquam poſſidere & partem ſcire dimidiam ad te pertinere, de altera verò parte controuerſiam non facere *leg. permittendum 8. infr. ſupr. ſi pars hered. petat.* Planè, ſi eius partis, quam fateris te mihi debere, velis partem ſoluere, non eris audiendus ob eas rationes quas primùm attulimus. Sicuti è contrario ſi is qui diuerſarum ſummarum ex diuerſis contractibus debitor eſt, debitum vnum & quidem integrum velit ſoluere, non poteſt creditor ſolutionem recuſare eo prætextu quòd aliud debitum non offeratur, etiamſi pro vtroque debito eadem data ſint pignora *leg. vltim. infr. Quibus modis pign. vel hypoth. ſoluit. l. 2. 3. & ſeqq. de leg. 2.* Sed & obſeruandum eſt æquitati huius legis locum non eſſe ſi fateatur debitor ſe totum debere nec niſi partem velit ſoluere, non magis quàm ſi quis partem duntaxat debiti agnoſcens eius partis partem tantùm vellet ſoluere: quamuis ſolutio partis volenti creditori facta pareret ſine dubio partis liberationem *l. ſtipulatus ſum 9. §. 1. infrà de ſolut.* Soluere enim partem velle nihil prodeſt, ſed ſoluiſſe prodeſt. Quemadmodum dicimus nihil prodeſſe debitori quòd velit ſatisfacere, ſed prodeſſe tamen ſi ſatisfecerit, quia imputare ſibi debet creditor, qui ſatisfactionem pro ſolutione, aut etiam partis ſolutionem admiſit, quam iuſtè poterat recuſare *leg. item liberatur 6. §. 1. quibus modis pignor. vel hypoth. ſoluit.* Eius ſummæ quæ per modum conditionis debetur, alia ratio eſt. Numquam enim ſolui poteſt pro parte, vt conditio pro parte impleta videatur. In eóque veteres omnes conſenſerunt. Sunt enim condiciones omnes indiuiduæ, quæ vni perſonæ ſunt iniunctæ, nec niſi enumeratio perſonarum facit diuiduas *leg. cui fundus 56. De condicio. & demonſtr.* Eáque ratio eſt, ob quam indiuidua cenſetur cauſa pignoris *d. leg. rem hereditariam*, quia pignoris obligatio habet ſuas conditiones, ſi debitum non ſoluatur aut aliter eo nomine non ſatisfiat *leg. ſi rem 9. §. omnis pecunia. infrà de pignor. action. leg. grege 13. §. etiam de pignorib.* Vnde etiam fit, vt ad pœnam pro parte euitandam nihil proſit partem offerre ſiue in dando ſiue in faciendo condicio conſiſtat *leg. heredes 25. §. idem iuris eſt ſuprà famil. erciſcun. leg. in executione 85. §. penult. de verbor. obligation.* niſi cùm promiſſa eſt pœna certæ quantitatis in vicem eius quod intereſt. Tunc enim etſi committitur pœna in ſolidum, locus tamen eſt exceptioni doli pro parte *leg. ſi ſeruus 9. §. 1. ſuprà ſi quis cautionib.* quia nec ſtipulatio committeretur eius quod intereſſet, niſi quatenus intereſſet, *leg. ſi procurator 18. infrà Rat. rem haber. iunct. leg. vltima de prætor. ſtipulation.* Atque ita reſpondendum eſt ad *d. leg. 9. §. 1. ſi quis cautionibus* non quomodo reſpondet Accurſius ſpeciale eſſe in iudiciis, quod non probo. At neque illud quod poſt Accurſium notat Bartolus, ſi creditor cui debitor partem debiti liquidam offert, nolit accipere, quomodo compelli poſſit à iudice ad eam accipiendam. Et aiunt nihil aliud debitori faciendum eſſe, niſi vt pecuniam offerat, quæ ſi à creditore recuſetur, periculo ipſius poſteà futura eſt propter moram accipiendi à creditore contractam ex *l. qui decem 72. in prin. de ſolut.* Nam cùm ſolutio ſit facti *l. conſilio 7. §. vlt. de curat. furioſ. l. 1. C. de probat.* non eſt exiſtimandum quod hîc ſcribitur, compellendum eſſe creditorem vt partem debiti accipiat, de compulſione præciſa intelligi debere, cùm nemo ad factũ præciſè cogi poſſit, quia id ſine vi & impreſſione fieri non poſſet *l. ſi quis ab alio 13. in fin. infr. de rei iudic. l. ſi pœnam ſtipulatus 68.*

l. quo-

*l. quoties quis alium* 81. *l. cùm ſtipulatus ſum* 13. §. *vlt. de verb. obligat.* Et ſanè ita eſt. Debet hic locus intelligi de coactione & compulſione cauſatiua, vt loquuntur, id eſt, niſi malit creditor eam debiti partem quę oblata eſt ſuo eſſe periculo, ſi modò facta ſit oblatio congruo loco & tempore, nulla etiam obſignatione ſecuta *d. l. qui decem.* Sed non poteſt videri facta eſſe non congruo loco, & tempore quæ facta eſt in iudicio *d. l. ſi rem* 9. §. *vlt. infr. de pignor. act.* niſi cùm verbo tantùm facta eſt. Nec enim hoc ſufficit, ſed præſentem pecuniam aut aliam rem oblatam eſſe oportet, vt diximus ad *d. l. ſi debitori* 21. *ſupr. de iudic.* aduerſus receptiſſimum errorem pragmaticorum noſtrorum. Et rurſum eam ipſam pecuniam quæ oblata fuit, periiſſe oportet, vt poſſit dici liberatus debitor quaſi ſoluto eo in quo accipiendo creditor moram fecit, vt in *d. l. qui decem.* Alioqui non poſſet locus eſſe quæſtioni cum pecunia in genere perire non poſſit *l. incendium* 11. *Cod. ſi cert. petat.* Sed & obſeruandum eſt facta oblatione ſola pecuniæ, licèt congruo loco & tempore præſentique pecunia, non tamen liberari debitorem, ſed iamdiu manere ipſo iure effectuq; e obligatum, quandiu pecunia extat, nec petit: non enim ſola mora pro ſolutione eſt, ſed duntaxat transfert periculum in moratorem hactenus, vt extincta re poſt moram creditoris, liberetur debitor, ſicuti extincta ea poſt moram debitoris, perpetuatur obligatio, vt res debita peti adhuc poſſit *l. ſi ſeruum* 91. §. *ſequitur* & §. *vlt. infr. de verb. oblig.* Extincta verò & perempta re quæ oblata fuit & poſt moram creditoris, contingit quidem liberatio debitori, at per exceptionem doli tantùm, non ipſo iure *d. l. qui decem.* Vt ergo contingat ipſo iure, meliùs ac prudentius faciat debitor ſi oblatam à ſe partem debiti obſignet ac deponat, vt in *d. l. ſi reus* 73. *ſupr. de procurat.* Obſignatio enim ritè ac legitimè facta, illa eſt quæ non modò transfert periculum in creditorem qui in mora eſt accipiendi *l. ſi ſoluturus* 39. *l. creditor* 102. *de ſolut.* ſed etiam acquirit debitori pleniſſimam liberationem, cùm habeat vim ſolutionis *l. obſignatione* 9. *Cod. eod.* quæ licèt de ea obſignatione loquatur, quæ facta ſit totius pecuniæ, ſic tamen intelligenda eſt, vt quo caſu facta partis ſolutio pareret liberationem, obſignatio etiam partis ſufficiat: quia ſemper obſignatio pro ſolutione eſt *l. acceptam* 19. *Cod. de vſur.* Quod cùm ita ſit, non poſſum nõ mirari quid illud ſit, quod Bartolus quærit, ſi creditor qui tenetur recipere centum, velit petere tantum decem, debitor autem velit quòd agat ad integra centum, an creditor debeat compelli ad hoc, vt integra centum petat, & an cogatur tota centum recipere: magiſque miror quod idem Bartolus poſt Petrum reſpondet, cogendum; ne inquit, continentia cauſæ diuidatur *ex l. nulli* 10. *Cod. de iudic. l. 1. ſupr. de quibus rebus ad eund. iudic. eat.* Nam cùm debitor à quo creditor non niſi decem petit, ſcit ſe centum debere, an non promptius habet auxilium obſignationis ad ſe liberandum ſi tota centum obſignare paratus ſit, quàm vt cogat inuitum creditorem agere ad centum integra? Planè ſi debitor neget quicquam ſe debere ei qui contendat deberi ſibi centum ex vno tantùm contractu, nec tamen petere velit niſi decem, vt pluribus iudiciis fatiget debitorem, ad iudicis officium ſanè pertinet ex ratione & æquitate huius legis, vt de toto debito agere cogat creditorem, vt vna lite vnoque iudicio tota controuerſia terminetur, nec lites multiplicentur: *d. l. nulli*: quod ſecus eſſet ſi creditor decem ſibi ex vna cauſa deberi diceret, ex aliis autem nonaginta *l. ſingulis* 6. *de except. rei iud.* Nam & contra iuris regulam eſt, vt agere quis cogatur, nec ſi agere quis velit *ex l. diffamari* 5. *Cod. de ingen. manum.* vt oſtendimus in *Error.* 1. *decad.* 51. *De error. pragmat.* An autem ad euitandam expenſarum condemnationem debeat offerre debitor id quod debet, ſi ab eo plus quàm debeat petatur, aut an eà res expenſarum compenſationem poſſit inducere alia quæſtio eſt de qua vide quæ in Codice noſtro ſcripſimus *de fin. 1. de plur. petit.*

22. IDEM libro 4. ex Minicio.

VInum, quod mutuum datum erat, per iudicem petitum eſt, quæſitum eſt; cuius temporis æſtimatio fieret, vtrùm cùm datum eſſet, an cùm litem conteſtatus fuiſſet, an cùm res iudicaretur. Sabinus reſpondit: ſi dictum eſſet; quo tempore redderetur, quanti tunc fuiſſet: (ſi non, quanti tunc,) cum petitum eſſet. Interrogaui, cuius loci pretium ſequi oporteat, reſpondit: ſi conueniſſet, vt certo loco redderetur, quanti eò loco eſſet: ſi dictum non eſſet, quanti; vbi eſſet pretium.

*Ad l. Vinum* 22.

Hæc lex pertinet ad quæſtionem illa, quæ toties ab interpretibus omnibus & à nobis quoque agitata eſt, cuiuſnam temporis habenda ſit ratio in ineunda rei debitæ æſtimatione. De qua ſcripſimus fuſiſſimè *libr. 16. coniectur. & in Chiliade de error. pragmat. & interpr. iur. Decad.* 20. Et in noſtro Codice *de fin. 6. & ſeqq. vſque ad* 16 ſed tritiùs *Decade* 84. *Error.* 9. Summa hæc eſt in iudiciis bonæ fidei æſtimandã eſſe litem, id eſt, rem de qua lis eſt, vtro tempore pluris fuit vel moræ, non litis conteſtatę ſi ante conteſtationem mora præceſſerit, vel rei iudicatæ *l. 3. §. in hac inf. commod. l. 3. §. ſi per venditorem l. ſi ſterilis* 21. §. *cùm per venditorem de action. empt.* In ſtrictis verò quãti res eſt præcisè tempore litis conteſtatæ, vt ſcriptum eſt in hac lege & *d. §. in hac l. vlt. De condict. tritic. l. hominem* 37. *mandat.* pręterquàm in condictione triticaria in qua ſpectatur, quanti res eſt pręcisè tempore condemnationis *l. 3. de condict. tritic.* In arbitrariis non quanti res eſt, ſiue hoc, ſiue illo tempore, ſed quanti intereſt actoris arbitrio iudicis paritum non eſſe, quod ipſum æſtimatur aliquando per iusiurandum in litem idque vt plurimum *l. qui reſtituere* 68. *ſup. de rei vindic.* aliquando autem ſine iureiurando *l. ſi inter* 21. §. *vlt. infr. de pignor.* Medij temporis æſtimatio nunquam attenditur, vt ex ſupradictis omnibus locis apparęt, nec ſi poſt morã in bonę fidei iudiciũ



Digitized by Google

aut poſt litem conteſtatam in ſtrictis æſtimatio creuerit. Tantum abeſt vt æſtimatio ineunda ſit, quanti plurimi vnquam res fuit à tempore moræ, quomodo putant vulgo interpretes ac poſt eos pragmatici etiam in iudiciis ſtrictis. Quod tamen nullo caſu admittit Iuriſprudentia niſi in actione legis Aquiliæ, & in condictione furtiua, in qua licèt ſit omnium fauorabiliſſima propter odium furis, non egreditur tamen æſtimatio, quanti plurimi res rurſum iudicij accipiendi tempus l. 2. §. *quæſitum inf. de priuat. delict. l. ait lex 21. ſupr. ad leg. Aquil.* quamuis fur ex die furti admiſſi moram in re furtiua reſtituenda ſemper facere intelligatur l. *in re furtiua* 8. §. 1. *de condict. furt.* Sed hæc ita ſi non ipſa æſtimatio in obligationem deducta ſit, puta per hæc verba *quanti res eſt.* Hoc enim caſu præſens æſtimatio debetur, quæ fuit tempore contractus, vt in *l. fundum Cornelianum 28. inf. de nouat.* aut niſi cõtractui dies adiectus ſit. Quo caſu eius præciſè temporis æſtimatio præſtanda eſt quo dari res debuit, quoniam adiectio diei facit, vt hoc ipſum nominatim conueniſſe videatur, vt in hac ipſa lege *& d. l. vlt. infr. de condict. tritic. l. quoties in diem 59. de verb. oblig. l. cum quis in diem 22. de oblig. & act.* vbi ſine dubio legendum eſt addita negatione *non quo ſatis acceperit*, vt à nobis probatum eſt ſupradictis locis. Nihil autem hac parte intereſt, an dies tacitè inſit ſtipulationi, an expreſsè adiectus ſit *l. idem erit 60 de verbor. obligat.* Nec rurſus an dies, an condicio, cùm cuilibet condicioni inſit tempus, quo continget eam exiſtere *d. l. quoties in diem 59. eod.* Alia quæſtio eſt, cuius loci ratio habenda ſit in æſtimanda re debita. Ad quam quęſtionem reſpondet Vlpianus in hac lege, cùm conuenit vt certo loco quid reddatur, æſtimari rem debere quanti eo loco fuerit, tempore ſcilicet litis conteſtatæ, ſi verò dictum non ſit quo loco, eius loci ſpectandam eſſe æſtimationem vbi res perita eſt. Quod & Caius ſcribit *in d. l. vlt. de condict. tritic.* Idque in omnibus iudiciis generaliter & indiſtinctè videtur obtinere, niſi quòd diſtinctio aliqua videtur adhibenda inter condictionem certi ex mutuo, & condictionem certi ex ſtipulatione. Hęc enim per adiectionem loci fit arbitraria non item illa. Rurſum inter condictionem certi & triticariam, quoniam per adiectionem loci non degenerat condictio certi in arbitrariam quomodo degenerat triticaria, vt oſtendimus *in dict. decad. 84. Error. 5. & 6.* vnde pleraque cætera peti poſſunt, & ex iis quæ in dicta *decade & in 85.* ſequuntur, quæ ad totum hunc tractatum & legis huius explicationem pertinent, & ex quibus videbis non plura eſſe in gloſſis Accurſij & Bartoli commentariis verba quàm errata.

23. AFRICANVS libro 2. Quæſtionum.

SI eum ſeruum, qui tibi legatus ſit, quaſi mihi legatum poſſederim, & vendiderim: mortuo eo, poſſe te mihi pretium condicere, Iulianus ait [a]: quaſi ex re tua locupletior factus ſim.

*Ad l. ſi eum ſeruum 23.*

RAT. DVB. Cùm eum ſeruum qui tibi legatus erat quaſi mihi legatum poſſedi & vendidi, non poteſt negari quin bona fide & poſſederim eum, & vendiderim. Ergo mortuo eo penes emptorem teneri non debeo, neque de homine reſtituendo, ſiue per vindicationem, ſiue per condictionem, cùm nec eum poſſideam nec dolo deſierim poſſidere, neque de ipſius precio. Cùm non tibi fuerit legatum precium ſerui, ſed ſeruus ipſe, quem porrò tibi tanquam domino periiſſe neceſſe eſt, non mihi qui dominus eſſe iam deſieram *l. pignus 9. Cod. de pignor. act.* Nec enim ſuccedit precium loco rei in actionibus ſpecialibus, ſiue in rem ſint, ſiue in perſonam, ſed in vniuerſalibus duntaxat vt in petitione hereditatis, ſiue directa & ciuili *l. ſi & rem & precium 22.* vbi diximus *ſupr. de hered. petit.* ſiue fideicommiſſaria *l. ſi heres inſtitutus 70. §. 1. infr. ad SC. Trebell.* Precium enim quod accepi ex venditione ſerui legati, non tam videor ex ſeruo ipſo percepiſſe quàm ex mea negotiatione *l. venditor 21. infr. de hered. vel act. vendit.* Adeò vt nec ſi ratam habeas venditionem à me factam, debeat tamen ea res tibi prodeſſe ad precium repetendum, quia ratihabitio tua illud demum negotium poteſt tuum facere quod tuo nomine geſtum eſt *l. ſi pupilli 6. §. ſed ſi ego ſup. de negot. geſt.* Ego autem nomine meo vendidi non tuo, nec tui contemplatione, ſed negotij mei gerendi cauſa. DEC. Dominium rei per vindicationem legatæ tranſit recta via à teſtatore in legatarium etiam ignorantem l. *legatum 80. De legat. 2. l. à Titio 64. De furt.* Nec quod rem tibi legatam ego bona fide poſſederim quaſi mihi legatam, facere potuit me dominum, quia ſola fides bona ſine titulo non eſt legitimus modus transferendi dominij ſine titulo, nec ſi traditio concurrat à vero domino facta *l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* imò nec ad vſucapiendum *l. Celſus 27. infr. de vſucap. l. diutina 4. & ſeq. C. de præſcript. long. tempor.* Ergo cùm rem tibi legatam vendidi, vtique vendidi rem tuam, & precium quod ex ea venditione conſecutus ſum, licèt ex negotiatione mea magis quàm ex re tua ad me peruenerit, fatendum tamen eſt ſaltem occaſione rei tuæ in meas manus perueniſſe, nec aliter peruenturum fuiſſe. Hoc verò ſatis eſt, vt mortuo apud emptorem ſeruo tenear tibi condictione, non illa certi generali vt vult Bartolus, quæ in iudicium deduci & exerceri nunquam aliter poteſt, quàm ſi certam & ſpecialem aliquam habeat differentiam ac denominationem, vt diximus ad *l. certi condictio 9. ſup. hoc tit.* Neque rurſum condictione ſine cauſa vt putat Cuiacius, cùm non ſine cauſa peruenerit ad me precium eius rei, quæ à me alij vendita & tradita eſt, eaque condictio non tantùm ex æquitate, ſed etiam ex mera iuris ciuilis ratione naſcatur, nec alij detur quàm ei qui facto ſuo dominium in accipientem tranſtulerit *l. 1. & tot. tit. de condict. ſin. cauſ.* quorum neutrum hîc contingit, ſed condictione illa quæ quoniam tota eſt ex æquitate naturali refertur ad ius gentium in *l. rerum quidem 25. infr. rer. amot.* Iure namque naturali & gentium iniquum eſt locupletari quem ex aliena iactura *l. nam hoc natura 14. infr. de condict. indeb. l. iure natura 206. de regul. iur.* quæ tota etiam ratio eſt inducendæ eius condictionis de qua in l. *ſi & me & Titium 32. infr. hoc tit.* In propoſita verò ſpecie conſtat locupletiorem fore me ex tua iactura ſi liceat mihi precium retinere quod ex rei tuæ venditione ignorante te facta percepi. Sed hoc ita ſi homo venditus, iam ſit mortuus apud emptorem. Nam quandiu



Google

vinit vindicare illum ab empture debes quod facere potes etiam non oblato precio *l. 3. C. de rei vindic.* non precium à me condicere, vt contra quoſdam gloſſatores benè hîc ſentit Accurſius, quoniam hęc condictio ſicuti non tam ea mera iuris ciuilis ratione aliqua propria & ea negorio aliquo, quàm ex mera æquitate proficiſcitur, ita non niſi ex neceſſitate datur & alia nulla competente ciuili aut prætoria actione. Planè ſi mihi ſeruum hunc indebitum ſoluiſſes quaſi debitum, poſſes à me precium condicere, etiam re extante, vt idem Accurſius rectè ſubiungit *ex l. ſi non ſortem 26. §. libertus l. in ſumma 65. §. in frumento infr. de cond. & indeb.* Nec enim nonum eſt, vt aliud præſtemus, aliud condicamus, vt ibidem Vlpianus ſcribit. Idem eſſet ſi me procuratorem conſtituiſſes ad vendendum hunc ſeruum qui tuus fuiſſet. Precium enim hoc caſu, à me potes repetere, non quidem per condictionem, ne fortè fallat te Accurſius, ſed per actionem mandati contrariam non expectato eo vt ſeruus bic mortuus ſit. Extra hos caſus non teneor tibi de precio quamdiu ſeruus tuus quem vendidi, viuit, quia potes enim tanquam tuum iure tuo vindicare, nec condictio precij cum rei vindicatione poteſt vnquam concurrere, non magis quàm circa vnam eandémque rem *l. vlt. ſup. vſufr. quem. caueat.* Quid ergo ſi ſeruus hic non mortuus ſit apud emptorem, ſed ab emptore vſucaptus? Idem eſſe putat Cuiacius *ex l. 1. C. de reb. alien. non alienand.* & iam olim ante Cuiacium Bartolus cùm hîc ſcripſit Ratihabitionem in ſpecie huius legis nil prodeſſe, niſi re perempta vel præſcripta. Ego tamen contrà puto. Etſi enim non ignoro, quod Cuiacius obijcit, duobus his modis fieri vt res deſinere videatur, extare *l. ſi id quod 10. inf. ſi quid in fraud. patron. l. deperditum 21. ſup. de hered. petit.* Multum tamen hic parte intereſt, an res pereat ſuo facto, an facto domini, quomodo perire intelligitur cùm vſucapta eſt, quoniam alienaſſe ipſe intelligitur qui rem ſuam paſſus eſt vſucapi *l. alienationis 28. De verb. ſignific. l. ſi fundum 16. infra de fund. dotal.* Vt proinde imputari poſſit domino cur non ante completam vſucapionem vindicauerit rem ſuam: quod vtique non poteſt imputari ei, cùm res nondum vſucapta periit naturaliter. Itaque non minùs ceſſat æquitas quæ hanc condictionem domino dari ſuaſit, ſi per eum factum ſit quominùs rem ſuam hodie vindicare poſſit, quàm ſi vindicandæ eius poteſtas ſupereſſet. Atque ita intelligo quod ſcriptum eſt in *d. l. 3. C. de rei vindic. Vel alio modo proprietatem eius amiſiſti* nullo ſcilicet facto tuo, nullâque culpa interueniente: quia quod quis ex culpa damnum ſentit, ſentire non videtur, vt habet iuris regula. Eſtque inauditum, eum qui rem alienam vendidit, atque ita vſucapiendi cauſam præbuit, re tandem vſucapta precium domino reſtituere teneri, quod nec ante completam vſucapionem vlla actione peti ab eo poſſet *l. rem alienam 28. de contr. empt. iunct. l. qui alienam 33. infr. de mort. cauſ. donat.* Nec me mouet quod contrà ſcriptum putat Cuiacius in *d. l. 1. Cod. de reb. alien. non alienand.* Ibi enim agitur de malę fidei venditore, qui nullo iure munitus, id eſt, ne iuris quidem alicuius erronea opinione rem alienam ſciens vendidit, ſiue ſcienti, ſiue ignoranti emptori. Quo caſu non tam fauor domini quàm odium venditoris qui alienam rem mala fide vendidit, ius hoc euicit, vt ſaltem vſucapta re vendita, teneatur venditor domino ad precij reſtitutionem, & quidem actione negotiorum geſtorum ſiue dominus expreſſim venditioni conſenſerit, ſiue amiſſa proprietate per rei venditæ extinctionem ratam venditionem habere velit, vt in *d. l. 3. Cod. de rei vindic.* Nam poſt completam vſucapionem ſera eſſet ratihabitio ab eo facta, qui iam per ſuam negligentiam dominus eſſe deſiiſſet. Ratihabitio enim ſicuti facit meum negotium, quod reuera fuit alienum, ſi modò mei contemplatione geſtum ſit, nec fuerit verus dominus ea eo locupletatus *d. l. ſi pupilli 6. §. item quæritur & ſeq. ſup. de negot. geſt. l. vlt ſup. ſi pars hered. pet.* ita & multo magis negotiũ quod iam reuera fuit meum, licèt non mei contemplatione geſtum. *d. l. vlt. ſup. de negot. geſt.* Qui autem precium venditionis petit hoc ipſo ratam facere venditionem videtur *l. ſeruũ Titij 49. infr. mandat. l. ab vno 19. C. de negot. geſt.* Quid ergo eſt, inquies, quod hæc lex dat domino condictionẽ precij? An fortè quia hoc caſu poſſit cõdictio cum actione negotiorũ geſtorum concurrere? Ita putat Accurſius quem Bartolus reprehendit, quòd ratio quâ mouetur in hac lege Africanus, nihil commune habeat cum actione negotiorum geſtorum. Non malè. Sed nec ille multo meliùs cùm admittit actionẽ negotiorum geſtorum concurrere cum certi cõdictione generali. Non per hanc legem, inquit, ſed per regulam generalem poſitam in *d. l. certi condictio 9. ſupra,* quod nos iam refutauimus. Et ſanè cùm actio negotiorũ geſtorum ſit prætoria & ſubſidiaria, condictio autem quælibet ſit ciuilis, fruſtra eſſet honorariam actionem ei dare qui haberet ciuilem *l. 1. ſupra de public. in rem act.* Dicendum igitur eſt, eidem quidem domino in ſpecie huius legis poſſe & condictionem accommodari; & negotiorum geſtorum actionem, ſed diuerſis reſpectibus, ita vt non ideò poſſint ambæ in eundem caſum, eandémq; perſonam concurrere. Ratihabitio enim ritè facta venditionis, ſiue expreſſo conſenſu facta ſit, ſiue per petitionem precij, ſiue perempta re, ſiue adhuc extante necdum tamen vſucapta, parit actionẽ negotiorum geſtorum, vt diximus, etiam contra bonæ fidei venditorem: contra eum verò qui mala fide vendiderit, etiam re vſucapta *d. l. 3. Cod. de rei vindi. Iunct. d. l. 1. Cod. de rebus alien. non alienand. l. 1. Cod. de his qui à non domin. manum. ſunt.* At ſi nulla ſequatur ratihabitio, nec pecunia, quæ ad venditorem precij nomine peruenit, petatur tanquam precium re perempta, ſed tanquam pecunia ex qua locupletior factus ſit venditor cum aliena iactura, tum verò condictioni locus eſt, nec actioni negotiorum geſtorum fieri locus poteſt. Et ita benè Cuiacius ſenſit ad *dict. l. vltim. ſupra de negot. geſt.* quæ eiuſdem Africani noſtri eſt, licèt ea alio Quæſtionum libro deſumpta. Sed quid ad illa verba huius legis, *Mortuo eo poſſe te mihi precium condicere Iulianus ait*? Nihil ille reſpondet. Dicendum eſt meo iudicio, precij nomine hîc ſignificari pecuniam & quantitatem illam quæ precij nomine ad me peruenit, vt ea quantitas demonſtratiuè & materialiter ſumpta non ſub formalitate illa precij, condici poſſit citra ratihabitionem venditionis, id eſt, tametſi tu verus legatarius declaraueris nolle te ratam facere venditionem. Ideóque ſi fortè viliſſimo precio res diſtracta ſit, non tamen condictione teneor ſuprà quàm acceperim precij nomine, quia nec niſi eatenus poſſum videri factus locupletior ex re tua: qui tamen teneri deberem vſque ad quantitatem iuſti & veri precij, niſi æquitas, quæ condictionem hanc inducit, eſſet

ſtrictior, ac proinde condictionem ipſam reſtringeret: adeo vt etiamſi mala fide ſeruum hunc tibi legatum poſſederim ac vendiderim, id eſt, ſciens tibi legatum, non ideo in plus teneri debeam iſta condictione, quam quatenus locupletior factus ſum. Niſi quod hoc caſu magis eſt, vt condictioni locus non ſit, cum tenear vindicatione tanquam qui dolo deſierim poſſidere. Dolus enim pro poſſeſſione eſt, vt in cæteris omnibus ita maxime ad inducendam rei vindicationem *leg. Iulianus 17. in princip. & §. 1. verſ. quod ſi dolo malo ſupra de rei vindi.* vbi quod dicitur malæ fidei venditorem debere ſerui mortui precium domino reſtituere, de vero iuſtoque pretio intelligi procul dubio debet, non de eo, quod conuentum & receptum fuit, vilius forte & impar iuſto. Atque ita Cuiacius quoque ſentit. Sed in eo non ſatis recte, quod non admittit differentiam, quam interpretes conſtituunt, an bonæ fidei venditor cauſam habeat lucratiuam, an vero onerosam, vt priore tantum caſu condictione teneatur ex hac lege, non etiam poſteriore. Quæ tamen diſtinctio admittenda omnino eſt. Nam, vt argumentatur Accurſius, non poteſt venditor condictione ideo teneri domino ad reſtituendam quantitatem pretij, quod ex re domini factus ſit locupletior, ſi tantundem ei abſit, quantum ex venditione conſecutus eſt: *§. ſi res aliena Inſtit. de legat.* cum non illa ratio condictionem pariat, quod venditor pretium habuerit, ſed quod ex eo locupletior factus ſit. Quæ ratio in habente cauſam onerosam non aliter locum habere poteſt, quàm ſi plus conſecutus ſit, & in rem ſuam verterit ex pretio, quàm ei abſit. Plane in negotiorum geſtorum actione facilius admitti poteſt, vt de pretio competat omni caſu, ſiue cauſam lucratiuam ſiue onerosam habeat is qui vendidit, quia rationem habet generaliorem, quàm condictio illa, de qua Africanus in hac lege. Ex qua porrò male noſtri colligunt pretium ſuccedere loco rei. Seruus enim venditus ſi extaret, vindicaretur, non condiceretur, quia eſſet veri legatarij, ſi non vſucaptus proponeretur. Pretium autem mortui hominis non vindicatur, ſed condicitur, quia pretium redactum ex venditione rei meæ non eſt meum, cum ex negotiatione magis quàm ex re mea percipiatur, vt bene diſputat Cuiacius *ex d. l. venditor 21. de hered. vel action. vendit.* quamuis per occaſionem rei meæ ad venditorem peruenerit.

24. VLPIANVS libro ſingulari Pandectarum.

SI quis certum ſtipulatus fuerit, ex ſtipulatu actionem non habet: ſed illa condictitia actione [a] id perſequi debet, per quam certum petitur.

*Ad l. ſi quis certum 24.*

RAT. DVB. Actiones, quæ ex contractibus naſcuntur contractuum nomen habent. Sic enim dicimus actiones empti & venditi, quæ ex emptione & venditione naſcuntur, locati & conducti, quæ ex locatione & conductione, pignoratitiam, quæ de de pignore, & ſic de cæteris. Atqui ſtipulationum aliæ ſunt certæ, in quas res aliqua certa deducitur, aliæ incertæ, in quas aliquid incertum *l. interdum 74. §. vlt. & l. ſeq. inf. de verborum obligationibus.* Ergo ex ſtipulatu actio naſci debet non minus ex ſtipulatione, qua quis certum ſtipulatus fuerit, quàm ex ea, quà quid incertum. DEC. Perpetuo id agunt Iureconſulti quantum poſſunt, vt ſingulis actionibus propria, & ſpecialia dent nomina pro rerum ac negotiorum diuerſitate, ne actionis nomen æquiuocum nouas pariat difficultates, & vel actori vel reo ſit captioſum, inſpecto præſertim iuris veteris rigore, ex quo periculum incurrebat actor amittendæ litis, ſi male actionem elegiſſet, ac in nomine actionis peccaſſet. Hinc nimirum comparatæ actiones Præſcriptis verbis, vt per eas tutius agi poſſet, ſi quando de iure aut nomine actionis competentis dubitaretur, *l. 1. & 2. l. quia actionum 11. leg. ſi tibi gratuitam 17. l. Titius 24. & paſſ. de praeſcrip. verb.* Cum ergo aliud ſit nomen actionis ex ſtipulatu, aliud verò actionis ex ſtipulatione, merito induxerunt Iureconſulti, vt ex ſtipulatione certa naſcatur condictio certi quæ ſpeciali nomine dicatur ex ſtipulatione: at ex incerta ſtipulatione naſcatur actio ex ſtipulatu, quia certi condictio hoc caſu competere nulla poteſt, vt apud Iuſtin. *Tit. de verborum obligationibus in princip.* Neque vnquam apud prudentes aut Imperatores noſtros confunduntur hæc nomina, quamuis ita putet Accurſius ex *leg. ſi pactum pœnam 14. Cod. de pact.* Ibi enim ex ſtipulatu vere agitur, non autem condictione certi ex ſtipulatione, quia ex ſtipulatione pœnali, de qua ibi agitur, non perſequitur actor ſimpliciter pœnam, quæ ſemper certa eſt *l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri de verborum obligationibus l. vlt. de prætor. ſtipulat.* Sed ad factum agit hoc eſt, vt fiat id quod in conuentionem deductum eſt, vt ea lex ait: Factum autem ſemper incertum eſt, *l. vbi autem 75. §. qui id quod in faciendo de verborum obligationibus* Excipienda eſt actio ex ſtipulatu, quam Iuſtinianus ſpeciali quodam iure & contra vulgares regulas induxit, quaſi ex tacita ſtipulatione pro dote ſiue certa ſiue incerta *l. vnic. C. de rei vxor. act. §. fuerat. Inſtit. de actio.* In his enim quę contra iuris rationem conſtituta ſunt, non poſſumus ſequi regulam iuris *l. in his 15. ſupra de legibus.* Nec eſt contrarium, quod ſcriptum eſt in *l. certi condictio 9 §. 1. ſupra hoc tit.* ex incerto quoque contractu naſci condictionem certi. Id enim tum demum obtinet, cum ex incerto contractu certum petitur, vt ad eum locum adnotauimus, non etiam cum ad rem incertam puta ad id quod intereſt, quod ſemper incertum eſt *d. l. vlt. de prætor ſtipulat.* In quo noſter errat Accurſius, qui condictionem certi ad incerta quoque dari putat, & ad id quod intereſt, quod nos iam refutauimus ad *d. l. certi*, quamuis Accurſium ſequatur Bartolus. Plane ſi quando dubitetur probabiliter an certum ſit, an incertum id, quod petitur ex ſtipulatione, tutius eſt agere ex ſtipulatu, quia huius actionis nomen generalius eſt, quàm condictione certi ex mutuo, quæ nunquam competit, niſi cum ex ſtipulatione certum certo petitur, quod & hîc notat Bartolus *ex hac lege & ex dict. Tit. de verborum obligationibus apud Iuſtin. in princip.* Elegantius autem Florentina lectio hîc habet *condictitia actione*, quàm vulgata *condictione* condictitiam enim actionem benè illam

ne illam dicimus quæ ex certi ſtipulatione naſcitur aut ex quolibet alio contractu ad rem certam ſicut & pignoratitiam, quæ ex pignore *tot.tit.inf. de pignorat. act.*

25. IDEM libro ſingulari de Officio conſularium.

CReditor, qui ob reſtitutionem ædificiorum crediderit, in pecuniam, quam crediderit, priuilegium exigendi habebit.

*Ad l. Creditor qui ob reſtitutionem 25.*

RAT. DVB. Creditor, qui ad emendum ædificium pecuniam credidit, nullum habet priuilegium, neque inter chirographarios creditores, neque inter pignoratitios. Nuſquam enim id proditum legimus. Cur ergo habebit is qui credidit ob reſtitutionem & refectionem ædificij? An non plus eſt ædificium emere quàm reficere? Proinde an non maius beneficium eſt illius qui mutuam dat pecuniam ad emendam domum, quàm eius qui ad reficiendam? Quòd ſi ea potiſſimùm ratione habet priuilegium & tacitæ hypothecæ & prælationis ille qui credidit ad reficiendam domum, quia ſaluam fecit totius pignoris cauſam, vt ſcriptum eſt in *l. Interdum 5. & ſeq. infra qui potior. in pignor. hab.* an non maiore beneficio dignus eſt, qui credidit ad emendam domum? quandoquidem hic non tantùm ſaluam fecit, ſed etiam præbuit cauſam pignoris cæteris creditoribus, quibus non eſſet hodie domus hæc obligata ſi eam debitor non emiſſet, qui omnia bona ſua præſentia & futura cæteris creditoribus ſuis obligauerat. Hoc enim ponendum eſt, vt quæſtioni locus fieri poſſit. DEC. Reipublicæ intereſt refici ædificia quæ ruinam & caſum minantur, itémque collapſa reſtitui ne vrbs ruinis deformetur, *l. Prætor ait 20. §. hoc interdictum prohibitorium eſt infra de oper. noui nunciat. l. 2. §. ſi quis nemine, l. vlt. infra ne quid in loc. public.* At reipublicæ nihil intereſt an Titij ſit domus hæc, an Sempronij. Fauor igitur publicæ vtilitatis qui omnia ferè priuilegia tacitæ hypothecæ & prælationis induxit, ſuaſit facilè, vt priuilegium exigendi haberet is qui ob refectionem ædificij pecuniam credidiſſet, potius quàm qui ad emendam domum *l. 1. infra de ceſſ. bonor. l. cùm duobus 52. aliàs l. ſi fratres § idem reſpondit l. Socius 60. infra pro ſocio: & Nouell. 97. De æqualit. dot. cap. 7. §. his conſequens l. 1. infra in quibus cauſ. pignor. vel hypoth. tacit. contr.* vbi ſcriptum eſt Senatuſconſultum quod ſub Marco Imperatore factum eſt, pignus inſulæ creditori datum qui pecuniam ob reſtitutionem ædificij extruendi mutuam dedit, ad eum quoque pertinere qui redemptori domino mandante nummos miniſtrauit, quod & ſcriptum eſt in *l. ſi veneri 24. §. 1. de rebus author. iudic. poſſid.* Vt nimirum eo veluti præmio inuitarentur homines ad pecuniam credendam in rem iam vtilem. Nam & ad curatoris Reipub. officium pertinet, vt dirutæ domus à dominis extruantur *l. ad curatoris 46 infra de damn. infect.* ſicut è contrario diſtrictè prohibitum eſt, ne quis ad demoliendum negotiandi cauſa domum ſuam partémve domus vendat *l. vlt. eod. tit.* Alia ratio eſt eius qui credidit ad emendam nauim. Hic enim habet priuilegium non minus quàm qui ad eam, vel reficiendam, vel armandam & inſtruendam *l. qui in nauem 26 l. quod quis nauis 34. infra de rebus author. iudic. poſſid.* Nempe quia reipublicæ intereſt nauim eius eſſe qui eam exercere velit, ſciáque propter vtilitatem & neceſſitatem commerciorum ac tranſmarinæ negotiationis. Certum autem eſt non ab alio vendi nauem quàm ab eo qui exercere illam diutius nolit, nec ab alio emi quàm qui exercere illam velit. Iunge quæ ſcripſi *lib. 2. Coniect. capit. 10.* Alia item ratio eſt eius qui credidit ad faciendam domum & nunc primùm extruendam. Aliud enim eſt facere, aliud reficere *l. 3. §. penult. infra de itin. act. priuat.* longéque minor ſubeſt neceſſitas faciendæ inſulæ quàm reficiendæ, licet ad publicam quoque vtilitatem pertineat quàm plurimis ædificiis vrbes exornari & augeri.

26. IDEM libro quinto Opinionum.

SI pecuniam militis procurator eius mutuam dedit, fideiuſſorémque accepit: exemplo eo, quo ſi tutor pupilli, aut curator iuuenis pecuniam alterutrius eorum creditam ſtipulatus fuerit, actionem dari militi, cuius pecunia fuerit, placuit.

*Ad l. ſi pecuniam 26.*

RAT. DVB. Etiam cùm alius quilibet alienos nummos mutuos dedit abſente domino & ignorante, certum tamen eſt acquiri domino quamuis ignoranti condictionem certi ex mutuo *l. certi condictio 9. §. ſi nummos.* vbi rationem attulimus *ſupra hoc titul.* Nihil ergo ſpeciale eſt in milite cuius procurator, aut in pupillo vel minore, cuius tutor, aut curator pecuniam numerauit. DEC. Poteſt militis procurator aut pupilli tutor, vel adulti curator pecuniam militis aut pupilli aut adulti ſuo nomine credere, aut nomine militis, vel pupilli, vel minoris. Poſteriore hoc caſu nihil ſpeciale eſt in pecunia militis, vel pupilli, vel minoris, quantum ad condictionem certi ex mutuo quæ naſcitur ex numeratione *dict. §. ſi nummos.* Itémque quantum ad hypothecariam hodie poſt conſtitutionem Iuſtiniani *in l. 2. Codic. per quas perſonas nobis acquir.* Sed tantùm, quod ad actionem

ex ſtipulatione competentem, ſiue aduerſus eum qui mutuam accepit, ſi ponas in ipſa mutui datione, vel paullo antè, vel incontinenti poſt numerationem interueniſſe ſtipulationem: quo caſu nulla ex numeratione, ſed tantùm ex ſtipulatione condictio naſcitur *l. ſi ita fuero 6. §. 1. cum l. ſeq. infra de nouat. l. ſi ita ſtipulatus 26. §. Chryſogonus de verborum obligationibus.* ſiue contra fideiuſſores debitoris, quos à procuratore acceptos fuiſſe lex ponit, quia certum eſt vnius ſtipulatione alteri actionem quæri non poſſe, ſiue ſibi, ſiue alteri quis ſtipulatus ſit *l. quæcunque n. de obligat. & action. vulg. l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri de verborum obligationibus.* Fideiuſſores enim non niſi per ſtipulationem obligantur *l. blanditur 12. Codice de fideiuſſor.* Ideóque nec tranſibat olim fideiuſſoria obligatio ſine ceſſione, ne tum quidem cùm principalis actio & condictio ex numeratione tranſibat ante Iuſtiniani conſtitutionem in *d. l. 2. Codice per quas perſon.* Sed priore caſu cùm procurator militis, vel tutor pupilli, vel denique curator adulti ſuo nomine pecuniam credidit, quæ vel militis, vel pupilli, vel adulti fuit, ſpeciale eſt & contra vulgares iuris regulas, vt ex ea numeratione quæratur condictio certi ex mutuo, non tantùm ei qui ſuo nomine credidit, ſed etiam militi, pupillo, vel adulto, ne ſit in poteſtate illius qui militis, vel pupilli, vel adulti pecuniam adminiſtrat graſſantis in re aliena, ius eorum lædere, digni enim ſunt quibus ſuccurratur aduerſus factum eorum per quos negotia ſua gerere inuiti quodammodo compelluntur: quod in paganis & maioribus ſecus eſt quibus procurator actione ſibi quæſita cedere cogitur *l. poſſeſſio 49. §. vltim. de acquirend. poſſeſſ.* Alioqui nullam ex facto & ſtipulatione procuratoris actionem haberet dominus, niſi cùm procuratori præſentia cautum eſſet, quo caſu haberet dominus vtilem actionem *l. ſi procuratori 79. de verborum obligationibus.* Multo magis permittitur procuratori militis ſtipulari nominatim ipſi militi ex pecunia militis, ſicuti poteſt tutor ſtipulari nominatim pupillo & curator adulto *d. l. 5. §. penult. de pecun. conſt. quod aliis procuratoribus non licet, dict. §. alteri.* Eſt autem hoc ius in fauorem militis pupilli & adulti ſic comparatum, vtilitatis tantùm gratia, vt ſcriptum eſt in *dict. §. penult.* Ideóque nec directa huiuſmodi actio eſt, ſed vtilis tantùm *l. 2. infra quand. ex fact. tutor.* Vbi dicitur idem eſſe, ſi ex pecunia pupilli tutor in nomen ſuum rem aliquam ement. Habet enim pupillus eius rei vtilem quoque vindicationem quod & generaliùs ſcriptum eſt in *l. 4. tunc. l. 2. Codic. eod. titul. & in l. ſi curator 3. Codic. arbitr. tutel. l. ex facto 52. §. planè ſi ex re pupilli infra de pecul.* Itemque de re empta ex pecunia militis in *l. ſi vt proponis 8. Codic. de rei vindic.* contra quàm in aliis obſeruari ſoleat *l. ſi ex ea pec. vnica 6. eod. tit. l. procuratoris 5. §. planè ſi in eadem taberna infra de tribut. act.*

27. IDEM libro 10. ad Edictum.

Ciuitas mutui datione obligari poteſt, ſi ad vtilitatem eius pecuniæ verſæ ſunt. alioquin ipſi ſoli, qui contraxerunt, nòn ciuitas, tenebuntur.

### *Ad l. Ciuitas 27.*

RAT. DVB. Ciuitas non poteſt conſentire: conſenſus enim factum requirit perſonæ conſentientis. Ciuitas autem non habet perſonam niſi fictam, vt vniuerſitatum corpora, & collegia omnia de quibus in *l. 1. & paſſ. ſupra. Quod cuiuſque vniuerſit.* Vnde eſt quod nec moriuntur vniuerſitates iſtæ, nec facilè pereunt *l. ſicut 7. §. vltim. eod. l. proponebatur 76. ſupra de iudic. l. an vſusfructus 56. ſupra de vſufruct. l. ſi vſusfructus 21. quibus modis vſusfruct. amitt.* Sed nec ciues ipſi & municipes ex quibus ciuitas conſtat conſentire in vnum poſſunt *l. vltim. & l. 2. infra de acquiren. poſſeſſ.* vbi dicitur ob hanc cauſam, nec poſſidere illos poſſe, nec vſucapere ipſo iure, quamuis vtrumque vtilitatis cauſa receptum ſit. Quomodo & de hereditate quæ ficta quoque perſona eſt, ſcribit Vlpianus ex Scæuola in *l. 1. §. Scæuola infra ſi in qui teſtam. lib. eſſ. iuſſ.* Atquin ex mutui datione, vt ex alio quolibet contractu non poteſt naſci obligatio ſi non interueniat conſenſus, tametſi mutuum ſit ex eorum contractuum genere qui re. non qui conſenſu perfici dicuntur. In omnibus enim rebus quæ dominium transferunt, quomodo transfertur vtique ex mutuo, concurrat oportet affectus & conſenſus ex vtraque parte contrahentium *l. in omnibus 55. & 57. infra de obligationibus & actionibus.* Ergo non poteſt ex mutui datione, neque ex alio vllo contractu obligari ciuitas. Nec ſi pecunia credita in rem & vtilitatem ciuitatis verſa proponatur. Non enim facit ea verſio, vt eo magis ciuitas conſenſiſſe videri poſſit. DEC. Perſona vera Syndici vel actoris, aut alterius cuiuſlibet habentis adminiſtrationem ciuitatis, aut Collegij, aut Vniuerſitatis [nihil enim inter hæc diſtat] repræſentat fictam illam perſonam vniuerſitatis, ſicut è contrario interdum perſona ficta, quod multo difficilius eſt, repræſentat veram *l. heres 22. infra de vſucap. l. hereditas enim 34. de acquirend. rer. domin.* Alioqui non tantùm incommodo ſummo adficerentur ciuitates & vniuerſitates omnes nemine cum ipſis contrahere valente ſi non haberent perſonam certam & veram à qua regerentur, exemplo eius quod de minoribus ſcriptum eſt in *l. quòd ſi minor 24. §. reſtitutio ſupra de minor.* Sed neque poſſent vllo modo ſubſiſtere, nec earum negotia curari, quæ proinde deſeri neceſſe eſſet: quod vtilitas publica non patitur. Ob eam igitur cauſam induci neceſſe fuit, vt quicquid à ciuitatis adminiſtratore geritur, ab ipſa ciuitate tota geſtum videatur, ita vt ex adminiſtratoris contractu perinde obligetur ac ſi ipſa contraxiſſet: ſed & hoc ita demum ſi ex re & vtilitate ciuitatis contraxerit, ne alioqui quod in ciuitatum & vniuerſitatum omnium fauorem ex neceſſitate conſtitutum eſt, in earum odium ac perniciem retorqueatur contra *legem quod fauore 6. Codice de legibus lege nulla 25. ſupra eodem illo titulo lege penult. Codice ad Senatuſconſultum*

ſultum

*ſultum Trebell.* ſic enim dicimus, Tutorem quoque domini loco habendum eſſe cùm tutelam bene gerit & adminiſtiat, non cùm pupillum ſpoliat *l. qui fundum 7. §. ſi tutor. infr. pro emptor.* Ergo ſi ſyndicus & adminiſtrator ciuitatis pecuniam ab aliquo mutuam acceperit ciuitatis nomine, dicendum eſt ciuitatem ex mutui datione obligari, vt contra eam detur condictio certi ex mutuo, ſicuti contra priuatum alium debitorem quemlibet, ſed & pignus rerum ciuitatis ex ea cauſa ab adminiſtratore datum teneri *l. ſi is qui 11. in princip. infr. de pignor.* Verùm hoc ita ſi in rem & vtilitatem ciuitatis pecunia verſa probetur, & quidem à creditore, cui nimirum probatio hęc incumbit ad fundandam ſuam intentionem, non ciuitati cui ſufficit negare, cùm negationis probatio per rerum naturam ſit impoſſibilis *l. actor quod adſeuerat 23. C. de probat. l. adſeueratio 10. Cod. de non numer. pecun. l. vnic. C. de ſolut. & liber. debit ciuit. lib. 11. Tit. 39. Authent. hoc ius porrectum. in fin. C. de ſacroſanct. Eccleſ.* Quod & in aliis perſonis obtinet quæ cum illis contrahunt, qui non aliter obligari poſſunt, quàm ſi in rem eorum pecuniæ verſæ ſint, vt in caſu *l. ſi prædium 16. Cod. de præd. minor. l. ſi in rem 3. Cod. quand. ex fact. tutor. l. vir vxori 17. in princip. infr. ad Senatuſconſultum Velleian.* Sed hoc intellige ſi adminiſtrator ciuitatis nomine ipſius ciuitatis pecuniam mutuam acceperit. Alioqui ſi in eam cauſam nominatim acceperit, quæ ad ciuitatis vtilitatem euidenter pertinebat, ſufficiet hoc creditori, vt non grauiore probatione oneretur *argum. l. 1. §. vnde quærit Ofilius & ſeq. infr. de exercit. act.* Ampliùs putat Bartolus, nec malè ſi adminiſtratori ciuitatis mandatum ſit, vt mutuam pecuniam acciperet, nihil aliud inquirere creditorem debere, nec eò minùs permittendum ipſi contra ciuitatem agere, quod in rem ciuitatis pecunia verſa non probetur, *ex l. habebat 13. in princip. infr. de inſtit. action.* Neque verò deſunt qui putent ſufficere ad obligandam ciuitatem, vt per eos ſit accepta pecunia qui ciuitatem repræſentant, id eſt, qui ſunt legitimi ciuitatis adminiſtratores, quod Zaſius ad hunc locum ſcripſit. Quaſi hæc lex reſtringenda ſit ad eum caſum, quo ciuitatis nomine mutuam pecuniam is acceperit qui accipiendi ius nullum habuit, hoc eſt qui ciuitatis adminiſtrator non fuit: contrà quam Bartolus, & alij ſentiant, quorum tamen ſententia longè probabilior mihi videtur: quia & ciuitatibus vtilior eſt, cùm imputari poſſit creditori mutuam danti pecuniam cur non fuerit diligentior, & curioſior ad inquirendum, in quam ſaltem cauſam pecunia quæreretur, ſi non illud quoque volebat curare, vt in vtilitatem ciuitatis pecunia verè, ac effectu ipſo verteretur, *argum. dict. §. vnde quærit Ofilius dict. l. ſi prædium. d. l. ſi in rem, & dict. l. vir vxori.* Quamuis inter priuatos ignoſcendum ſit creditori, qui curioſior non fuit, vbi nec eſſe debuit *l. doli 17. ad fin. infr. de nouat.* Planè quin omni caſu is qui mutuam pecuniam accepit ciuitatis nomine, teneri debeat etiam ſuo proprio ſiue adminiſtrator fuit, ſiue non fuit, nemo dubitat *ex l. cum qui mutuam 13. C. ſi certum pet.* Et ex notis ab Accurſio in *l. ſi pupilli 6. §. 1. in fine gloſſ. magn. ſupr. de negot. geſt.* Idque ſiue in rem ciuitatis verſa ſit pecunia ſiue non ſit verſa, dum ne ſpecialiter conuenerit, vt priuato & proprio nomine non obligetur. Tunc enim non obligabitur, ne actus operetur vltra intentionem agentis, & aduerſus conuentionem, vt Bartolus ratiocinatur *ex l. non omnis 19. ſupr. hoc titul.* Tenetur autem hic qui ciuitatis nomine mutuam ſumpſit pecuniam ſiue adminiſtrator fuerit, ſiue non fuerit, condictione certi ex mutuo *d. l. cum qui. l. ſi literas 7. C. mandat.* Aut etiam condictione ob cauſam dati ſi mutuam pecuniam acceperit quaſi eam in Reipublicæ vtilitatem impenſurus ſi non impenderit, vt Bartolus cócludit ex *l. ſi procuratori falſo 14. infr. de condict. ob cauſ. dat.* Quòd ſi neque verſam eſſe pecuniam in rem ciuitatis probare poſſit, neque ſe adminiſtratorem fuiſſe qualem ſe dixerit, multò magis idem dicendum eſt, vt condictione ob cauſam dati cauſa non ſecuta teneatur. Nihil enim facit probata qualitas adminiſtratoris ad hanc actionem excludendam. Vnde infert bene Bartolus ceſſare hoc caſu actionem de dolo, quamuis ille qui mutuam ſumpſit pecuniam falſo ac dolo malo adminiſtratorem ſe eſſe mentitus ſit, cùm actio de dolo cum alia concurrere nunquam poſſit. *l. 1. & paſſ. ſupr. de dolo.* Sed quod idem addit, dandam actionem de dolo ſi non probet ſe adminiſtratorem, probet tamen verſam pecuniam in rem ciuitatis, quod hoc caſu condictioni ob cauſam dati locus eſſe nequeat, non puto defendi poſſe. Quænam enim ſubeſt neceſſitas dandæ actionis de dolo, quæ nunquam niſi ſubſidiaria eſt, cùm & ciuitas hoc caſu obligetur condictione certi ex mutuo, vt hæc lex ait, & is ipſe qui accepit eadem condictione certi ex mutuo, vt iam diximus, teneatur? Illud planè admittere nullomodo poſſum, quod quidam putant, eo caſu quo neceſſe eſt probari pecuniam in rem ciuitatis verſam eſſe, ſufficere vt probetur, quod eo tempore ciuitas pecunia indigebat, niſi probetur in quam cauſam egebat pecunia, éamque cauſam poſtea ſecutam fuiſſe, nullis aliunde nummis corrogatis, vt Cynus docuit *ad dict. Authent. hoc ius porrectum. in fin.* & Angel. *ad dict. l. ſi prædium.* Alex. *conſil. 4. col. 2. volum. 3.* Sed ſi adminiſtratori numerata eſſet pecunia præſente collegio, faciliùs admitti poſſet, quod vult Bartolus, nec dubitari poſſet, quin hoc ipſo ſatis probatum ſit pecuniam in rem ciuitatis verſam eſſe, nec alia vlla probatione ſit opus. Sicuti nec cùm pecunia nominatim in aliquam cauſam ciuitati vtilem mutua accepta eſt ab adminiſtratore, quamuis non probetur poſteà in eam rem verſa eſſe *l. vlt. infr. de exercit. action.*

28. Gaius libro 21. ad Edictum Prouinciale.

Creditor, qui non idoneum pignus accepit, non amittat actionem eius debiti quantitatis, in quam pignus non ſufficit.

*Ad l. Creditor qui non idoneum 28.*

Rat. dub. Sunt etiam tacita quædam pacta de non petendo, quę ex actu aliquo factóque creditoris inducuntur, vt puta ſi creditor chirographum & cautionem debitoris ipſi reddiderit *l. 2. ſupr. de pact.* Quidni etiam cùm creditor pignus accepit à debitore minùs idoneum, id eſt minoris æſtimatio-

nis quàm illud ſit quod debetur? Neque enim ſolet pignus dari aut accipi niſi vt creditori magis cautum ſit pro omni eo quod ipſi debetur *l. ſi mandatu 59. §. vlt. infr. mandat. l. 4. §. addici 8. infr. de fideic. libert.* Ac proinde pro qua debiti parte pignus non eſt idoneum, videtur creditor ipſum debitum remiſiſſe, non quidem vt liberetur debitor ipſo iure, ſed vt ſaltem ope exceptionis, Pacti ſcilicet de non petendo, exemplo eius quod ſcriptum eſt in *l. vlt. C. de pact. conuent. tam ſup. dot.* Mulierem, quæ pro bonis paraphernalibus quaſdam mariti res pignori accepit nullum in aliis mariti bonis ius pignoris habere. Sic enim dicendum eſt, non quomodo hîc ſcribit Bartolus, videri eam renunciare perſonali actioni: cùm lex nihil aliud dicat, niſi quod *ſiquidem in dotali inſtrumento hypotheca pro his nominatim à marito ſcripta ſint, vult his eſſe mulierem ad cautelam ſuam contentam.* Neque ſanè exiſtimandum eſt mulierem iacturam facere actionis perſonalis quam pro bonorum paraphernalium adminiſtratione habet contra maritum, ob id ſolum quod ab eo minùs idonea pignora acceperit: ſed adimit tantùm ea conuentio ius hypothecę generalis, quam alioqui haberet mulier in omnibus bonis mariti ex illa Iuſtiniani conſtitutione. Dec. Conuentio in fauorem alicuius facta non debet in ipſius odium & perniciem retorqueri, ne inducta ad vnum effectum operetur contrarium *vulg. l. quod fauore 6. C. de legib. l. nulla 25. ſupr. eod. ill. tit. l. legata inutiliter 14. infr. de adim. legat. l. in ratione 30. § tametſi infr. ad legem Falcid.* Atqui pignoris conuentio & obligatio adiicitur in fauorem creditoris, quo magis ei cautum ſit, plus ſiquidem cautionis eſt in re quàm in perſona *l. plus cautionis 25. de reg. iur.* Ergo quamuis ſoleant prudentes creditores ſibi cauere idoneis pignoribus *d. l. ſi mandatu 59. §. vlt. mandat. d. l. 4. §. addici de fideic. libert.* vt poſſit non tantùm in ſortis, ſed etiam in vſurarum cæterarúmque omnium ſolutionem ſufficere *l. 2. C. debit. vendit. pignor. imped. non poß.* Si tamen id per incuriam, aut debitoris fallaciam factum non ſit, nō debet ea res nocere creditori, ne ſuperfluum debiti, quod ex diſtractione pignoris redigi non poteſt, poſſit petere *l. quæſitum 9. in princip. & §. 1. infr. de diſtract. pignor.* vbi Paulus ex Pomponio ſcribit, Quod in dādis pignoribus adiici ſolet, vt quominùs pignus veniſſet, reliquum debitor redderet, ſuperuacuum eſſe, quia ipſo iure ita ſe res habet etiam non adiecto eo, ſic *in l. 3. C. eod. l. aduerſus 10. C. de oblig. & action. l. vlt. § ſed ſi quidem C. de iur. domin. imp. ... l. ſi creditor 26. infr. de ſolut.* Nam & è cōtrario ſi plus ex diſtractione pignoris redegerit creditor quàm debeatur, non creditoris lucro id cedit, ſed debitori actione pignoratitia reſtitui debet *l. quamuis 6. § vlt. & l. ſeq. infr. de pignor. act. & d. § ſed ſi quidem.* Pignoris enim obligatio non niſi acceſſoria eſt ad principalem & perſonalem *l. res hypotheca 5. infr. de pignor.* ideóque principalem nec tollere poteſt nec minuere: cùm, vt diximus, ideò tantùm pignus detur, vt debitori magis cautum ſit, non vt debiti quantitas vel augeatur ex maiore valore pignoris, vel minuatur ex minore. Vnde etiam eſt quod redditio pignoris non inducit tacitā conuentionem de non petendo debito, quam induceret redditio chirographi & cautionis *l. 3. iunct. d. l. 2.* vbi diximus *ſup. de pact.* Nec puto aliter apud Venetos obſeruari, quamuis Accurſius notet non ſeruari Venetiis hanc legem.

29. Pavlvs libro 4. ad Plautium.

SI inſtitorem ſeruum dominus habuerit: poſſe dici Iulianus ait, etiam condici ei poſſe: quaſi iuſſu eius contrahatur, à quo præpoſitus ſit.

### *Ad l. Si inſtitorem 29.*

Rat. dvb. Condictio certi ſiue ex mutuo ſiue alio contractu quolibet cùm ſit actio perſonalis, quæ ex contractu naſcitur, non aduerſus alium poteſt directò competere quàm cōtra eum ipſum qui contraxit. Cùm enim omnes contractus ſint facti *l. conſilio 7. §. vlt. infr. de curat. furioſ.* quæ autem facti ſunt perſonalia omnino ſint, nec transeant à ſeruo in dominum nec à filio in patrem *l. qui heredi 44. de condict. & demonſtr.* non poteſt videri contractum eſſe cum domino vel cum patre quod cōtractum eſt cum ſeruo vel filio. Quam ob cauſam neceſſe fuit comparari à Prętore, & proponi actionem de peculio, vt ex contractu eius quem quis habet in poteſtate ad finem ſaltem peculij pater dominúſve teneatur. Qua actione nihil opus fuiſſet ſi directa & ciuilis actio quæ in ſolidum ſemper competit, dari potuiſſet. Ergo etiamſi inſtitorem ſeruum dominus habuerit, dicendum eſt ex mutuo quod inſtitor acceperit, neque directò neque in ſolidum condici domino poſſe. Dec. Quod cum ſeruo inſtitore cōtractum eſt, perinde haberi debet, atque ſi cum domino ipſo contractum eſſet *l. heres abſens 19. § penul. ſup. de iudic.* quia domini hoc caſu perſona ſpectatur qui inſtitorem præpoſuit, non ſerui, qui præpoſitus eſt *l. vlt. infr. pro ſocio.* Iuſſu enim domini contraxiſſe hoc caſu intelligitur is quem dominus præpoſuit. *§. vlt. Inſtit. quod cum eo qui in alien. poteſt.* quod & Paulus noſter exprimit his verbis *quaſi iuſſu eius contrahatur.* Dixit enim *quaſi* pro eo quod Iuſtinian. apertius ſcripſit *quia, in d. §. vlt.* Et eſt hîc dictio *quaſi* expreſſiua veritatis, vt Accurſ. loquitur, quomodo *& in l. emancipatum 7. §. vltim. ſupr. de Senator.* & alibi ſæpe: Meritò igitur dicendum eſt ex eo contractu condici poſſe domino, & directa actione, & in ſolidum *d. §. vlt. d. l. vlt. pro ſocio. l. ſi quis mancipiis 17. in princip. & §. vlt. ſup. de inſtit. act.* Nempe ſi quis contraxerit cum ſeruo ex eâ cauſa in quam præpoſitus fuit, vt bene Accurſius notat ex *l. cuicunque 5. §. non tamen. l. habebat 14. in princip. eod. ill. tit. l. vlt. de exercit. act.* Alioqui nec cum inſtitore contraxiſſe videri poteſt, nec dominum habere obligatum. Et hæc vera ac genuina legis huius ſententia eſt, non quam adfert Bartolus, exiſtimans dictionem *quaſi* eſſe notam ſimilitudinis, eo ſenſu vt æquiparet Paulus inſtitorem procuratori. Etſi enim verum eſt quod ille ait, inſtitorem eum eſſe qui proponitur certæ adminiſtrationi quęſtuariæ & vniuerſali, Procuratorem verò, qui ad vnum duntaxat actum *l. ſi cum villico 16. l. pen. in princip. & paß. de inſtit. act.* nullum tamen in tota hac lege de procuratore verbum eſt. Nec ait Paulus, eum qui cum ſeruo inſtitore contraxit, perinde habendum, atque ſi cum procuratore contraxiſſet, ſed perinde ac ſi cum domino, quod longè diuerſum eſt.

Ad l. qui

30. IDEM libro 5. ad Plautium.

QVi pecuniam creditam accepturus, ſpopondit creditori futuro: in poteſtate habet, ne accipiendo ſe ei obſtringat.

### *Ad l. Qui pecuniam 30.*

RATIO DVB. Quod per te ſtat quominùs fiat pro facto haberi debet in tui præiudicium *l. ſi per te 9. Cod. de vſur. l. hominem 37. infr. mandat. l. in iure ciuili 161. de regal. iurn.* Atqui cùm quaſi pecuniam creditam accepturus ſpopondiſti creditori futuro, & pecuniam numeraturo, in tua poteſtate eſt accipere, & ſi non accipias, per te ſolum ſtat, non per ſtipulatorem qui paratus eſt numerare. Ergo perinde haberi debet quod ad te pertinet acſi accepiſſes: vt proinde non ſit in poteſtate tua facere ne accipiendo aut non accipiendo pecuniam te obſtringas ſtipulatori. Nec tantùm ipſo iure veluti cùm quis ſtipulanti promittit ſine cauſa *l. 2. §. circa de doli mal. except.* ſed etiam cum effectu.

DECID. Stipulatio quæ fit & interponitur prætextu futuræ numerationis, totam vim & ſubſtantiam accipit ex numeratione, & per eam impletur. Alioquin inanis & vacua eſt *l. cùm enim 7. iunct. l. præced. §. 1 infr. de nouat. l. contra etiam 6. cum legib. præcedentib. infr. de Senatuſconſ. Maced. l. ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogonus verſ. planè de verborum obligat.* nec habet niſi nudum verborum ſonum, qui licèt ſufficiat ad producendam obligationem ſummo iure cùm verba fuerunt idonea & ſolemnia, ea tamen obligatio, & quæ ex ipſa naſcitur actio doli mali exceptione eliditur *d. l. 2. § circa, de doli mali exception.* Sicut & pecuniæ ſolutæ profeſſio facta ſpe futuræ numerationis obligationem non perimit *l. intereſt 21. Cod. de ſolut. l. ſi quaſi 7. Cod. de non numer. pecunia.* Proinde quandiu non eſt numerata pecunia, non poteſt cum effectu teneri ille qui eam quaſi accepturus ſpopondit, quia nec cogi poteſt eam accipere, cùm ſicuti credere ita mutuam pecuniam accipere non ſit neceſſe *l. quòd ſi minor 24, §. reſtitutio. ſupr. de minor.* Vnde eſt quod in pignore pro mutua pecunia obligato ſpectandum eſt tempus numerationis non conuentionis *l. penult. infr. quæ res pignor. oblig. poſſ.* niſi cùm pignus pro dote datum eſt quæ ex poſtfacto ſoluta & numerata ſit. Non enim ſolutionum tempora hoc caſu ſpectanda ſunt, ſed dies contractæ obligationis, ne alioqui ſit in poteſtate ſoluentis aut accipientis ſolutionem, facere mulierem indotatam, vt eleganter Papinianus tractat *in l. 1. infr. qui potior. in pignor. hab.* Extra hunc caſum conditio poteſtatiua numquam retrotrahitur, ſed ea tantùm quæ vel caſualis ſit, vel mixta *l. qui balneum 9. l. potior 11. in princip. & §. 1. eod. titul.* & pleriſque aliis caſibus ſecuta numeratio declarat, quid anteà fuerit *l. ſed & ſi quid 25. §. 1. & ſeq. ſupr. de vſufr.* Nec quod promiſſor non accipiendo pecuniam mutuam facit, vt non ſit obſtrictus ſtipulatori, damno afficit ſtipulatorem, cùm pecuniam adhuc penes ſe habeat, nec ideò eueniat, vt ex eius iactura promiſſor locupletetur, quod certè ferendum non eſſet. Neque rurſum obſtat quod contractus qui ab initio ſunt voluntatis, ex poſt facto ſint neceſſitatis *vulg. l. ſicut 5. C. de oblig. & action.* Nec enim contractus hic impletus, & perfectus eſſe intelligitur ante numerationem, vt diximus. Planè cùm ſtipulatio iam interpoſita ſit, non eſt in poteſtate promiſſoris facere non accipiendo pecuniam, vt non ſit obligatus ex ſua promiſſione ſummo iure, ſed eſt tamen in ipſius arbitrio & poteſtate ne cùm effectu obligetur, quandoquidem effectum habere non poteſt ſtipulatio quaſi mutuæ pecuniæ ſi numeratio nulla ſecuta ſit. Quærit Accurſius, Quid ſi quis pecuniam ſub vſuris acceperit, in certum tempus, & eam ante tempus velit ſoluere, vt ſe ab vſuris futuri temporis liberet, an ſit audiendus, præteriti duntaxat temporis vſuras offerens? Et reſpondet rectè, non eſſe audiendum, *ex l. qui Romæ 122. in princip. infr. de verbor. oblig.* Sed addere debuit, quod probatur optimè ex *dict. l. qui Roma,* & quod tamen mirabilius eſt, nec ſi oblatio congruo loco & tempore facta proponatur. Nec enim eiuſmodi oblatio ſiſtere poteſt curſum vſurarum quæ non ex mora debentur, ſed ex conuentione & ex ſtipulatione, quę ab initio certam ſuam legem habuit, cui poſtea derogare alteruter non potuit, vt nos pluribus explicauimus ad *d. l. qui Romæ lib. 1. Coniect. cap. 1. iunge l. vero procuratori 12. § pen. infr. de ſolut.* Ex qua ratione apparet malè Bartolum diſtinguere an agatur de vſuris pecuniæ fœnebris ex ſtipulatione debitis, & quæ non niſi ea ſtipulatione deberi poſſunt *l. 3. C. de vſur. l. Titius 24. infr. de præſcr. verb.* an verò de vſuris & acceſſionibus frumenti vel olei mutuo dati, quas etiam ex nudo pacto dum incontinenti appoſito deberi placuit *leg. frumenti 17. l. oleo 23. C. de vſur.* quaſi poſteriore hoc caſu contractus mutui licèt nominatus degeneret in contractum innominatũ quod pertinet ad vſuras, ideóque admittat locum pœnitentiæ *ex l. ſi pecuniam 5. infr. de condict. ob cauſ.* Nam cùm nihil interſit, an promiſſum quid ſit per ſtipulationem, an per pactum incontinenti appoſitum, quando tale eſt, quod etiam per pactum promitti poſſit, ita vt ex eo pacto detur actio *l. lecta 40. infr.* non magis ex poſtfacto immutari poteſt lex dicta contractui per pactum, quàm per ſtipulationem. Sicuti nec eorum diſtinctio recipienda eſt, qui putant intereſſe an creditor cui offeruntur vſuræ, ante tempus alium habeat cui poſſit ſub iiſdem vſuris acceptam pecuniam credere, an non. Neque enim mutare debitorem cogendus eſt creditor, qui ſemel ſibi bene cauit *l. 1. C. de nouat. l. 3. infr. de ſeparat.* Planè ſi quis ſe obligauerit ſpe futuræ numerationis, & accipiendæ pecuniæ vſuras promiſerit, non eò minùs liberum ei eſſe debet pecuniam non accipere, atque ita ab vſurarum incommodo ſe liberare. Siue quod contractus hic videri poſſit innominatus, in quo proinde locus eſt pœnitentiæ re adhuc integra, vt Caſtrenſis diſputat ex *d. l. ſi pecuniam*, vbi dicemus latiùs, ſiue quòd vſurarum promiſſio, quæ non niſi acceſſoria eſt, principalem obligationem, quæ conditionem ab initio habuit voluntariam, immutare non poſſit nec facere, vt cui ſors nulla debetur, vſuræ aliquæ debeantur. Siue promiſſio ſortis collata fuerit in futurum tempus, puta ſi promiſerim reſtituere pecuniam quæ mihi numerabitur, ſiue in præteritum, quia confeſſus ſum me accepiſſe, ſpe tamen futuræ numerationis. Nihil enim

refert, niſi quòd priore caſu nulla eſt nata obligatio nec naturalis nec ciuilis ex promiſſione tanquam facta ſub condicione quæ numquam extitit *l. Stichum 6. de leg. 1. l. cedere diem 213. de verb ſignifir.* Poſteriore verò & naturalis & ciuilis obligatio naſcitur ex ſtipulatione, & conſequenter actio, ſed quæ per doli exceptionem eliditur, & ita fit ſine effectu *d. l. 2. §. circa de doli mali except.*

31. IDEM libro 17. ad Plautium.

CVm fundus, vel homo per condictionem petitus eſſet: puto, hoc nos iure vti, vt poſt iudicium acceptum cauſa omnis reſtituenda ſit: id eſt, omne, quod habiturus eſſet actor, ſi litis conteſtandæ* tempore ſolutus fuiſſet.

*Ad l. Cùm fundus 31.*

RAT. DVBIT. Certi condictio eſt ſtricti iuris, vt ſunt condictiones omnes, quarum quippe nulla enumeratur inter actiones bonæ fidei *in §. actionum. Inſtit. de action.* Condictio autem nihil niſi repetitio eſt, ideóque ſolemus dicere condictionis actione id ſolum repeti quod ſolutum eſt *l. 1. C. de condict. indeb.* Atqui fructus fundi vel hominis per condictionem peti, numquam actoris fuerunt, nec magis illi qui poſt, quàm qui ante litem conteſtatam percepti ſunt, quandoquidem ex re aliena perceptos eos eſſe neceſſe eſt, cùm nemo rem ſuam poſſit condicere niſi à fure *l. vlt. ſupr. V ſufr. quem. caueat.* Fructus enim non niſi iure ſoli ac dominij percipiuntur *l. qui ſcit 25. §. 1. infr. de vſur.* Ergo fructus in condictionem venire numquam poſſunt, non magis quàm vſuræ quæ vicem fructuum obtinent, nec facilè à fructibus ſeparari poſſunt *l. vſura 34. infr. eod. ill. tit.* DEC. Quale quid eſt cùm petitur tale dari debet *l. 2. eod. titul.* ne alioqui improbo litigatori qui nullo iure litem conteſtatur, ſua proſit fruſtratio, contra *l. hominem 37. infr. mandat.* Nam & litis conteſtatio facit malæ fidei poſſeſſorem etiam eum qui anteà bonæ fidei poſſeſſor fuit. Sunt enim poſſeſſores omnes poſt litem conteſtatam pares, id eſt, prędones *l. ſed & ſi 25. §. ſi ante. ſupr. de hered. petit. l. ſi homo 45. ſupr. de rei vindic.* Iniquum autem eſſet malæ fidei poſſeſſorem lucrari fructus quos ex re aliena percepiſſet *l. & ex diuerſo 35. §. 1. eod ill. tit.* Ergo debet is qui condictione conuenitur fructus omnes reſtituere quos percepit, adeóque quos percipere potuit à die litis conteſtatæ *l. ſi nauis 62. §. 1. eod.* quia eos percepiſſet aut percipere potuiſſet petitor ſi litis conteſtandæ tempore præſtita ei res fuiſſet. Quod omne vno *cauſa* nomine ſignificare & exprimere prudentes noſtri ſolent *l. præterea 20. eod. d. l. 2. de vſur.* & alibi paſſim. In eoque par condictionum omnium cauſa eſt quæ in perſonam actiones ſemper ſunt *§ appellamus. Inſtit. de action.* & de quibus Papinianus *in d. l. 2. de vſur.* Ad differentiam actionis in rem, id eſt, vindicationis, in qua diſtinguendum eſt, an bonæ an verò malæ fidei poſſeſſor ſit is qui conuenitur. Nam malæ fidei poſſeſſor tenetur omnes omnino fructus reſtituere, etiam perceptos ante litem conteſtatam, adeoque conſumptos, bonæ fidei verò poſſeſſor non item, ſed quos percepit dumtaxat à lite conteſtata *l. certum 22. C. de rei vind.* quamuis non ſit cogendus bonæ fidei poſſeſſor ius ſuum tam facilè indefenſum relinquere *l. illud 40.* vbi dixi *ſupr. de hered. petit.* Ad periculum enim fati præſtandi ea ratio pertinet, non ad periculum reſtituendorum fructuum, quorum ſcilicet reſtitutione damnum nullum incurrit, ſed lucrum dumtaxat amittit. Sed tamen in condictionibus quoque adhibenda diſtinctio eſt ſi de fructibus ante litem conteſtatam perceptis quæratur. Condictiones enim quædam ſunt, quæ nihil niſi repetitiones ſunt eius, ſcilicet rei quæ aliquando noſtra fuit, cuiuſmodi eſt condictio indebiti, de qua in *dict. l. 1. C. de condict. indeb.* ob rem dati re non ſecuta, ob turpem vel iniuſtam cauſam vel ſine cauſa. Et in his condictionibus omnes fructus veniunt, etiam qui ante litem conteſtatam percepti & conſumpti ſunt, quia ſunt naturales, vt Paulus loquitur *in l. indebiti 15. infr. eod. ill. tit.* id eſt, naturalem habentes æquitatem, quòd æquiſſimum ſit rem meam, quæ ex falſa vel ex nulla, vel ex iniuſta cauſa ad te peruenit, mihi reſtitui: Cæteræ enim condictiones, licèt non pugnent cum æquitate, magis tamen mera iuris ratione, quàm æquitate nituntur: Qui autem facto ſuo proprio dominium rei ſuæ amiſit, non ita facile admittendus eſſet ad repetitionem, niſi æquitate maxima adiuuaretur: quæ porrò æquitas tantò fauorabiliorem eum facit, vt fructus omnes reſtitui oporteat, quia cõdictiones iſtæ per quas res repetitur, hoc ipſo dãtur ad rei reſtitutionem, non etiam illæ quæ competunt ad dandum, licèt ex iis quoque fructus reſtituantur. Non autem reſtitui res videretur ſi non fructus quoque omnes reſtituerentur *l. videamus 38. in princip. & §. 1. & ſequ. §. in Fauiana. & §. ſi actionem. infr. de vſur. iunct. l. plus eſt in reſtitutione 22. l. hac verba 73. l. reſtituere 75. l. vltim. de verborum ſignificat.* Reſtitutionis enim verbo, tota rei vtilitas continetur *l. cùm Prætor 81. eodem tit.* Extra has condictiones, aliæ omnes petitiones tantùm ſunt, non etiam repetitiones, ideoque non reſtitutionem rei continent, ſed ſolutionem, vt hæc lex loquitur: Proinde nec fructus in eas venire poſſunt propter ipſius rei reſtitutionem, ſed duntaxat tanquam cauſa, id eſt, tanquam id quod habiturus fuerat actor ſi litis conteſtandæ tempore ſoluta ei res fuiſſet, id eſt, ſi petitam rem præſtare quàm litem conteſtari maluiſſet, nec enim poteſt negari quin ſaltem exinde iudicialem moram fecerit *l. nemo 82. §. 1. de verborum obligat.* niſi in ſingulari caſu *l. 3. §. 1. infr de vſur* Fructus autem hîc quoties dico, naturales acceſſiones intelligo, id eſt, quæ ex re ipſa petita naturaliter naſcuntur, de quibus in *dict. l. indebiti, & dict. l. videamus.* Non etiam ciuiles, quales ſunt vſuræ quæ non natura, ſed iure percipiuntur, vt eleganter Papinianus ſcribit in *dict. l. ſi nauis 62. in princip. de rei vindic.* Vſuræ enim ex condictionibus nullæ vnquam præſtantur, id eſt, ne quidem illius temporis quod ſecutum eſt litem conteſtatam, nec ſi agatur de condictione naturali puta indebiti *dict. l. 1. Cod. de condict. indeb.* quia ſcilicet vſuræ non ex pecunia ipſa, quæ ſui natura ſterilis eſt, nec aliam pecuniam parit, ſed ex negotiatione percipiuntur, nec proinde certum eſt eas percepturum fuiſſe actorem etiamſi litis conteſtatæ tempore ſoluta ei pecunia

vel

Digitized by Google

vel reſtituta fuiſſet. Quamuis vſuræ quæ ante litem conteſtatam deberi cœperunt, non idcirco deſinant lite conteſtata currere, qui ſenſus eſt *l. lite conteſtata 35. infr. de vſur.* vt docuimus *in Error. 1. Decad. 1. de error. Pragmat.* Nolo tamen, quod dixi de fructibus naturalibus ad eos reſtringere, qui ſpecialiori nomine naturales appellantur ad differentiam induſtrialium. Nam & induſtriales naturales ſunt. & ex facto naturæ proueniunt, licèt etiam factum hominis & culturam requirant: *l. bona fides 48. de acquirend. rerum domin. §. ſi quis à non domino. Inſtit. de rerum diuiſ.* Denique induſtriales quoque fructus acceſſiones naturales ſunt non ciuiles. Idem ergo etiam in illis iuris eſt, & de omnibus intelligendum quod ſcriptum eſt in *l. Iulianus 17. aliàs l. ſi hominem. §. 1. ſupr. de rei vindicat. l. Iulianus. §. quantum. ſupr. ad exhib.* Nihil autem intereſt an hîc legas *litis conteſtandæ*, vt Florentiæ, an vt vulgo *litis conteſtatæ*. Idem enim tempus eſt ſicut & *accipiendi iudicij* & *accepti*. Bonæ fidei iudiciorum alia ratio eſt. In iis enim acceſſiones omnes & naturales & ciuiles debentur ex die moræ, ſicut & in legatis & fideicommiſſis petitis per actionem ex teſtamento, quæ licèt stricta ſit ſui natura, hac parte tamen actionum bonæ fidei ius & naturam imitatur *l. mora 32. §. in bonæ fidei. d. l. videamus 38. §. ex cauſa, & ſeqq. infr. de vſur. l. in minorum 3. Cod. in quibus cauſ. reſtit. in integrum neceſſ. non eſt.*

1 ¶ Seruum tuum imprudens à fure bona fide emi. is ex peculio, quod ad te pertinebat, hominem parauit, qui mihi traditus eſt. Sabinus, Caſsius, poſſe te mihi hominem condicere. ſed, ſi quid mihi abeſſet ex negotio, quod is geſsiſſet, inuicem me tecum acturum. & hoc verum eſt. nam & Iulianus ait videndum, ne dominus integram ex empto actionem habeat, venditor autem condicere poſsit bonæ fidei emptori [a]. quod ad peculiares nummos attinet [b], ſi extant, vindicare eos dominus poteſt, ſed actione de peculio tenetur venditori, vt pretium ſoluat [c]; ſi conſumpti ſint, actio de peculio euaneſcit [d], ſed adiicere debuit Iulianus [a], non aliter dominô ſerui venditorem ex empto teneri, quàm ſi ei pretium ſolidum, & quæcumque, ſi cum libero côntraxiſſet, deberentur, dominus ſerui præſtaret [f]. idem dici debet, ſi bonæ fidei poſſeſſori ſoluiſſet, ſi tamen actiones, quas aduerſus eum habeam, præſtare domino paratus ſim [g].

### *Ad §. 1. Seruum tuum.*

Obſcurus eſt hic §. & valde intricatus, vt ſunt aliæ ferè omnes quæ ex libris Pauli ſumptæ ſunt leges, quemadmodum ex Accurſij gloſſis & aliorum interpretum commentariis facile eſt intelligere. Speciem § fingere, & quid Sabinus & Caſſius ſibi voluerint explicare non eſt difficile. Sed quid Iulianus ad Sabini & Caſſij ſententiam addiderit, quid rurſum Paulus ad Iuliani additionem, hoc verò eſt quod obſcuram facit loci huius interpretationem. Species igitur ita conſtituenda eſt, Seruum tuum Stichum imprudens ego emi à fure Mæuio, id eſt, bona fide, cùm Mæuij eum eſſe exiſtimarem. Is Stichus cùm haberet peculium duplicis generis, vt & in *l. hinc quæritur 19. §. 1. infr. de pecul.* vnum quod ad te verum dominum, alterum quod ad me bonæ fidei emptorem pertinebat, ex peculio tuo comparauit Pamphilum à Sempronio Pamphilum tradidit mihi Sempronius. Illa incurrit prima inſpectio, Cui ſit acquiſitum Pamphili dominium, mihíne an tibi? Videbatur enim tibi quæſitum, cùm & à Sticho verè tuo, & ex re tua comparatus eſſet. Sed tamen verius eſt mihi eſſe acquiſitum non tibi, non ob id tantùm, quòd ſeruo tuo Sticho traditus non ſit, ſed mihi. Verùm etiam, quia non potuerit acquiri tibi per ſeruum tuum quem non poſſideas, nec ſi ſeruo tuo Sticho non mihi traditus eſſet Pamphilus *l. ſi ſeruus 21. infr. de acquirend. rerum domin.* qua miror abuti Accurſium, vt contrà putet. Solus enim caſus ille excipiendus eſt, quo acquiratur aliquid per ſeruum fugitiuum, aut cum quo liberale iudicium ordinatum ſit *l. ſi cui 25. §. vlt. infr. de liber. cauſ.* Conſequens igitur eſt, vt Pamphilus, qui per Stichum ſeruum tuum acquiri tibi non potuit, acquiratur mihi Stichum bona fide poſſidenti, ex regula iuris, quæ vult, vt quibus caſibus ſeruus vnius bona fide ab alio poſſeſſus domino acquirere non poteſt, aut liber homo ſibi, acquirat omnimodò bonæ fidei poſſeſſori ſi aliud nihil obſtet *l. qui bona fide 23. §. generaliter. infr. de acquirend. rerum domin. l. liber homo 20. de ſtipul. ſeruor.* Sed hoc ita ſi, vt poſuimus, Pamphilum tradiderit mihi Sempronius, non Sticho ſeruo tuo: alioqui ſi Sticho traditus eſſet, non magis acquireretur mihi, quàm tibi, aut ipſi ſeruo, qui acquiſitionis omnino incapax eſt, quamuis acquireretur homini libero bona fide ſeruienti, cuius in eo, vt in aliis pleriſque melior condicio eſt, quàm ſerui *dict. l. ſi ſeruus.* Ideoque nimirum ponit bene Paulus traditum mihi à Sempronio fuiſſe Pamphilum, vt appareat ex traditione illa meum factum eſſe. Nec eſt quòd quis obiiciat erraſſe Sempronium in tradendo Pamphilo, cùm tradiderit eum Stichu tanquam ſeruo meo, qui erat tuus. Neminem verò errantem ſuam rem amittere *l. ſi procurator 35. eodem titul. leg. 3. §. ſubtilius. infr. de condict. cauſ. dat. leg. falſus 43. in princip. & §. 1. infr. de furt. leg. ſi quis vxori 62. §. cum Titio. leg. ſi is qui rem pignori 66. §. ſi tu Titium. eodem titul. l. & ſi conſenſum 15. §. vltim. de empt.* Nulli enim hîc error vllus eſt in voluntate Sempronij dominium rei ſuæ transferre in Stichum volentis, ſed in opinione tantùm, quod putet Stichum ſeruum meum eſſe, cùm tuus ſit. Qui error licèt non ſit in cauſa, vt malè putat Accurſius, ſed in perſona eius qui dominus ſit Stichi, non tamen magis impedit tranſlationem dominij quàm ſi eſſet error in cauſa, qui numquam impedit, vt appa-

ret ex *toto tit. de condict. indebit.* Tantoque minùs in caſu propoſito, quòd non cum eo contractum eſt qui ſe dominum Stichi falsò diceret, vt *in d. l. falſus*, cum eo qui ſe creditorem aut procuratorem falsò adſeuerabat, ſed cum Sticho ipſo in cuius perſona nullus error ſuberat, neque ſubſtantiæ, neque accidentis. Hoc igitur ita poſito ait Paulus Sabinum & Caſſium exiſtimaſſe, poſſe te Pamphilum mihi condicere, quod ex Iuliano quoque ſcriptum eſt, & ab eo probatum *in l. ſi ſeruus 24. §. 1. infr. de action. empt.* Condictionem tibi dant, non vindicationem, quia dominium mihi acquiſitum fuit non tibi, per traditionem ſcilicet mihi factam: Nemo autem rem ſuam condicit niſi à fure *l. vltim. ſupr. Vſufr. quem. caueat.* Ego verò fur non ſum, qui & bona fide Stichum emi à Mæuio, quamuis fure, & Pamphilum à Sempronio æquè bona fide quaſi meum accepi. Cur verò tibi datur condictio, ceſſante vindicatione? Nempe, quia licèt per traditionem mihi factam effectus ſim dominus, attamen verum eſt ex falſa cauſa dominium ad me perueniſſe. Nec enim Pamphilum hunc mihi tradidiſſet Sempronius niſi Stichum meum eſſe exiſtimaſſet, ſoluiſ ſetque Pamphili precium ex meis nummis, quod tamen fuerat ſolutum ex tuis. Ei namque rem venditam tradere venditor ſolet & debet à quo viciſſim dominium nummorum precij ſperare poſſit *l. ex empto 11. §. 1. de action. empt.* Non autem potuit ab alio, quàm à te ſibi acquirere dominium nummorum, qui ex tuo erant peculio. Sed quænam erit hæc condictio? An fortè indebiti ſaltem vtilis ad euitandum circuitum, vt *in l. dominus 53. infr. de cond. indeb l. videamus 5. infr. ſi cui pluſquàm per leg. Falcid.* vt ſentit Accurſius? non puto. Neque enim condictio illa datur alij, quàm ei ipſi qui ſoluit *l. 1. & paß. de condict. indeb.* aut cuius ſaltem nomine ſolutum fuit *l. 2. l. indebitam 47. eod. tit.* extra caſum *l. nec nouum 5. iunctis trib. præced. eod. t.* non etiam illi cum quo nullum negotium geſtum eſt *dict. l. 2. l. ſi in area 33. eod. tit.* Sicuti neque contra alium datur, quàm contra eum cui ſolutum fuit, non contra eum cui ſolutio proficit *l. his ſolu 49. eod. tit.* Hîc autem nullum inter me & te geſtum eſt negotium, neque inter te & Sempronium, ſed tantùm inter Sempronium & me. Dicendum igitur eſt, potiùs condictionem illam eſſe ſine cauſa: nec recurrere nos oportere ad vtilem condictionem indebiti, quam hîc Accurſius noſter comminiſcitur, nec enim negari poteſt, ſine cauſa eſſe penes me Pamphilum, cùm neque per ſeruum meum, ſed per tuum emptus fuerit, neque ex nummis meis, ſed ex tuis. Adeò vt & Stichum ipſum tanquam tuum vindicare poſſis ſi velis, & præterea nummos peculiares, ex quibus ſoluit precium Pamphili, ſi adhuc extent, vt hîc ſcriptum eſt ſiue ex Iuliano, ſiue quod probabilius eſt ex Paulo ipſo. Quid enim eſt quod Stichi dominium & nummorum quos ex peculio tuo habebat, auferre tibi potuerit? Sed hoc ita tamen quantum ad nummos pertinet, ſi Pamphilum præterea nolis condicere. Nam ſi condicas Pamphilum, æquum non eſt, vt liceat tibi etiam nummos vindicare à Sempronio, qui mihi tenetur de euictione Pamphili, & quem ita neceſſe eſſet, & ſuo Pamphilo, & Pamphili precio carere: quod euidenter abſurdum & iniquum eſſet, quandoquidem nec rei venditæ dominium aliter diſcedere poteſt à venditore domino, & in emptorem tranſire, quàm ſi precium ab emptore ſolutum ſit tranſlato pecuniæ dominio in venditorem, aut aliter eo nomine ſatisfactum *l. quod vendidi 19. l. vt res 53. de contr. empt. §. vendita, Inſtit. de rer. diuiſ.* Sicque intelligi debet quod de condictione Pamphili & vindicatione tuorum nummorum tibi danda traditum eſt in hoc §. vt ſcilicet alterutra actione contentus eſſe debeas nec vtramque exercere poſſis, quod & ex ſequentibus clariùs apparebit. Aliud eſt ſi de vindicando Sticho tractemus. Nihil enim prohibet quominùs & Pamphilum condicas mihi, & Stichum quoque à me vindices, cùm & Stichus iam tuus ſit, & Pamphilum tuum fieri æquum ſit, ob rationem quam ſuprà attulimus. Cæterùm ſi hominem mihi condicas, quem Stichus ſeruus tuus emit quidem ex nummis tuis, ſed qui traditus mihi eſt, id eſt Pamphilum, æquum erit mihi viciſſim contra te actionem dari de indemnitate, ſi quid viciſſim mihi abſit eo nomine, id eſt, ſi quid damni & incommodi paſſus ſim ob id quod Pamphilus mihi traditus meúſque effectus fuerit: vt puta ſi ex eius delicto actione noxali conuentus maluerim damnum decidere quàm eum noxæ dedere *l. ſi bona fide 12. & ſeq ſupr. de noxal. action.* aut ex malo ipſius contractu de peculio, quod ille à me habebat, præſtare aliquid coactus ſim. Cùm enim per condictionem id agas, vt Pamphilus qui hodie meus eſt tuus fiat, tanquam qui ab initio tuus fieri debuerit, eam omnium rationem haberi oportet quæ haberetur ſi tuus ab initio fuiſſet: Quo caſu nullum vtique ex eius delictis aut contractibus damnum paſſus fuiſſem, ſed totum quantum id tuo damno & incommodo ceſſiſſet. At quanam obſecro actione? Quia quicquid à me præſtitum eſt ob acquiſitum Pamphilum impenderim verè in rem meam aut ſaltem ob rem meam, & animo me liberandi potiùs quàm alium obligandi. Quod cùm accidit, placet nullam eo nomine actionem competere, ſed tantùm retentionem *l. in hoc iudicium 14. §. 1. l. ſi quis 29. ſupr. Commun. diuid.* aut ſi per errorem omiſſa ſit retentio, dandam ſolius poſſeſſionis condictionem *l. qui exceptionem 40. §. ſi pars. infr. de condict. indebit.* Atque ita ſentit Azo apud Accurſium, ſed malè, ac omnino improbabiliter, nec enim agitur vnquam per retentionem, & in libris noſtris paſſim actioni opponitur retentio; neque verò poſſidenti, & ius retentionis habenti vltro dari ſolet actio *§. 1. Inſtit. de action. l. 1. infr. de pignor.* Meliùs ergo Accurſ. poſt Hugolinum actionem dat negotiorum geſtorum de peculio mihi contra te qui condicis Pamphilum ex *l. atquin 19. §. ſi libero. ſupr. de negot. geſt.* quia reuera & effectu ipſo geſſi tuum negotiũ, poſtquàm per condictionem auocas à me Pamphilum, licet in ipſo geſtu non habuerim animum te obligãdi? Plerumque enim id accidit, vt extra id quod agitur, tacita obligatio naſcatur, inquit Pomponius *in l. is qui 13. in fin. infr. commod.* Sed tamen actio hæc non datur, niſi cum adiectione illa de peculio, vt ex Sabino & Caſſio in hac ipſa ſpecie ſcribit Iulianus *in d. l. ſi ſeruus 24. §. 1. de action. empt.* quia non vltra peculij taxationem condemnandus eſt dominus, vt ſcriptum eſt *in §. vlt. eiuſd. leg* vbi licèt agatur de domino ſerui vendentis, non aliud tamẽ iuris eſt in domino ſerui ementis. Vtroque ſiquidem caſu dominus ex ſerui contractu conuenitur: quæ res inducit actionem de peculio. Eámque adiectionem à Paulo hîc prætermiſſam fuiſſe miror. Sequitur apud Paulum *& hoc verum eſt.* Quæ verba notari volo aduerſus errorem

Accur-

Accurſij à nobis iam refutatum, qui cōdictionem, de qua diximus, interpretatur de vtili condictione indebiti: quaſi ex æquitate tantùm detur & circuitus vitandi gratia non ex mera iuris ratione. Quod ſi ita eſſet, æquam dicere Paulus debuerat Sabini & Caſſij ſententiam, non veram. Quidni autem vera videri debeat in eo quod dat tibi contra me Pamphili condictionem? An fortè quòd directa condictio tibi contra Sempronium dari potiùs deberet, vt putant interpretes? Hoc verò tam falſum ego eſſe arbitror, quàm vera eſt contraria Sabini & Caſſij ſententia. Nam quod affert Accurſius ad Sempronium condictione obligandum, quia, inquit, non fuit liberatus cùm alij ſoluerit, id eſt, Pamphilum tradiderit quàm cui debuit [tradendus enim tibi erat, non mihi, cùm & Stichi dominus eſſes, qui emebat, & nummorum quos in cauſam precij ſoluebat] ſanè ad rem non pertinet. Quid enim poſſis Sempronio imputare cur Pamphilum, quem vendebat, tradiderit mihi, quem Stichi emptoris dominum eſſe exiſtimabat, itémque nummorum ex quibus precium ſoluebatur? Sed eſto quod vult Accurſius poſſe imputari Sempronio cur mihi Pamphilum tradiderit, potiùs quàm tibi. Nihil aliud ex eo inferre poſſis, niſi quod perinde teneri debeat acſi nondum Pamphilum tradidiſſet: quo tamen caſu non condictione teneretur ad dandum Pamphilum, ſed actione ex vendito ad eum tradendum, quod longè diuerſum eſt. Hoc autem, quod ex Sabini & Caſſij ſententia Paulus dixerat poſſe te mihi Pamphilum condicere, & inuicem me tecum agere, ſi quid ex Pamphili negotio mihi abſit, verum eſſe probat his verbis, *Nam & Iulianus ait videndum ne dominus integram ex empto actionem habeat, venditor autem poßit condicere bonæ fidei emptori.* Quæ tamen ratio quò pertineat difficile videtur dicere, cùm probet potiùs non eſſe tibi dandam condictionem contra me, ſed Sempronio, tibi verò actionem ex empto contra Sempronium. Et ſanè hoc ipſum eſt quod Iulianus ait, ſed vt probet id quod ex Sabino & Caſſio retulerat poſſe te mihi Pamphilum condicere: argumento à maiori ad minus, vt ego quidem arbitror, in hunc modum explicando. Nam ſi tibi domino Stichi, qui à Sempronio ex tuis nummis emit Pamphilum, permittendum eſt vt agas ex empto contra Sempronium, quæſita nimirum tibi actione perſonali ex contractu ſerui tui, quæ per traditionem mihi factam tolli ſummo iure non potuit, ſi tu factam mihi traditionem ratam habere nolis, multo magis dicendum eſt, ſi è contrario ratam habeas traditionem mihi factam, atque ita actionem ex empto omittas quæ ſtricto iure tibi competit, dandam tibi eſſe condictionem contra me, quaſi quæſito mihi per eam traditionem dominio Pamphili, ſed tibi reſtituendo in vicem actionis ex empto quam amittis contra Sempronium ſi malis Pamphilum mihi condicere, quàm cōtra Sempronium agere ex empto ad traditionem: nec enim aliqua in eo mihi aut Sempronio fit iniuria, non mihi, quoniam nihil mea intereſt, an condicatur mihi Pamphilus à te, an à Sempronio, cùm retinere illum nō poſſim nec effugere quin eum aut tibi reſtituere debeam, ſi me rectà conuenias, aut Sempronio ſi contra Sempronium malis agere ex empto vt eum tibi tradat, quippe quem non aliter poſſit tibi præſtare, quàm ſi eum mihi condicat: nec rurſum Sempronio, cuius ſimiliter nihil intereſt an mihi potiùs Pamphilum condicas, cùm ita fiat vt ipſe ab actione ex empto liberetur, nec de condicendo Pamphilo laborare ampliùs debeat. Eadem ergo iuris ratio facit, vt Pamphili nomine teneatur tibi Sempronius ex empto, & ſimul poſſit eum mihi condicere, nempe quia tradendo illum mihi, tradidit vtique alij quàm cui ex cōtractu tradere debuit, cùm actio ex empto nulla mihi acquiri potuerit per Stichum, qui tuus fuit non meus, & ex tuis nummis non ex meis Pamphilum comparauit, nec eo minùs tamen tranſtulit Sempronius in me dominium per traditionem, cùm transferendi dominij & animum & cauſam habuerit. Quænam autem erit rurſum hæc condictio? An certi generalis aut Indebiti, vt putat Accurſius? Ne hæc quidem, ſed condictio ſine cauſa vt in præcedente caſu diximus. An non enim verè poteſt dicere Sempronius eſſe Pamphilum penes me ſine cauſa, cùm à te cōuentus actione ex empto cogitur eum tibi tradere aut præſtare quanti tua intereſt eo nomine, nullo tamen à me aut ex meis nummis accepto precio? Illa tantùm dubitatio incurrit, quam nec Accurſius noſter prætermittit, cur non vindicatio Pamphili detur Sempronio potiùs quàm condictio, cùm Pamphili dominium à Sempronio numquam receſſerit, quia nec dominium nummorum tuorum quos pro precio Stichus ſoluit à te ignorante recedere potuit *d. §. vendita Inſtit. de rer. diuiſ. d. l. quod vendidi 19. l. vt res 53. de contr. empt.* Sed benè reſpondet Accurſius conualeſcere ſolutionem precij, tuorúmque nummorum dominium in Sempronium tranſlatum intelligi ex eo quod tu agendo ex empto contra Sempronium ratam habeas precij ſolutionem, quia nec aliter ex empto agere emptori permittitur, quàm ſi priùs offerat precium venditori *l. Iulianus 13. §. offerri de action. empt.* Nam quemadmodum is, qui ex vendito petit precium etiam tanquam procurator venditoris hoc ipſo adprobat venditionem *l. ſeruum Titij 49. infr. mandat.* ita & è contrario qui agit ex empto ad rem tradendam, eum neceſſe eſt in antecedentis neceſſarium ratam habere precij ſolutionem, vt & in *l. non omnis 19. §. vlt. ſupr.* conciliatur mutuum ex poſtfacto alienæ pecuniæ creditæ, ſed conſumptione, hîc ratihabitione. Sequitur apud Paulum,

a *Quod ad peculiares nummos attinet.* Hoc verò iam ex parte explicauimus in præcedentibus, nec rationem obſcuram habet, cur tibi vindicatio nūmorum danda ſit quos ex peculio tuo Stichus Sēpronio ſoluit. Manſerunt enim tui, cùm eorum dominium à te inuito vel ignorante diſcedere non potuerit: melior enim condicio noſtra fieri poteſt per eos quos in poteſtate habemus, deterior non poteſt *l. melior 133. de regul. iur.* Poteſt autem quiſque vindicare id quod ſuum eſt *l. Quintus 27. §. argento infr. de aur. & argent. legat. l. in rem 23. ſupr. de rei vindic.* Sed hoc ita ſi nummi extent, quia vulgaris illa formula vindicationis *hanc rem ex iure Quiritium meam eſſe aio*, non niſi in rem extantem, adeóque præſentem cadere poteſt. Ideoque hos nummos ſi vindicare velis, neceſſe eſt te probare eos ipſos, eſſe qui ex tuo peculio ſunt & eadem ipſa corpora nummorum quæ Stichus ſeruus tuus Sempronio ſoluit. Etſi enim conſiſtunt in quantitate, vindicantur tamen per modum ſpeciei non quantitatis, nec permutationem, id eſt, functionem in ſuo genere reci-

piunt, quomodo alioquin nummi ſolent *l. ſed ſi certùt 51. infr. de legat. 1. iunct. l. planè 34. §. ſed hoc ita eod. tit.* Vnde eſt quod neque cum quantitate compenſantur, quia ſpeciei ad quantitatem non fit compenſatio, vt neque in actionibus in rem olim ante *leg. vlt. C. de compenſat.* Idq; eſt quod Paulus ſubiicit *ſed actione de peculio tenetur venditori vt precium ſoluat*, vt intelligamus non fieri compenſationem nummorum adhuc extantium cum pecunia quæ debetur per actionem de peculio, ne quidem ad concurrentem vſque quantitatem, vt nec in *leg. ſi creditor 37. §. 1. infr. de pecul.* Teneris ergo Sempronio actione de peculio ex contractu Stichi ſerui tui qui emit Pamphilum nec ſoluit precium. Non enim videri poteſt ſoluiſſe cùm ſoluerit ex nummis tuis quos tu hodie vindices, *leg. quod euincitur 190. de reg. iur.* nec ſolutum videtur quod euincitur *leg. ſi rem meam 20. leg. ſi quis aliam 46. leg. quis res 98. infr. de ſolut.* Cùmq; ſeruus tuus contraxerit, quamuis contractum eius ratum habere nolis, qui nummos vindicas, facere non potes, quin ex eius contractu, ſicut ex cæteris, ſaltem de peculio tenearis. Nam quominùs vindices nummos tuos, prohiberi non potes, nec ſi Sempronius paratus ſit præſtare tibi condictionem, quam aduerſum me habet: poteſt enim ea res exceptionem acquirere aduerſus condictionem vt in *leg. cùm quis 38. §. de ſolut.* ſed non æquè aduerſus vindicationem: nemo ſiquidem ſuam rem ideo amittere cogendus eſt quòd indemnitatem ab alio conſequi poſſit *leg. nec quaſi 70. de rei vindic. ſupr. leg. non enim 9. infr. rer. amot. leg. nemo ideo 171. de regul. iur.* Adeò potentius eſt ius vindicationis, quàm condictionis, quoniam & longè plus eſt, meum iam quid eſſe, quàm mihi adhuc eſſe debitum. Quamquam illud etiam dici poteſt, licèt minùs appoſitæ, quod Accurſius reſpondet, in ſpecie *d. l. cùm quis 28. §. 1.* fauorabiliorem eſſe cauſam debitoris qui ex creditoris ſui mandato, quod reuocatum ignorabat, Titio ſoluerat, quamuis dolo malo nummos creditoris intercipienti & furanti, quia mandatum ſoluendæ pecuniæ præceſſerat, nec eius reuocatio denunciata fuerat debitori, quem proinde ſumma ratio æquitatis & bonæ fidei tuebatur. Cæterùm nullo caſu poſſe vindicantem exceptione ſummoueri ob id ſolùm quod aliquam ei actionem præſtare velit, ex eo intelligimus, quòd neque in perſonalibus actionibus alio caſu id obtinet, quàm quo is qui conuenitur non alia de cauſa tenetur, quàm quod habeat actionem *leg. quod debetur 51. infr. de pecul.* Atqui poſſeſſor numquam tenetur vindicatione ob id quod actionem aliquam habeat, ſed quia poſſidet: naſcitur enim vindicatio ex præſenti poſſeſſione *leg. non aliàs 24. §. ſed ſi poſtulatur ſupr. de iudic.* quam differentiam non benè videtur obſeruaſſe Accurſius: Sequitur,

d *Si conſumpti ſunt, actio de peculio euaneſcit.* An quaſi facta compenſatione inter te & Sempronium vindicationis & actionis de peculio, vt Ioannes putabat? Minimè. Nam vt benè ratiocinatur Accurſius, cùm peculiares nummi conſumpti ſunt, vindicari ampliùs non poſſunt, nec alio modo vllo auferri Sempronio, cui pro precio Pamphili Stichus ſeruus tuus eos ſoluerat. Proinde ceſſante vindicatione, & nummis conſumptis, neque res neque actio vlla ſupereſt, quæ compenſari poſſit cum actione de peculio. Sed nec de peculio actio vlla ſupereſſe poteſt Sempronio contra te, quandoquidem non alia de cauſa poteras conueniri de peculio, quàm quia nummos tuos vindicabas, atque ita faciebas, vt Sempronius venditor & ſuo Pamphilo, & eius precio carere cogeretur, cùm tamen ex eius contractu tenereris precium Pamphili ſoluere ſaltem ad finem vſque peculij. Conſumptis igitur nummis, qui proinde vindicari & auocari amplius non poſſunt, conſequens eſt euaneſcere actionem quoque de peculio cui ſola nummorum vindicatio cauſam dabat. Inducit enim conſumptio amiſſionem dominij, facitque vt conciliętur ſolutio quamuis ex alienis nummis facta, cùm exinde verum ſit pecuniam auocari ampliùs non poſſe *leg. ſi filiusfamilias 16. d. leg. non omnis 19. §. vlt. ſupr.* quod cùm euenit, contingit ſemper liberatio *leg. in perpetuum 61. infr. de ſolut.* Ergóne peribunt tibi nummi tui? Peribunt vtique, niſi malis ratam habere emptionem Pamphili, quo caſu non peribunt, quoniam ob eorum ſolutionem à ſeruo tuo factam acquiris tibi vel condictionem contra me, vel actionem ex empto contra Sempronium vt Pamphilum tibi tradat, & mihi condicat. In quo cùm neque periculum, neque incommodum tuum vllum ſit, tanto magis imputare tibi debes damnum, quod non niſi ex culpa tua ſentis. Nec proinde diſtinguendum eſt, an plus minúsve ſit in peculio, quàm quantum precij nomine ſolutum fuit: ſed tantùm an extet pecunia an conſumpta ſit, vt benè contra Lotharium Accurſius diſputat. Neque rurſum, Pluriſne ſit Pamphilus, quàm quanti æſtimatus eſt, vt quod per actionem de peculio ſeruari non poteſt, ſeruetur per actionem de in rem verſo. *arg. leg. 3. in princip. infr. de in rem verſ.* Non enim actio de in rem verſo aliter naſci poteſt, quàm ſi id egerit ſeruus vt rem domini gereret, & eo animo, vt pecuniam in rem domini verteret *leg. ſi rei 5. §. vlt. & leg. ſeq. leg. & ideo 7. §. penult. eod. ill. titul.* Illud ſanè ponendum eſt Stichum ſeruum tuum liberam peculij ſui adminiſtrationem non habuiſſe. Nam ſi habuiſſet, vtiq; tranſtuliſſet dominium nummorum in Sempronium, nec eos vindicare tibi permitteretur *leg. ſi liberam 10. C. quod cum eo qui in alien. poteſt.* Qui autem liberam non habet peculij adminiſtrationem, alienare ex peculio nihil poteſt, ſed tamen non eo minùs obligat dominum de peculio *leg. quam Tuberonis 7. §. 1. l. quæſitum 30. l. libera 48. & paſſ. infr. de pecul.* Subiungit Paulus,

e *Sed addere Iulianus debuit, Non aliter domino ſerui.* Nota hæc eſt Pauli ad Iulianum, non tam reprehendentis Iulianum, quàm ſupplentis quod eius ſententiæ deerat. Iulianus enim poſtquàm ex Sabino & Caſſio dixerat in propoſita ſpecie poſſe te mihi Pamphilum condicere, ac viciſſim ſi quid mihi ex ea cauſa abeſſet, acturum me tecum, & quidem de peculio, vt ab eodem Iuliano ſcriptum eſt in *dict. leg. ſi ſeruus 30. §. 1. infr. de action. empt.* addiderat vt Paulus hîc refert, non ſolùm dandam tibi aduerſum me condictionem, ſed etiam, ſi malis, habere te actionem ex empto integram aduerſus Sempronium, qui Sticho ſeruo tuo vendiderat Pamphilũ, Sempronium autẽ contra me condictionem. Nec tamen adiecerat, quid viciſſim Sempronio præſtare debeteres ſi contra eum ex empto agerea, an ſcilicet eatenus duntaxat teneri ei te oporteret quatenus eſſet in peculio, an in ſolidum, & quantum Sempronio deberetur, ſi cum homine libero

Digitized by Google

libero contraxiſſet? Nam cùm in priore ſpecie dixiſſet Iulianus non teneri te dominum Stichi niſi de peculio ſi Pamphilum ab eodem Sticho emptum mihíque traditum velis condicere, idem poterat videri in poſteriore quoque ſenſiſſe. In eo igitur Paulus Iulianum reprehendit, non quaſi idem hoc etiam caſu ſenſerit, ſed quia non ſatis apertè ſententiam ſuam expreſſerit, *Sed adiicere*, inquit, *debuit Iulianus, non aliter domino ſerui venditorem ex empto teneri, quàm ſi ei precium ſolidum & quæcunque ſi cum libero contraxiſſet, deberentur dominus ſerui praſtaret.* Cur verò debuit hoc Iulianus adiicere? Nempe quoniam vt in ſuperioribus diximus, cùm tu Stichi dominus actionem ex empto inſtituis contra Sempronium, vt tradat tibi Pamphilum quem iam mihi tradiderat, hoc ipſo contractum ſerui tui adprobaſti, & conſequenter te obligas, vt viciſſim ea omnia Sempronio præſtes quæ Stichus ipſe ſi liber homo eſſet, præſtare teneretur, vt euenirer ſi iuſſu tuo Stichus contraxiſſet *leg. 1. infr. Quod iuſſ.* Quid enim refert an iuſſu mandatóque tuo ſeruus tuus contraxerit, an eius contractum ratum habueris? *dict. leg. 1. §. ſi ratum quod iuſſ. leg. depoſiti 28. §. ſi nuptura infr. de pecul. leg. ſi cum filiofamilias 9. infr. de compenſat.* Atqui ſiue iuſſu tuo Stichus cum Sempronio contraxiſſet, ſiue is ipſe ſuo nomine cùm liber eſſet Pamphilum emiſſet à Sempronio, non eſſet dubitandum, quin Sempronius in ſolidum actionem ex vendito habere deberet, non tantùm ad precij quantitatem integram, ſed ad cætera quoque omnia, quæ venditori præſtare emptor ex natura iudicij debet. Idem ergo admittendum eſt in hac quoque ſpecie, te ex empto contra Sempronium agente. Malè autem Accurſius noſter hoc explicat, cùm ait, quòd hîc ſcribitur teneri Sempronium ad tradendum ſeruum Pamphilum, ita accipi debere ſi nondum mihi eum tradiderit, vel ſi tradiderit quidem, ſed fuerit iam condictus. Nam imò verò tractat Paulus eum caſum, quo Sempronius Pamphilum mihi iam tradiderit, necdum tamen condixerit, quia nec priùs condicere mihi poteſt, quàm fuerit à te conuentus actione ex empto. Planè nec dubitandum eſt quin perinde poſſis ex empto agere contra Sempronium, etiam priùs quàm Pamphilum mihi tradiderit, tantóque iuſtius, quanto facilius erit Sempronio eum tibi tradere quem adhuc penes ſe habet, ita vt nec vlla in eam rem egeat condictione. Sed hoc contendo, etiamſi Sempronius Pamphilum mihi tradiderit, necdum per condictionem eum à me euicerit, poſſe tamen illum à te conueniri ex empto vt Pamphilum tibi tradat, & vtroque caſu procedere, quod Paulus à Iuliano adiici debuiſſe ait, vt non aliter Sempronius ex empto tibi teneatur, quàm ſi & ſolidum precium Pamphili præſtes ei & cætera omnia quæ viciſſim ille agens ex vendito conſequeretur ſi non cum ſeruo tuo, ſed cum te ipſo aliòve homine libero quolibet contraxiſſet. Sic in *leg. ſi ſeruus 57. infr. de adilit. edict. leg. 3. §. vltim. infr. Rer. amot.* Malè rurſum idem Accurſius, quod Paulus ait de cæteris quæ deberentur, interpretatur de precio, vt tenearis tu facere illud accipientis. Iam enim id ſatis expreſſum erat præcedentibus illis verbis *precium in ſolidum* & proinde debent ſequentia intelligi de vſuris precij, de quibus æquè actio ex vendito competit venditori aduerſus emptorem ex die moræ, adeóque citra moram ſi emptor fructus rei venditæ perceperit *d. l. Iulianus 13. §. veniunt infr. de act. empt. l. curabit 5. Cod. eod. l. 2. Cod. de vſur.* Poteſt etiam poni exemplum in pœna pecuniaria, quam fortè venditor alij promiſerat ſi ad diem non præſtaret eam pecuniæ quantitatem, quam ex precio ſoluere potuiſſet vt in *l. ſi venditor 6. §. 1. & l. ſeq. inf. de ſeru. export.* Sequitur apud Paulum,

¶ *Idem dici debet ſi bonæ fidei poſſeſſori ſoluiſſem, ſi tamen actiones quas aduerſus eum habeam præſtare domino paratus ſim.* Sic enim habet Florentina lectio. At vulgata longè aliter, & in tertia perſona. *Idem dici debet ſi bonæ fidei poſſeſſori ſoluiſſet, ſi tamen actiones quas aduerſus eum habeat præſtare domino paratus ſit.* Vulgatam interpretes omnes ſequuntur, & ego quoque magis probo. Vix enim eſt, vt Florentina bonum vllum ſenſum habeat. Vulgatam autem ſic omnes interpretantur, vt quemadmodum teneris Sempronio, ad precium ſolidum ei præſtandum, cæteráque omnia quæ præſtare deberes ſi Sempronius cum homine libero contraxiſſet, agente nimirum te ex empto contra Sempronium, ad tradendum tibi Pamphilum ſiue eum mihi nondum tradiderit, qui caſus facilior & expeditior eſt, ſiue iam tradiderit, & condicere mihi eum velit, vt tibi eum tradat, ita & idem dici debeat, vt ſcilicet ſolidum precium ei præſtes cæteráque omnia quæ præſtanda eſſe diximus, ſi contra eum agas ex empto poſtquam ipſe mihi Pamphilum iam tradidit, quem nec velit ille tibi tradere, nec mihi condicere: Si modò paratus ſit condictionem, quam aduerſum me habet tibi præſtare: vt hoc caſu ſicut & in aliis ſimiliſque ſola ceſſio actionis pro iuſta præſtatione ſit, pariátque liberationem Sempronio, non minus quàm ſi Pamphilum tibi tradidiſſet, vt in *l. quod ſæpe 15. § ſi res vendita inf. de contr. empt. l. quod debetur 51. infr. de pecul.*

Rat. dvbit. Fruſtrà quis ab alio petit id quod iam ſuo iure penes ſe habeat, cùm iam nihil eius poſſit intereſſe, nec cuiquam permittendum ſit vt agat ſi non eius interſit *leg. 3. §. 1. leg. ſtipulatio iſta 38. § alteri de verbor. obligat.* Atqui habes tuo iure condictionem Pamphili aduerſum me, ſi malis eum rectà mihi condicere, quàm contra Sempronium ex empto agere, vt initio huius §. ſcriptum eſt. Ergo dicendum eſt vel deneganda̅ tibi actionem ex empto contra Sempronium, ſi non ad aliud ille tibi tenetur quàm vt paratus ſit præſtare tibi condictionem quam iam habes, vel ad aliud quid ampliùs teneri tibi Sempronium, quàm vt præſter condictionem quæ iam tibi iure tuo competit, ſi etiam poſt traditum mihi Pamphilum à Sempronio integram tamen habeo contra eum ex empto actionem. Augetur verò dubitatio, ex eo quod iam ſuprà diximus, eo demùm caſu ceſſionem actionis pro iuſta præſtatione eſſe, quo non aliam ob cauſam quis teneatur tibi, quàm quia contra alium habeat actionem, vt ſcriptum eſt in *dict. leg. quod debetur 51. infr. de pecul.* Atqui tenetur tibi Sempronius actione ex empto, non quia paratam contra me habeas cōdictionem, ſed quia cum Sticho ſeruo tuo contraxit eiq; Pamphilum vendidit, nec tamen ipſi aut tibi ſed mihi

eum tradidit : argumento eſſe, quod ſi Pamphilus non Sempronij fuiſſet, ſed alienus, non eo minùs imò tanto magis tibi teneretur Sempronius, qui alienum ſeruum vendidiſſet, neque tamen aut vindicationem aut condictionem vllam haberet qua poſſet tibi cedere *dict. §. ſi res vendita.* Non igitur æquum eſt liberari eum ab actione ex empto qua tibi tenetur, etiāſi condictionem quam aduerſum me habet præſtare tibi, & cedere paratus ſit. D e c. Qui adprobat contractum ex quo res aliqua acquiſita eſt, condicere rem illam nunquam poteſt : ſunt enim iſta pugnantia. Atqui cùm ex contractu Stichi ſerui tui agis ex empto contra Sempronium, vt tradat tibi Pamphilum, quem mihi iam tradidit, adprobas & ratam habes emptionem, vt ſuprà diximus. Ergo condicere ampliùs mihi Pamphilum ex perſona tua non potes, ſed poſſet Sempronius, qui tibi ex empto tenetur, ſiue malit eum tibi tradere, quod facere nequeat, ſi non priùs eum habeat, ſiue malit præſtare quanti tua intereſt ob non factam traditionem, vt in *leg. 1. infr. de act. empt. leg. ſi traditio 4. Cod. eod.* vt in vicem eius quod præſtiterit, repetat Pamphilum, pro quo nullum precium habere intelligitur. Conſequens igitur eſt vt non ſit hoc caſu inutilis ceſſio condictionis Sempronio aduerſus me competentis, ſine quâ contra me agere amplius non poſſes. Nec ferendus eſt Accurſius, qui ait competere tibi condictionem vtilem ex perſona tua ad vitandum circuitum, & ex ſola æquitate, eam verò quæ tibi ceditur à Sempronio, eſſe directam. E contrario namque verum eſt, quod ſuprà probauimus, condictionem, quæ tibi contra me rectà, & ſine ceſſione competit, ſi contractum Stichi ſerui tui ratum habere nolis, directam eſſe, non vtilem, eam verò quæ ceditur, vtilem tantùm eſſe poſſe, non directam, cùm directa mandari quidem poſſit, vt eam ceſſionarius ex cedentis perſona exerceat, ſed cedi numquam poſſit tanquam quæ oſſibus, vt aiunt, cedentis perpetuo infixa maneat *leg. qui ſtipendia 9. Cod. de procurat. leg. ſi cum emptore 16. ſupr. de pact. leg. emptor 5. leg. poſt-quam 7. & ſequentib. Cod. de hered. vel act. vendit.* Sed neque verum eſt quod eidem Accurſio, & interpretibus placet, condictionem tibi dandam eſſe rectà contra me circuitus vitandi gratia, quandoquidem eo caſu, quo tibi aduerſum me datur condictio, nullam habes contra Sempronium, neque Semptonius contra me condictionem, ſiue aliam vllam actionem : nec ſi circuitum vitare nolis : nam cùm mihi condicis, contractum Stichi tui improbas : quæ res facit, vt nulla tibi aduerſus Sempronium, nec Sempronio aduerſus me actio dari debeat, quia non ſimul contraximus, ſed Sempronio tantùm contra te de peculio, quia cum ſeruo tuo contraxit. At cùm ſerui tui contractum adprobas, deſinis Sempronio teneri de peculio, & incipis ei obligatus eſſe in ſolidum : habes autem eum obligatum actione ex empto, ille verò me condictione. Quod autem liberatur Sempronius præſtando tibi quam contra me habet condictionem ſi ex empto à te conueniatur, rationem illam habere poteſt, quòd quamuis non ea ratione tibi teneatur ex empto, quia condictionem contra me habeat, quam nec vllam haberet, vt diximus, ſi non priùs à te conueniretur, ſolutio tamen, id eſt, traditio Pamphili ab eo mihi facta bona fide, cùm ille me Stichi dominium eſſe exiſtimaret, hactenus prodeſſe illi debet, non quidem vt ipſo iure liberetur, cùm nec ei ſoluerit & tradiderit cui debebat, vt diximus in ſuperioribus, nec illi rurſum cum quo contraxerat, vt in *leg fugitiuus 19. leg. filia 88. infr. de ſolut.* ( non enim mihi Pamphilum vendiderat, ſed Sticho ſeruo tuo, atque ita tecum potiùs quàm mecum contraxerat ) ſed tamen vt non ad aliud teneatur, quàm vt præſtet tibi contra me condictionem, eáque præſtatione ac ceſſione conſequatur liberationem, quam per traditionem mihi factam non fuerat conſecutus. Sicuti dicimus, bonæ fidei poſſeſſorem hereditatis qui ſuo nomine ſoluit hereditariis creditoribus, non equidem liberare verum heredem ipſo iure, ſed tamen quia ei acquirit exceptionem doli, poſſe ipſi reputare quod ſoluit, ſed ita demùm ſi paratus ſit ei præſtare condictionem indebiti, quam habet contra creditores quibus ſoluit *leg. ſi quid poſſeſſor 31. in princip.* vbi diximus *ſupr. de hered. petit.* Alia ratio eſt eius actionis, quam quis præſtare ideo tantùm tenetur, quod id facere ſine vllo ſuo diſpendio, & incommodo poſſit, vt in *leg. in creditore 38. infr. de euict.* aut cùm non aliam ob cauſam tenetur ad præſtandam actionem, quàm quia eam habeat, vt in *dict. l. quod debetur 51. de pecul. dict. leg. cùm quis 38. §. 1. de ſolut.* vbi debitor iam liberatus ob ſolutionem bona fide factam procuratori iam reuocato, nihilominùs condictionem furtiuam præſtare cogitur vero creditori, non alia ratione quàm quia æquum ſit id ſaltem eum præſtare quod ſine ipſius diſpendio futurum ſit. Nam ſi nullam haberet actionem is qui ſoluit, non eo minùs tamen eſſet liberatus propter ſolutionem ei factam qui mandatum aliquando habuerat accipiendæ ſolutionis licèt poſtea reuocatum ignorante debitore, quem proinde bona fides excuſare debet, quæ non tantùm ab ipſius credulitate cauſam habuit ( nec enim ſola & nimis prompta & facilis eius credulitas poſſet ſufficere, cùm ſibi debeat imputare qui credulus fuit *leg. 1. §. dolum ſup. de eo per quem fact. erit. leg. 3. §. ſed ſi ſic accepit infr. de in rem verſ.*) ſed etiam à facto ipſius creditoris qui vel procuratorem hunc conſtituere non debuerat, vel conſtitutum non reuocare, vel reuocationem à ſe factam denunciare debitori ne ſolueret. *l. ſi mandaſſem 15. infr. mandat.* Extra hunc caſum, etſi quis alius ſimilis eſt, non valet ſolutio alij facta, quàm vero creditori aut vero procuratori aut vero heredi, nec parit liberationem ſed condictionem *leg creditoris 8. Cod. de condict. indeb.* Nec ſi facta ſit patri *leg. qui hominem 34. §. ſi gener infr. de ſolut.* aut ei quem ſoluens non tam bona fide quàm nimia credulitate procuratorem aut hæredem creditoris eſſe falsò exiſtimabat, cùm mandatum nullum haberet *dict. leg. qui hominem. §. ſi nullo.* Non enim tam facilè debuit credere *leg. ſi quis inficiatus 13. in princip. infr. depoſit.* Quemadmodum è contrario permittitur aliquando etiam bona fide non credere *leg. 2. infr. quod falſ. tutor.* Errant igitur qui hoc §. abutuntur in his verbis *ſi bonæ fidei poſſeſſori ſoluiſſet*, vt probēt ſufficere ad liberationē debitoris, quòd ſoluerit

bona

bona fide alij quàm vero creditori hactenus ſaltem vt ſi non ipſo iure, tamen exceptionis ope liberetur *argum. d. ct. leg. cùm quis 38. §. 1. de ſolut.* Habet enim reſponſum illud Africani ſpecialem rationem ob mandatum verum quod præceſſerat, vt diximus, & cuius reuocatio non fuerat denunciata debitori ne ſolueret. Probatúrque contraria ſententia ex *dict. leg. ſi quid poſſeſſor 31. §. vltim. ſupr. de hered. petit.* vbi dicitur debitores hereditarios ſoluentes poſſeſſori hereditatis, ſiue bonæ fidei poſſeſſor ille fuerit ſiue prædo, ita demùm ipſo iure liberari ſi pecunia ad verum heredem peruenerit, quod & ſcriptum eſt in *leg. ſed etſi 25. § certè ſi minori pretio eod. tit. & in dict. leg. qui hominem 34. § ſi prædo infr. de ſolut.* Vt non ſine cauſa Paulus Caſtrenſis annotauerit ad *dict. §. vltim. Caueant ergo ſoluentes vt faciant ſibi caueri ſi contingat apparere, quod ille cui ſoluunt non ſit verus heres* (ſic enim addita ibi negatione legendum eſt) *aliàs poſſent damnum recipere.* Quamuis in eo qui ſoluit bonæ fidei poſſeſſori, adhibenda videatur diſtinctio, an ex ea ſolutione bonæ fidei poſſeſſor factus ſit locupletior, ſi debitores qui ei ſoluerunt, regreſſum aliquem aduerſus eum habituri ſint, iuxta diſtinctionem ab Vlpiano traditam in *dict. leg. ſed etſi 25. §. item ſi rem,* quia bonæ fidei poſſeſſor ex SC. quod de hereditatis petitione factum eſt, numquam teneri poteſt ſuprà quàm factus ſit locupletior neque directò neque indirectò vt idem Caſtrenſ. ſcribit ad *dict. §. item ſi rem numer. 2.* Locupletiorem tamen factum bonæ fidei poſſeſſorem intellige ſi à creditore ſuo aliquo liberatus ſit *leg. ſi pupilli 66. in fin. de ſolut. leg. ſpecies 11. infr. de acceptil.* licèt poſtea decedat aut fiat non ſoluendo. Aliud enim eſt locupletiorem non eſſe factum: aliud verò ſoluendo non eſſe. Diuerſa cauſa eſt poſſeſſoris etiam prædonis ſoluentis etiam ſuo nomine debitori hereditario. hic enim etſi non liberat verum heredem ipſo iure, liberat tamen ope exceptionis *dict. leg. ſi quid poſſeſſor 31. in princip.* cuius initium cum *§. vltim.* eiuſdem legis ita coniungendum eſt, vt in tota lege nihil niſi hanc antitheſim Vlpianus docere voluiſſe videatur, quod & Caſtrenſis ad *dict. §. vltim.* bene obſeruauit, & nos addere debuimus ad ea quæ ibi ſcripſimus. Iunge *leg. 2. cum ſeqq. infr. de cond. indeb.* vbi agitur de hereditatis poſſeſſore qui ſoluerit, non de eo cui ſolutum fuerit. Planè ſi ponas debitorem hereditarium ſoluiſſe bona fide etiam prædoni mandante iudice, aut ex edicto aliquo, & vt noſtri loquuntur ordinamento Principis etiam Tyranni vel Magiſtratus dummodo graui & pœnali vt loquitur Bartolus ad *leg. creditor 102. in fin. infr. de ſolut.* Nam cùm dolo & culpa careat qui paret iudici, cui parêre habet neceſſe, multóque magis Principi qui vitæ ac necis in eum habeat poteſtatem *leg. non videntur 167. §. 1. de regul. iur.* fatendum eſt liberationem hoc caſu ipſo iure contingere ex *leg. Paula Callinico 27. §. vltim. de legat. 3. leg. Liberto 21. §. Lucius infr. de ann. legat.* etiam non expectato quadriennio de quo in *leg. bene à Zenone Cod. de quadr. preſcript.* Semper enim benè ſoluit, qui mandante iudice ſoluit *leg. ſancimus 25. C. de admin. tutor.* nec appellare cogitur etiamſi maximè poſſit *leg. ait Prætor 7. §. permittitur ſupr. de minor.* quamuis prudentiùs faciat ſi reluctetur quantum poteſt ne colluſiſſe videatur, vt ex illo loco noſtri vulgo tractant, nec requiritur vt præciſa aliqua, coactio ſequatur decretum iudicis aut Principis, cùm metus ipſe coactionis pro coactione ſit *leg. nouiſsimè 7. § 1. infr. quod falſ. tutor. author.* nec bonam fidem agnoſcere prohibeatur quiſquis ſcit ſe debere *leg. ſi reus 73. de procurat. ſupr. leg. quoties 9. §. nec vtique infr. de admin. tutor.* maximè ſi ſub vſuris grauioribus pecuniam debuit à quibus voluerit ſe liberare *§. ſed ſi ſub vſuris ead. leg.* Cæterùm quo caſu ſoluere quis iubetur, non ſufficiet vt profeſſionem ſolutæ pecuniæ & apocham referat à creditore: non enim quiſquis ſolutionem accipere poteſt, etiam per acceptilationem aut alio quolibet modo liberare debitorem poteſt. vt cernere eſt in tutore, curatore, procuratore & alijs huiuſmodi perſonis quæ alieni debiti exigendi ius habent *leg. pactum curatoris 22. Cod. de pact. leg. non abſtulit 4. Cod. de nouat. leg. fugitiuus 19. infr. de ſolut. leg. cui recte 10. leg. non ideo 25. infr. de nouat.* Ideóque leges quæ loquuntur de debitoribus hereditatis liberandis per ſolutionem factam poſſeſſori, loquuntur ſemper de ſolutis debitis & exactis: quæ verba naturalem & veram numerationem ſignificant non fictitiam & ciuilem. Et verò, quomodo poſſet vnquam pecunia quæ poſſeſſori ſoluta dicitur ad verum heredem peruenire quomodo neceſſe eſt *dict. leg. ſi quid poſſeſſor 31. §. vltim. ſupr. de hered. petit.* ſi verè ſoluta & exacta non fuiſſet? Quare nec ſatis erit vt vera illa & realis numeratio probetur ex nuda confeſſione bonæ fidei poſſeſſoris aut veri procuratoris, ſed aliunde probari eam neceſſe eſt, ne alioqui facile ſit legibus illudere ac fraudem facere. Sanè cùm ex mandato Principis vel iudicis alij ſoluitur, quàm cui debetur, inſpiciendum eſt an debitoris odium an creditoris mandato cauſam dederit, & an debitoris mora aliqua præceſſerit an nulla, vt noſtri poſt Bartolum diſtinguunt ad *d. l. creditor 102. de ſolut.*

32. CELSVS libro 5. Digeſtorum.

SI & me, & Titium mutuam pecuniam rogaueris, & ego meum debitorem tibi promittere iuſſerim, tu ſtipulatus ſis, cùm putares eum Titij debitorem eſſe: an mihi obligaris? ſubſiſto: ſiquidem nullum negotium mecum contraxiſti: ſed propriùs eſt, vt obligari te exiſtimem: non quia pecuniam tibi credidi: (hoc enim, niſi inter conſentientes fieri, non poteſt) ſed quia pecunia mea, quæ ad te peruenit, eam mihi à te reddi bonum & æquum eſt.

Digitized by Google

*Ad l. Si & me & Titium 32.*

RAT. DVBIT. Cùm tu & me & Titium mutuam rogaſti pecuniam, & ego meum debitorem tibi iuſſi promittere, tu verò ſtipulatus es, cùm putares eum tuum debitorem eſſe, verum eſt te nullum negotium mecum contraxiſſe. Ergo nec vlla obligatio ſiue naturalis ſiue ciuilis nata dici poteſt vt tibi obligatus videri debeam ſaltem ciuiliter & actione aliqua, quæ ſcilicet naſci non poteſt, niſi contractum inter nos fuerit *συνάλλαγμα l. iuris gentium 7. §. 1. ſupr. de pact.* Multo minùs autem dici poteſt, teneri te mihi condictione certi ex mutuo, licèt mutuam pecuniam tu me rogaueris; quandoquidem non niſi inter conſentientes, mutui obligatio contrahi poteſt, vt nec alia vlla earum quæ ex contractu naſcuntur *l. in omnibus 55. iunct. l. 57. de oblig. & action l. ſi ego 18. ſupr. hoc tit.*

DEC. Iure naturæ ac gentium æquum eſt neminem locupletari ex damno alieno *l. nam hoc natura 14. infr. de condict. indeb. l. iure naturæ 206. de regul. iur.* Atqui in propoſita ſpecie locupletareris ex mea iactura, ſi non haberem te obligatum eius pecuniæ nomine, quam iuſſi debitorem meum tibi promittere, licèt tu ab eo ſtipulatus ſis, tanquam à debitore Titij. Nec enim vlla mihi ſupereſſe poteſt actio contra debitorem meum, qui per delegationem à me factam liberatus eſt ipſo iure quaſi facta nouatione quæ ſemper fit per delegationem nec minùs iure nouo quam vetere, quoniam Iuſtiniani conſtitutio in *leg. vltim. Cod de nouat.* quæ iura vetera circa nouationes correxit, ad eum caſum non pertinet, quo delegatio expreſſim facta ſit cùm nequeat fieri vnquam ſine nouatione, vt benè hîc Caſtrenſis, benè addens, aliud dicendum fore ſi mandaſſem debitori meo vt tibi ſolueret, tu autem ab eo ſtipulatus eſſes. Tunc enim quia nulla eſſet delegatio, nec nouatio facta intelligeretur *leg. Stichum & in fin. leg. ſi debitorem meum 21. infr. de nouat.* Ergo in propoſito dicendum eſt dandam mihi contra te condictionem *vt & in l. ſi eum ſeruum 23. ſupr. hoc tit. l. ſi quis mancipiis 17. §. vltim. & pen. infr. de inſtit. act.* Non quidem certi ex mutuo, cùm nullam tibi pecuniam crediderim, ſed ea condictione, quæ ex iure gentium competit aduerſus omnes qui non ex iuſta cauſa poſſident, vt ſcriptum eſt in *l. verum quidem 25. infr. rer. amot.* Perpetua enim fuit illa veterum opinio, id quod ex iniuſta cauſa apud aliquem ſit condici ei poſſe *l. perpetuò 6. infr. de condict. ob turp. vel iniuſt cauſ.* Quamquam non idem eſt dicere *ex iniuſta cauſa vt in dict. leg. perpetuò, & non ex iuſta cauſa vt in dict. leg. rerum.* Eſt enim hoc poſtremum generalius vt conſtat ex hac lege, in cuius ſpecie, pecunia mea quæ ad te peruenit ex tua ſtipulatione iuſſu meo interpoſita non ex iniuſta cauſa penes te inuenitur, ſed tamen eſt non ex iuſta cauſa, & idcirco condici eam bonum & æquum eſt, vt hæc lex ait: quia licèt nullum inter nos negotium geſtum ſit, negari tamen non poteſt quin facto meo pecunia mea ad te peruenerit, quod vnum ſufficit ad dandam condictionem adeòque certi ex mutuo ſi negotium aliquod inter nos geſtum eſſet *l. non omnis 19. §. ſi pupillus ſupr. hoc tit.* Obſeruandum autem eſt condictionem de qua hîc agitur ex mera neceſſitate introductam eſſe ac velut in ſubſidium, vt eo caſu locum haberet quo alia nulla competeret, cùm tamen aliquam dari æquum eſſet, ne quis ex aliena iactura locupletaretur, vt & in *leg. ſi eum ſeruum 23. ſupr. eod.* ſemper enim ſubueniendum eſt aduerſus improbum lucrum *leg. ſi pro patre 10. §. ſi dominus infr. de in rem verſ.* Nec tantùm ſi nulla alia actione conſultum eſſe poſſit ei cuius fuit pecunia, ſed etiam ſi conſultum quidem aliquando fuit, ſed tamen conſultum eſſe poſteà deſiit, vt Caſtrenſis hîc notat ex *leg. vlt. §. tutor. infr. de condict. indeb.* Addit Caſtrenſis tertium caſum, quando nec ab initio conſultum fuit, nec conſultum eſſe deſiit, ſed tamen ſi contra alium agerem, liberaretur ille ex aliqua æquitate cedendo mihi actionem, vt in ſpecie §. *vltim.* legis proximè præcedentis. Sed nos ad eum locum id iam refutauimus. Illud ſanè Azo benè notauit, toties hunc condictioni locum eſſe quoties is qui alienam accepit pecuniam nullam eius retinendæ cauſam habet: alioqui ceſſat condictio, ſicut & ſi ex eadem æquitatis ratione alia actio poſſit competere puta mandati vt in *leg. ſi negotia 31. infr. mandat.* aut negotiorum geſtorum vt in *l. quamquam 7. in fin. infr ad SC. Velleian.* aut *rei vxoriæ vt in leg. vir ab eo 49. infr. de iur. dot.* Ceſſantibus aliis actionibus, nec ceſſante tamen æquitate, condictio neceſſaria eſt vt in *leg quæ fundum 50. eod. leg. vxor marito 55. de donat. int. vir & vxor.* condictio inquam, aut ſine cauſa ſi negotium aliquod geſtum ſit *leg. 1. & tot. tit. infr. de condict. ſin. cauſ.* aut generalior illa de qua hic agitur & in *dict. leg. rerum & in dict. leg. ſi eum ſeruum 23 ſupr. hoc tit.* cùm negotium nullum inter nos geſtum eſt: cæteræ namque condictiones naſcuntur omnes ex aliquo negotio geſto, hæc ex nullo. Quod ab Accurſio, cæteriſque interpretibus minùs benè perceptum videtur, qui hanc legem vel de condictione certi generali per ſe ſumpta, & ſeparatim à ſpeciali (qualis certè nulla eſt) vel de condictione ſine cauſa intelligunt. Planè quod lex ponit pecuniam meam ad te perueniſſe benè Accurſius explicat de pecunia mihi debita, vt & in *leg. ſi pecuniam 9. Cod. de negot. geſt.* nam etſi quod mihi debetur, meum adhuc non eſt, quia quod iam meum eſt non magis deberi mihi poteſt quàm magis fieri meum *leg. non vt ex pluribus 192. de reg. iur. §. ſic itaque Inſtit. de action.* meum tamen quodammodo eſſe videtur ex ea iuris regula quæ vult, eum qui actionem habet ad rem conſequendam ipſam quoquerem habere videri *l. is qui actionem 11. de regul. iur.* Nam & qui actionem ad rem habendam amittit rem quoque ipſam amittere intelligitur.

### 33. MODESTINVS libro 10. Digeſtorum.

PRincipalibus conſtitutionibus cauetur, ne hi, qui prouinciam regunt, quíve circa eos ſunt, negotientur, mutuámve pecuniam dent, fœnúſve exerceant.

*Ad l. Principalibus 33.*

RAT. DVB. Mutuum contractus eſt iuris gentium itémque fœnus quæ ſpecies eſt pignoris *l. deportatus 15. infr. de interd. & releg* vbi dicitur deportatũ licèt amittat ciuitatem, poſſe tamen contractus facere

cere, quia non amittit ea quæ ſunt ex iure gentium, ex quo ſunt etiam cæteri omnes contractus, perpaucis exceptis *l. ex hoc iure 5.* vbi diximus *ſupr. de Iuſtit. & iur.* Atqui Præſides prouinciarum & alij qui prouincias regunt, quive circa eos ſunt, non ideo amittunt ea quæ ſunt iuris gentium, ne ſint deterioris condicionis ob id ſolum, quod maioribus fruantur honoribus contra *l. quod fauore 6. C. de legib. l. nulla 25. ſup. eod. ill. tit.* & ne careat minoribus qui fruitur maioribus, vt ratiocinatur Papinianus *in l. tri pacto 5. inf. de ſeru. expor.* nemini enim ad inuidiam nocere dignitatem ſuam oportet *l. ad inuidiam 6. C. de his quæ vi metuſve cauſ.* Ergo neque his, qui prouincias regũt, neque iis, qui circa illos ſunt, interdicendum eſt, ne negotientur, mutuamve pecuniam dent, fœnuſve exerceant, maxime verò ſi mutuã pecuniam gratuitam dare velint, vt ſolet, debetque mutuum omne, quod non eſt fœnus, eſſe gratuitum. DEC. Nihil eſt, quod conuentionibus hominum magis debeatur, quàm vt ſint liberæ, non per vim aut potentiam alterutrius contrahentium extortæ *l. vlt. Cod. de eo quod met. cauſ.* cum omnes conuentiones ex conſenſu vim & ſubſtantiam accipiant, *l. 1. ſupr. de pact.* qui porrò conſenſus ſi per vim aut metum & impreſſionem extortus ſit ab eo cui cõtradicere alius non audeat, proxime accedit ad diſſenſum *l. 1. §. quæ onerandæ inf. quar. rer. act. non det. l. pen. inf. de furt.* licet dici ſoleat, etiam coactam voluntatem nihilominus eſſe voluntatem *l. ſi mulier 21. §. vlt. ſupr. de eo quod met. cauſ. l. ſi patre cogente 22. inf. de rit. nupt.* Atquin ij, qui prouincias regunt, ſola dignitate ſunt terribiles, vt ait *l. vnic. Cod. ſi rect. prouint. vel ad eum pertin. ſponſal. dedar.* tanquam qui in prouinciales omnes habeant vitæ ac necis poteſtatem. Meritò igitur iis interdictum eſt, ne in prouincia ſua negotientur, nec ipſis tantum, ſed etiam ipſorum domeſticis & conſiliariis *l. vnic. C. de contract. iudic.* vbi additur, nec per interpoſitam perſonam hoc eis licere: ſolent enim ſuſpectiora eſſe quę clã fiunt *l. vlt. infr. De rit. nupt.* & per ſuppoſitam alterius perſonam *l. 5. § ſed ſi per interpoſitam, infr. de author. tutor. l. ſi is qui bonis 91. De acquirend. hered.* Idemque conſtitutum eſt in cæteris, qui in mediocri dignitate poſiti ſint *l. pen. Cod. de eo quod met. cauſ.* Fit ergo hoc ex principalibus conſtitutionibus, quæ hac parte ius nouum induxerunt, & ex non delicto fecerunt delictum, adeoque pœnam quadrupli irrogarunt, ſi quis contrà faceret *l. non licet 46. infr. de contr. emption.* vbi tamen additur exceptio *niſi ſpecialiter quibuſdam hoc conſenſum eſt.* Quæ tamen exceptio vereor ne ſit Triboniani reſpicientis *ad d. l. vnic. C. de contract. iudic.* vbi hæc ipſa exceptio ponitur iis verbis: *niſi ſpecialem noſtri numinis hoc eis permittentem diuinam reſcriptionem meruerint.* Incognita enim fuit toti Iuriſprudentiæ veteri ea exceptio, ſicut & tandem abrogata per Leonis *Nouel. 84.* Sed & Iuſtinianus ipſe ſupradictam exceptionem adiecit in vrbanis tantum magiſtratibus Conſtantinopolitanis, non etiam in prouincialibus prouincias moderantibus, quibus prohibet diſtricte non ſolum donationes, ſed etiam emptiones quarumcunque rerum ſiue mobilium ſiue immobilium, præter eas, quæ ad alimoniam vel veſtes pertinent, adeoque ædificationes *licet* inquit *ſacri apices aliquid eorum permiſerint.* Sed omnes eæ conſtitutiones ad Magiſtratus temporales pertinent, quales erant olim Præſides prouinciarum omnes, non etiam ad perpetuos vt conſtat ex *l. ſeq. & ex l. 3. Cod. ſi cert. pet.* in illis verbis *tempore officij ſui* quib. vtique abſurdum & iniquum eſſet perpetuo interdici commercio, vt de minoribus ſcriptum eſt *in l. ait Prætor 7. §. quæſitum ſupr. de minor.* ne, vt de Principe quodam loco Baldus ait, is qui omnium Præſul eſt, fiat omnium exul. Sed in temporalibus Magiſtratibus longe maior fuit ratio prouidendi, ne poteſtate illa abutantur, quam diuturnam non fore vident. nihil enim eſt, quod ad perpetuandam poteſtatem tantopere faciat, quàm ſi quis ea temperate vtatur, non inſolenter, aut auare. Quæ res fecit, vt Magiſtratus Romanos Cæſar Tyberius primus fecerit ex temporalibus perpetuos, quod ea ratione meliores illos & Reipublicæ vtiliores fore ſperaret. Sane quod vulgo creditum eſt ab interpretibus, ſupradictas conſtitutiones non pertinere ad eos, qui prouinciam illam regunt, ex qua ſint oriundi, probare non poſſum, ſi verum eſt, quod ſcriptum video *in l. qui officij 62. De contrahend. emption.* eum, qui officij cauſa in prouincia agit, vel militat, non poſſe comparare in eadem prouincia *præterquam* inquit *ſi paterna eius à fiſco diſtrahantur.* Etſi non ignoro ea verba *paterna eius* prætermiſſa eſſe ab Harmenopulo *libro tertio Tit. 3.* quæ tamen mihi ſemper viſa ſunt non prætermittenda. ſignificant enim eſſe aliquid indulgendum adfectioni Præſidis, id agentis, vt bona paterna ſibi ſeruet (honeſta enim adfectio eſt *l. ſi in emptionem 35. ſupra de minor. l. prima, §. & alias videamus infr. ſi quid in fraud. patron. l. lex quæ tutores 22. Cod. de adminiſtrat. tutor.*) ſed hactenus, vt non ab alio poſſit bona emere, ne quidem paterna, niſi à fiſco, quippe cui Præſes prouinciæ minus terribilis videri poſſit, cum fiſcus ſit Cæſaris. Nec eo magis tamen permiſſum eſt Præſidi prouinciæ à fiſco bona quælibet emere, ne eo prætextu colludens forte cum procuratore Cæſaris, tanto facilior & propenſior eſſet ad bona fiſco adiudicanda, à quo poſtmodum eadem eſſet comparaturus. Neque illud rurſum probo, quod noſtri volunt, potuiſſe olim Præſides etiam in ea prouincia, in qua degebant, à non ſubditis comparare. Quomodo enim id fieri poſſet, quin is venderet, qui in prouincia verſaretur? Atqui hoc ſufficit, vt venditio prohibeatur, *l. quiſquis 16. Codic. ſi cert. petat.* licet ea lex non de Præſide ſit, ſed de Iudice, vt mox dicemus. Et ſane illi etiam, qui ſubditi non ſunt eius prouinciæ, quod ex alia ſint, fiunt tamen ſubditi ſaltem ſecundum quid in ea prouincia, in qua verſantur, ſiue in ea contrahant, ſiue delinquant *l. heres abſens 19. §. primo*, vbi diximus, *ſupr. De iudic. l. prima, Codic. vbi de crimin. agi oport.* Cæterum quamuis pecuniam mutuam dare Præſides prouinciarum, & qui circa eos ſunt, non poſſint, ne his artibus amicos ſibi parent in ea prouincia, cui præſunt, quam nonniſi bonæ ſanctæque adminiſtrationis dignitate ſibi deuincire debeant, pecuniam tamen mutuam accipere poſſunt, adeóque fœnori *l. proxim. infr.* quoniam huiuſmodi contractus non aliam cauſam habere ſoleat, quàm neceſſitatis, & vt plurimum ad neceſſarias res comparandas, præſertim cum ex pecunia mutua, ſiue fœnebris ſit, ſiue gratuita, nihil aliud comparari poteſt *dict. leg. vnic. Cod. de contract. iud.* Nec obſtat quod quidam adferunt *ex l. Scriniarios 8. Cod. de numer. actuar. & chartular. lib. 12. tit. 50.* in illis verbis *nullatenus in poſterum aut mutuam pecuniam ſumere.* Non enim ibi quieſcit oratio, ſed in iis, quæ ſtatim ſequuntur *aut polliceri cuiquam pro publicis expenſis cogi.*

Ex quibus apparet non prohiberi ea lege ſcriniarios præfecti prætorio mutuam pecuniam ſumere, ſed ne ſumere cogantur: quod ad abolendam contrariam eorum temporum conſuetudinem ita conſtituendum fuit. Alia ratio eſt, & deterior condicio Iudicis cui ſi quis pecuniam mutuam dederit, etiam fœnebrem exilij pœna quaſi emptor legum plectendus eſt cum ipſo iudice, perinde ac collectarius qui honorem ambienti precium honoris dedit, vt ſcriptum eſt in *d.l.quiſquis*. Nec enim Præſides iudicabant, ſed dabant iudices pedaneos *l. 2. Cod. de pedan. iudicib.* quamuis interdum etiam dicantur iudices *d.l.vnic. Cod. de contract. iudic.* ſed maiores *l. non diſtinguemus 32. §. de liberali ſupra de recept. Qui arbitr. recep.* vbi diximus *& ad l. 4. §. 1. ſup. de interrog. in iur. fac.* Etſi videtur *dicta l. quiſquis*, non tam ad prouinciales pertinere, quàm ad eos, qui quoniam ex aliena ſunt prouincia, putant impunè ſibi licere in ea prouincia in qua verſantur, illa facere omnia quæ prouincialibus ſunt interdicta. Id enim ſignificant meo iudicio verba illa *ſi in prouincia fuerit verſatus*, & quæ ſtatim ſequuntur, *quaſi emptor legum atque prouinciæ*. Ideóque fuit illa conſtitutio neceſſaria, vt non prouincialibus tanto ſeueriùs interdiceretur, quod ſolis prouincialibus fuerat interdictum. Habebit ergo lex illa locum hodie etiam in Præſidibus prouinciarum & Magiſtratibus qui hodiè iudicandi habent neceſſitatem poſt *d. l. 2. Cod. de pedan. iudic.* quæ cùm ſit Imperatorum Diocletiani & Maximiani qui Honorium & Theodoſium in Imperio præceſſerunt, efficit proculdubio vt *dicta lex quiſquis*, etiam ad Præſides referri debeat, ſed hoc ſemper retento ex iure vetere, vt ad temporales tantùm pertineat non etiam ad perpetuos, vt diximus. Ex quo apparet non eſſe hodie in vſu apud nos hanc legem, apud quos magiſtratus omnes ſunt perpetui. Idémque noſtri tractant *ad l. vnic. Cod. de contract. iudic. ex l. proxim. infra.*

34. PAVLVS libro 2. Sententiarum.

PRæſidis prouinciæ officiales, quia perpetui ſunt, mutuam pecuniam dare, & fœnebrem exercere poſſunt.

*Ad l. Præſidis 34.*

RAT. DVB. Abſurdum videtur melioris condicionis eſſe Officiales Præſidis quàm ipſum Præſidem. Ergo quod non licet Præſidi, nec Officialibus eius licere debet, atqui Præſides prouinciarum nec mutuam pecuniam dare nec fœnebrem exercere poſſunt, vt diximus in *l. prox. præced.* Proinde nec Officiales eius poſſunt. DEC. Differentiæ ratio magna & euidens eſt inter Præſides prouinciarum & eorum officiales. Præſides enim prouinciarum ad tempus duntaxat prouincias regunt, officiales verò ſunt perpetui. mirum igitur non eſt diuerſum ius conſtitutum eſſe, inter quos tanta eſt ratio diuerſitatis *l. 3. § vnde igitur ir. ff. de iniuſt. rupt.* Ergo quod ſcriptum eſt in lege præcedente de iis qui circa Præſides ſunt, vt non magis quàm ipſi Præſides mutuam pecuniam dare ac fœnus exercere poſſint, ad eos reſtringendum eſt, qui circa Præſides ad tempus ſunt, non ad eorum officiales qui ſunt perpetui, perpetui inquam non quia ibi perpetuò habitarent quòd inde orti eſſent: quæ vna eſt ex interpretationibus Accurſij, ſed quia eorum officium perpetuò durabat, vt idem ille interpretatur, nec erat annuum, aut temporale. Idem igitur obtinere hodie debet in Magiſtratibus ipſis, qui perpetui ſunt non temporales, vt diximus ad legem præcedentem.

1 ¶ Præſes prouinciæ mutuam pecuniam fœnebrem ſumere non prohibetur.

*Ad §. 1. Præſes prouinciæ.*

RAT. DVB. Contrariorum eadem ratio eſſe ſolet, & maximè correlatiuorum *l. 1 Cod. de cupreſſ. lib. 11. tit. vltim.* Contraria autem, adeóque correlatiua ſunt pecuniam fœnebrem dare & ſumere non minùs quàm vendere & comparare. Ergo quemadmodum Præſidibus prouinciarum interdictum eſt ne mutuam pecuniam dent aut fœnus exerceant, ita interdicendum iis fuit, ne pecuniam mutuam ſiue gratuitam, ſiue fœnebrem ab aliquo ex prouincialibus accipere poſſint. DEC. Multum intereſt an Præſes prouinciæ mutuam pecuniam fœnebrem det, an accipiat. Dare fœnebrem prohibetur principalibus conſtitutionibus, de quibus in lege præcedente, non tantùm quòd auarum nimis & ſordidum ſit, ac proinde indignum Magiſtratu quolibet, ſed maximè Præſide, & rectore prouinciæ fœnus exercere, verùm etiam quòd nec aliter ei in prouincia cui præeſt contrahere permittatur ob rationes à nobis ſuprà allatas. At pecuniam fœnebrem ſumere neceſſitatis magis eſt quàm auaritiæ. quotus enim quiſque eſt, qui pecuniam fœnori ſumere velit, niſi coactus? ſi modò nummularios & argentarios excipias, qui plerumque accipiunt, vt aliis poſteà collocent grauiore fœnore. Quod ſicut auariſſimum & ſordidiſſimum eſt, ita nec Præſidibus prouinciarum permiſſum eſſe credendum eſt, qui à cæteris quoque contractibus etiam alioquin licitis abſtinere iubentur. Quæ res facit, vt tanto magis licere illis debeat pecuniam fœnori accipere, cùm id facere eo conſilio nunquam poſſint, vt ex ea pecunia fundos comparent, ſed tantùm vt ea quæ ad victum & veſtitum, & ſi qua ſunt alia neceſſaria, quibus carere Præſidem prouinciæ, & egere cogi, non modò abſurdum & iniquum eſſet, verùm etiam indecorum. Ex eo autem quod Paulus in hac lege loquitur de pecunia fœnebri quam Præſes prouinciæ etiam à prouinciali creditore ſumere non prohibetur, intelligimus non idem eſſe in mutua data pecunia gratuita: cur enim de fœnebri loqueretur, ſi in gratuita idem eſſet? Hoc autem ideo fortaſſe, quod magno ſe beneficio adſtringit ille qui mutuam pecuniam accipit gratuitam ab alio, vt non abs re creditoris ſui ſeruus

quodam-

quodammodo eſſe videatur, vt dicebat Seneca, at nonetiam ille qui creditori fœneratitio pro beneficio rependit fœnus, qua de cauſa nec ad antidotum vlla obligari eum exiſtimandum eſt.

35. Modestinvs libro 3. Reſponſorum.

PEriculum nominum ad eum, cuius culpa deterius factum probari poteſt, pertinet.

*Ad l. Periculum 35.*

Rat. dvbit. Periculum cuiuſque rei ad dominum pertinet. cui enim magis perire res quælibet poteſt, quàm domino? *vulg. l. qua fortuitu 6. l. pignus 9. C de pignor. actor.* Vnde eſt, quod periculum pignorum nominis venditi ad emptorem nominis pertinet tanquam qui per emptionem factus ſit dominus nominis *l. periculum* 30. *inf. de pignor.* præſertim cum periculum nominis ex eo ſolo æſtimetur, ſi debitor fiat non ſoluendo, vt hic notat Accurſius, quod ipſum tamen ne accidat, non in poteſtate cuiuſquam eſt, ſed ea inopinato fortunæ euétu & impetu pendet, vt loquitur Papinianus in *l. 4. infr. vt in poſſ. legat. l. litis 37. § ſi pecunia ſup de neg. geſt.* Non ergo inſpiciendum eſt cuius culpa nomen deterius factũ ſit, cum quæritur de periculo nominis, ſed quis eius dominus ſit Dec. Etſi nonniſi aliquo caſu fortuito ſolet accidere, vt nomen deterius fiat, vix tamen eſt vt non aliqua præcedat culpa & negligentia illius, qui ex eo nomine agere potuit & debuit, nec egit. Fiunt enim nomina deteriora tẽpore propter mutationes, quæ interim ſuperuenire in dies ſolent. Æquum igitur eſt pertinere periculum nominis ad eum cui culpa & negligentia imputari poteſt, cur non egerit & exegerit, vt euenire aliàs generaliter ſolet, quoties culpa præcedit caſum *l. .. §. 1. de offic. præfect. vigil. l. ſi vendita* 11. *infr. de peric. & com. rei vendit. l. ſi ex plagis 52 §. in cliuo Capitolino ſup. ad leg. Aquil.* Adeò autem legiſlator exoſam habet culpam & negligentiam, vt vix vnquam velit eam manere impunitam, niſi cum talis contractus eſt, in quo non culpa vindicari debeat & negligentia, ſed dolus tantum aut lata culpa, quæ dolo æquiparatur, ſecundum diſtinctionem, de qua in *l. ſi vt certo 5 §. nũc videndum inf. commod. l. contractus 27 infra de regulis iur.* Non igitur ad alium pertinere periculum nominis æquum eſt, quàm ad eum, cuius culpa id deterius factum ſit. Et quoniam non alij culpa hac parte imputari poteſt, quàm ei qui potuit agere nec egit (vnde eſt, quod nec ad prædonem pertinet periculum quia nihil ei poteſt imputari, qui actionem non habuit *l. ſi quid poſſeſſor 31 §. illud ſupra de hered. petit.*) is demum autem agere poteſt qui nominis dominus eſt consequens ſit, vt ad dominum nominis periculum pertinere debeat regulariter: ſed quia plerumque accidit, vt etiam is qui dominus nominis non eſt, exigendi tamen nominis ius habeat alieno nomine vt cernere eſt in tutore, curatore, procuratore, magiſtratu aliiſque huiuſmodi iis qui ſunt adminiſtratoribus, qui licet domini non ſint, dominorum tamen loco habentur *l. qui fundum 7. §. ſi tutor inf. pro emptor. l. vero procuratori 12. inf. de ſolut.* Ad hunc demum casum accommodanda eſt quæſtio huius legis de periculo nominis, vt ſcilicet ad eum quoque pertinere debeat, qui non eſt dominus. ſi culpa ei aliqua & negligentia imputari poſſit propter quam deterius nomen factum ſit. Petenda itaq; ſunt exẽpla huius legis ex iis locis, quos Accurſius cõgerit, id eſt, ex *d. l. litis 37. § ſi pecunia ſup de negot. geſt. l. ſi tutor 5. l. chirographis 57. 1 ff de admin. tutor. l. 2 & l. quicquid 7. C. arbitr. tutel.* Sane quod ille adfert ex *l. id quod 19 §. vlt. inf. de pecun. conſt. l. ſi remunerandi 6. § apud Iulianum ſupr. mand.* minus ad hanc legem pertinet, ſicut & quod ille diſputat de pluribus tutoribus aut magiſtratibus quando & quo ordine conueniendi ex *l. 2. & vlt. C. quo quiſque ordine conuen. lib. 11 Tit. 35 & l. 2. C. de ſuſcept. præpoſ. & arcar. lib. 10. Tit. 70. de quo in l. vlt. § Imperatores inf. ad mun. ip.* Illud notatu dignum eſt eum, qui in alium transferre vult periculum nominis ob ipſius culpam & negligentiam, probare debere idonea ab initio fuiſſe nomina *d. l. 2. vbi Accurſ. C. arbit. tut.*

36. Iavolenvs libro 1. Epiſtularum.

PEcuniam, quam mihi ſine conditione debebas, iuſſu meo promiſiſti Attio ſub conditione. cum pendente conditione, in eo ſtatu ſit obligatio tua aduerſus me, tanquam ſub contrariam conditionem eam mihi ſpopondiſti: ſi pendente conditione petam, an nihil acturus ſum? Reſpondit: Non dubito: quia mea pecunia, quam ipſe ſine conditione ſtipulatus ſum, etiam ſi condicio in perſona Attij, qui ex mea voluntate eandem pecuniam ſub condicione ſtipulatus eſt, non extiterit, credita eſſe permaneat: perinde eſt enim, ac ſi nulla ſtipulatio interuenisſet: pendente autem cauſa conditionis, idem petere non poſſum: quoniam cum incertum ſit, an ex ea ſtipulatione deberi poſſit, ante tempus petere videor.

*Ad l. Pecuniam 36.*

Rat. dvb. Cùm pecuniam, quam mihi ſine cõdicione debebas, iuſſu meo promiſiſti Attio ſub condicione, facta delegatio eſt, ac proinde nouatio. Eſt enim delegatio ſpecies nouationis, & quidem omnium certiſſima & euidentiſſima *l. delegare 11. in princip. & §. 1. infr. de nouat.* & in qua non diſtinguitur, vt aliàs diſtingui ſolet, an animus nouandi interceſſerit necne, ne quidem poſt *l. vlt. C. de nouat.* quia delegatio nunquam fieri poteſt ſine nouatione, vt diximus ad *leg. ſi & me 32. ſupra hoc titul.*

Ergo tollitur ipſo iure prima obligatio quæ fuerat pura. Quid enim aliud nouatio eſt, quam prioris obligationis peremptio, & in ſequentem transfuſio? *l.1. eo. tit. de nouat.* Aut ſaltem dicendum eſt priorem obligationem ex pura factam fuiſſe condicionalem, quaſi in eo ſtatu ſit obligatio tua aduerſus me, ac ſi eandem pecuniam quam Attio ſub condicione promiſiſti ſub contraria cōdicione mihi ſpopondiſſes, vt de legato puro adempto ſub condicione ſcriptum eſt in *l. legata 14. inf. de adim. legat. l. aliquando 107. in fin. de cond. & demonſt.* Conſequens igitur eſt, vt etiamſi poſterioris ſtipulationis condicio deficiat, ex priore tamen agi nunquam poſſit, non magis quàm pendente adhuc condicione, cùm obligatio ſemel extincta nunquam reuiuiſcat *l. qui res 98 §. aream de ſolut.* Alioqui ſi neque nouatio vlla per poſteriorem ſtipulationem facta intelligitur, neque prior ſtipulatio facta eſſe condicionalis ex pura, dicendum erit etiam pendente adhuc condicione agi poſſe ex prima ſtipulatione, perinde ac ſi ſecunda ſtipulatio nulla fuiſſet interpoſita, cùm pendente condicione nulla poſſit eſſe vis ſtipulationis non modò ad agendum, ſed ne quidem ad inducendam obligationem, quia ante condicionis euentum dies neque ceſſit, neque venit *l. cedere diem 213. de verb. ſign.* In quo refert an ſub condicione ſit concepta ſtipulatio, an in diem certum, quia licèt hoc quoque caſu agi ante diem non poſſit, quia dies nondum venit, iam tamen ceſſit *d. l. cedere diem.* Nec tam nihil agit, quàm malè agit qui ante diem petit, cùm tamen is qui ante diem cedentem petit, non tam malè agat quàm nihil agit *l. vnic. in fi. ſup. quand. dies vſuſr. legat. ced. l. ſtipulatio iſta 38 §. inter incertam inf. de verb. obl.* Dic. Non poteſt fieri nouatio puræ obligationis per condicionalem ſubſequentem niſi tum demum cùm poſterioris condicio extiterit *l. ſi Stichum 8 § 1 l. quoties 14. inſr. de nouat.* Oportet enim ſequentem ſtipulationem aliquam eſſe ex qua naſcatur obligatio, vt in eam prior transfundi poſſit: quæ nouationis natura & definitio eſt, vt diximus ex *d. l.1. de nouat.* Atqui ea ſtipulatione condicionali, nulla ante condicionis euentum naſcitur obligatio, vt proximè probauimus. Ergo dicendum eſt ſi poſterioris condicionaliſque ſtipulationis cōdicio defecerit, fatendum eſt manere & obligationem & conſequenter actionem ea priore pura ſtipulatione integram, vt ex ea perinde agi poſſit, acſi condicionalis ſtipulatio nulla interceſſiſſet: nam nec vlla interceſſiſſe intelligitur, cùm tandem condicio defecit *l. neceſſario 8. inſr. de peric. & commod. rei vendit.* Nec tamen ideo conſequens eſt, vt antequàm poſterioris ſtipulationis condicio defecerit, agi ex priore poſſit, quia ſufficit in eo ſtatu rem eſſe propter poſteriorem ſtipulationem, vt poſſit pura obligatio tolli, adeóque iam inde ex die condicionalis ſtipulationis ſublata intelligi quandocunque contingat exiſtere condicionem, cùm eo demum caſu & tempore futurum ſit, vt appareat factam ab initio nouationem, quia & poſterioris ſtipulationis exiſtens condicio facit, vt ipſa quoque poſterior ſtipulatio fuiſſe videatur *l. potior 11. §. 1. inf. qui potior. in pignor. hab.* quo caſu non dubitaretur, quin per poſteriorem ſtipulationem nouata prior æquè pura ſtatim, & ab initio fuiſſet. Proinde ſi ante condicionis euentum agam malè ago, non quia dies nondum ceſſerit, quod eſſet ſi agerem ex ſtipulatione condicionali ante condicionem exiſtentem, nec rurſum quaſi dies ceſſerit quidem, ſed nondum venerit, quomodo ſi agerem ea ſtipulatione concepta in diem certum [ habeo enim obligationem, adeóque actionem iam natam & ipſo iure competentem ex priore, eadeḿque pura ſtipulatione, quæ nondum nouata fuit, ] ſed quia perinde agere ante tempus videor, acſi dies obligationis nondum veniſſet, propter dubium & incertum condicionis, quæ facit in ea cauſa eſſe puram obligationem, vt inuito poſteriore ſtipulatore ius poſterioris ſtipulationis, & ſpes nouationis quæ ex ea poteſt contingere, extingui non poſſit: quomodo ratiocinatur Vlpianus in *l. qui balneum 9. infra qui potior. in pignor. hab.* Tractamus enim de condicione caſuali, cuius euentus ex caſu pendeat aut in totum, aut ex parte, non de promiſcua, & vt noſtri loquuntur, poteſtatiua, quæ ſit in arbitrio & poteſtate ſtipulatoris aut promiſſoris, cuius & in aliis pleriſque diuerſa condicio eſſe ſolet, vt diximus *ad l. qui pecuniam 30. ſupr.* vt ſcilicet non tam facilè retrotrahatur ad tempus interpoſitæ ſtipulationis. Sed ei diſtinctioni locus eſt, cùm agitur de retroagendo effectu condicionis ad tempus interpoſitæ ſtipulationis in præiudicium iuris medio tempore quæſiti alteri, vt in ſpecie *l. 1 eod. ill. tit. qui potior. in pignor. hab.* quod hîc non contingit. Res enim tota inter me & te, & Attium agitur, nulla tertij alterius interueniente perſona. Ex his porrò intelligimus, ipſo quidem iure, actionem mihi competere ex prima ſtipulatione, etiam pendente poſterioris condicione, ſed tamen ſummouendum eſſe me exceptione pluris petitionis, qua & alius quilibet ſummoueri poteſt qui plus petit ſiue tempore, ſiue re, ſiue loco, ſiue cauſa *§ ſi quis agens & §. plus autem Inſtit. de action. & tot. tit. Cod. de plur. petit.* Sicque intelligi debent poſtrema illa verba huius legis, *Pendente autem cauſa condicionis, ideò* [ ſic enim legendum eſt, non *idem* ] *petere non poſſum, quoniam cùm incertum ſit an ex ea ſtipulatione deberi poſſit, ante tempus petere videor.* Quod cùm ita ſit, apparet non eſſe verum quod ex epiſtola illius, qui Iauolenum conſuluit initio legis ſcriptum eſt, pecuniam quam mihi debebas purè ſi promiſeris Attio ſub condicione *ſi nauis ex Aſia venerit* non videri amplius mihi debitam, niſi ſub contraria condicione *ſi nauis ex Aſia non venerit.* In eoque nimirum decipiebatur conſultor ille Iauoleni exiſtimans puram ſtipulationem, aut prorſus euanuiſſe, aut ea pura factam eſſe condicionalem. Iauolenus verò ſubtiliter vtrumque negat. Et quidem manere ſtipulationem priorem puram, qualis ab initio fuit, nec aut nouatam aut in condicionalem transformatam eſſe docet apertè, cùm ait pecuniam quam ego ſine condicione à te ſtipulatus ſum, etiamſi condicio in perſona Attij qui ex mea voluntate eandem pecuniam ſub condicione ſtipulatus eſt, non extiterit, creditam eſſe permanere, id eſt, adhuc debitam ea priore illa, eaque pura ſtipulatione, cùm perinde eſſe debeat, acſi poſterior ſtipulatio condicionalis interueniſſet, quæ nec vlla interueniſſe hoc caſu intelligitur *dict. l. neceſſariò 8 infra de peric. & commod. rei vendit.* Sicut è contrario ſi condicio extitiſſet, ſtipulatio pura ab initio fuiſſe intelligeretur. At quoniam huic propoſitioni conſequens eſſe videbatur, vt poſſem igitur etiam pendente condicione poſterioris ſtipulationis agere ex prima tanquam manente pura nec nouata, ſubiicit Iauolenus nec hoc rurſum dici poſſe, ideò quòd pendente cauſa condicionis adiectæ in poſteriore ſtipulatione in-

certum

certum ſit, an ex ea ſtipulatione condicionali & poſteriore debebitur pecunia, an ex pura priore. Itaque ſi antè agam, videor ante tempus petere, quaſi ſuſpenſa vi & poteſtate prioris ſtipulationis per tacitam adiectionem non quidem condicionis contrariæ illi quæ in poſteriore ſtipulatione fuit poſita, ſed temporis, quo contingat deficere condicionem poſterioris ſtipulationis Quod quidem tẽpus cùm ſit incertum, facit æquè condicionem aliquam *d. § inter incertam iunct. l. dies incertus 75. de condic. & demonſtr.* ſed non idcirco facit ſtipulationem ex pura condicionalem, nec ſuſpendit natiuitatem vt ita dixerim obligationis, aut actionis, ſed exactionem ſolam: quod non eſt nouum, vt conſtat ex *l. interdum 74. de verb. oblig.* paritérque ea res condictionem indebiti: quamuis diuerſum ſit cùm eandem perſonam omnimodo debituram eſſe certum eſt, quod contingit cùm idem ille, qui purè debet, eandem pecuniam ſub condicione nouandi animo promiſit non etiam ſi diuerſæ perſonæ proponantur eandem pecuniam & purè & ſub condicione promiſiſſe, vt in ſpecie huius legis, quæ ſententia & ratio eſt Pauli in *l. Iulianus verum debitorem 60. infra de condict. indeb.* quia proinde cum hoc loco benè cõſentit. Denique non tam condicione, quàm mora prior illa obligatio ſuſpenditur, vt de legato puro ſcriptum eſt in ſpecie *l. heres meus 106. de cõdic. & demonſtr.* nec abſurdum eſt obligationem etiam puram in pendenti eſſe, vt in *l. non enim 37. cum l. præced. l. ſi debitor 8. infra de iur. dot. l. quod Seruius 8. infr. de condict. cauſ. dat.* Adeò autem verum eſt in hac ſpecie nullam fieri nouationem prioris obligationis puræ per poſteriorem condicionalem, vt neque exceptio pacti de non petendo tibi accommodanda ſit, ſi pergam agere ex prima ſtipulatione poſt defectam prioris condicionem *l. in perſonam 30. § vlt. ſupra de pact.* quamuis facilius ſit vt inducatur pactum de non petendo, quod poteſt etiam tacitum eſſe *l. 2. cod. tit.* quàm delegatio, quæ non niſi per expreſſam ſtipulationem fieri poteſt, maioréſque proinde requirit ſolemnitates. Nimirum ſtipulatio nouandi animo interpoſita ſub condicione, ſicuti deficiente cõdicione non nouat, quia euaneſcit, ita nec vim pacti de non petendo habere poteſt, vt nec alia quælibet ſtipulatio inutilis *l. 1. § ſi quis ita de verborum obligationibus & l. 1. § eum qui infra de conſtit. pecun.* niſi cum acceptilatio facta eſt *l. ſi vnus 27. § pen. ſup. de pact. l. an inutilis 8. infra de acceptilat.* Alia & omnino diuerſa ſpecies eſt quam Paulus tractat in *l. purè 5. in princip. infra de doli mali except.* ſi cùm purè mihi centum deberes ego eadem centum legauerim tibi ſub condicione: hoc enim caſu poteſt heres meus interim pendente condicione petere à te centum, nempe quia legatum non facit quominus verum ſit deberi ea purè, cùm non fuerint tibi legata, niſi ſub condicione quæ poteſt deficere, vt Paulus ait. Nec quod etiam poſſit exiſtere facit, vt dolo malo petere videatur heres meus cùm petit, pendente condicione, quia quod pendet non pro eo eſt quaſi ſit, vt habet iuris regula *l. is damnum dat 169. § 1. de regul. iur.* ſatiſque conſultum tibi eſt in eo, quod heres meus cogitur tibi cauere legati huius condicionalis nomine ex edicto prætoris *vt legat. ſeu fideicommiſſ. ſeruand. cauſ. caueat.* ſcilicet de condicionali legato ſoluendo eueniente quãdocunque condicione: quam cautionem ſi præſtare heres meus nolit, tum demum incipiet poſſe repelli exceptione doli mali agens contra te ex ſtipulatione pura, quoniam incipit iam tua intereſſe, cùm exiſtente condicione futurum tibi eſt commodius retinere ſummam à te debitam eandémque tibi legatam quàm mitti in poſſeſſionem rerum hereditariarum ex alia parte Edicti. *Vt in poſſeſſ. legat. ſeu fideicommiſſ. ſeruand. cauſ. eſſe lic.* ob non præſtitam ſatiſdationem, quæ ſi præſtita eſſet, nihil omnino tua intereſſet: aut ſi vrgere velles, adhuc tua intereſſe non ſoluere potius quàm ſolutum repetere *l. 3. infra de compenſat. l. ſi ſtipulatus 15. infra de fideiuſſ.* nulla tamen huius rei ratio haberi poſſet, quia nec compenſari poteſt id quod purè iam debetur cum eo quod ſub condicione, quæ poſſit adhuc deficere, & qua pendente verum eſt nihil adhuc deberi *l. is cui 42. de obligat. & act. iunct. dict. l. cedere diem 213. de verborum ſignific.* Nihil enim debetur legatario condicionali præter ſatiſdationem. Nec quod tibi legata ſit ſub condicione pecunia, quam purè debebas, facit vt eo minùs certum ſit te purè debere, & quidem ex ſtipulatione, cum qua nihil commune habet legatum quod ſit ad tuam liberationem, non vt ex eo obligeris. Et hæc Pauli ſententia & ratio eſt in *dict. l. purè.* At in huius legis ſpecie cùm pecuniam mihi purè debitam promittis purè, ſiue alij iuſſu meo, ſiue etiam mihi ſub condicione animo nouandi, omnia ſunt diſſimilia. Etſi enim prior ſtipulatio & ab initio pura fuit & ex poſtfacto, id eſt, etiam poſt interpoſitam ſtipulationem condicionalem pura remanet, incertum tamen eſt quandiu condicio pendet, ex qua ſtipulatione futurum tandem ſit, vt pecunia debeatur an ex prima, an ex ſecunda vt hic Iauolenus ſcribit, & Paulus in *d. l. Iulianus 60. § 1. de cond. indeb.* ideoque nec vlla doli mali exceptione opus eſt, cùm ante tempus malè agatur, & cauſa cadat quiſquis malè agit, & tempore plus petit *d. § ſi quis agens.* inſpecto ſcilicet iure vetere quod ante Zenonis & Iuſtiniani conſtitutiones obtinebat, quæ ſunt ſub *tit. C. de plur. petit.* Quamuis diuerſum eſſet ſi quis ageret ex contractu condicionali tunc enim non tam malè quàm nihil agebatur *l. bonem 43. § ſi ſub condicione inf. de adilit. edict. l. vnic in fi. ſup. quand. dies vſusfr. legat. ced. non ſolùm autem 7. § vlt. infr. de liber. legat. § pen. Inſt. de excep.* Qua ratione libentius item in ſententiam Guillielmi de Cuneo veteris gloſſatoris, qui negabat duplicari hodie hoc caſu inducias ex Zenonis & Iuſtiniani conſtitutionibus quæ certè non ad alium caſum pertinent, quàm quo agatur ante tempus certum & in vicem iacturæ litis, quam olim malè agens incurrebat, niſi viderem aliud conſtitutum eſſe in *cap. 1. ad fin. Extr. de plur. petit.* Duplicabitur ergo tempus non præcedẽs ſed ſequẽs, id eſt, quod fuit à diẽ petitionis in euentũ vſque condicionis, & duplicabitur tum demũ cùm extiterit cõdicio, vt benè Caſtrenſ. diſputat *arg. l. aut damnũ 8. § quiſquis inf. de pœn.*

37. PAPINIANVS librò 1. Definitionum.

CVm ad præſens tempus condicio confertur, ſtipulatio non ſuſpenditur: &, ſi condicio vera ſit, ſtipulatio tenet: quamuis tenere contrahentes condicionem ignorent: veluti, ſi Rex Parthorum viuit, centum millia dare ſpõdes?

eadem ſunt,& cùm in præteritum condicio confertur.

38. Scævola libro 1. Quæſtionum.

REſpiciendum enim eſſe, an quantum in naturâ hominum ſit, poſſit ſciri eam debitum iri.

39. Papinianvs libro 1. Definitionum.

ITaque tunc poteſtatem condicionis obtinet cùm in futurum confertur.

*Ad l. Cùm ad præſens 37. & duas ſeq. 38. 39.*

Has tres leges coniunximus, quomodo & à cæteris interptetibus coniungi ſolent. Tractant enim de condicione, & condicionis poteſtate, nec niſi vnicam dubitandi & decidendi rationem admittunt. Ratio igitur dubitandi ex eo petenda eſt, quod de natura & eſſentia cuiuſlibet condicionis eſt vt actum ſuſpendat, cui adhibetur, alioqui nec condicio eſſe poteſt. Ergo condiciones quæ ad præſens, vel ad præteritum tempus referuntur, vel condiciones dicendæ non ſunt, vel fatendum eſt habere illas vim, vt loquuntur, ſuſpenſiuam, ſcilicet quandiu neſcitur an condicio, id eſt, materia condicionis, vt bene, licèt aliis verbis, Accurſius explicat, vera ſit an falſa. Dici enim ſolet, quod & veriſſimum eſt, non entium & non apparentium idem eſſe iudicium, adeò vt etiam ἀπάτορες dicantur qui patrem certum demonſtrare nullum poſſunt, quãuis ſine patre naſci nemo poſſit, ne is quidem, cui pater populus eſt *§. ſi aduerſus Inſtit. de nupt. l. duo ſunt Titij 30. infr. de teſtam. tutel.* Quid verò intereſt an Rex Parthorum viuat necne, quantum ad hoc vt condiciones iſtæ, *Si Rex Parthorum viuit, ſi Rex Parthorum heri viuebat* veræ condiciones ſint, ſuſpendántque ſtipulationem quandiu neſcitur an viuat hodie, aut heri vixerit? Inſcientia enim noſtra inſpicienda eſt potiùs quàm ipſa rerum natura intuẽda, apud quam certa ſunt omnia etiam futura, vt Paulus loquitur ex Stoicorum ſententia *in l. ſed etſi 28. §. vlt. ſupr. de iudic.* vbi diximus. Parum ergo refert an condicio relata ſit in tempus præſens, aut in præteritum, an in futurum, ſed diſtinguendum tantùm eſt, an ſciuerint contrahentes extitiſſe condicionem aut defeciſſe, an ignorauerint. Nam ſi ſciuerint vtique fatendum eſt, neque eſſe, neque dici condicionem poſſe, quæ non ſolùm iam extiterit aut defecerit, ſed etiam extitiſſe aut defeciſſe non ignoretur à cõtrahentibus, nec de hoc dubitandi cauſa vlla eſſe poteſt. Dec. Aliud eſt habere nomen condicionis, aliud verò vim naturam, & poteſtatem condicionis. Condiciones nomine ſunt omnes eæ, quæ concipiuntur per articulum Si ad differentiam modi qui concipitur per Vt *l. cùm ab eo 41. infra de contr. empt.* at vim & poteſtatem & naturam condicionum habent eæ ſolæ quæ actum cui adhibentur, poſſunt ſuſpendere: quod in iis demum obtinet, quæ poſſunt exiſtere & non exiſtere, & vt interpretes loquuntur, quæ habent ſe indifferenter ad eſſe & non eſſe: cuiuſmodi eſſe non poſſunt condiciones, quæ ſunt vel neceſſariæ, vel impoſſibiles. Quæ enim ſunt neceſſariæ non poſſunt non eſſe, ſicut impoſſibiles non poſſunt eſſe: cùm autem condicio concepta eſt de re quæ iam extiterit, neceſſaria eſt, cùm non poſſit amplius non eſſe, quæ verò defecit, impoſſibile eſt vt ſit, quia non poteſt ampliùs exiſtere. Igitur condiciones ſolæ & propriè eæ ſunt quę in futurum tempus conferuntur, quoniam futura incerta ſunt non ſolùm apud nos, ſed etiam apud ipſam rerum naturam, hactenus ſaltem etiam ſecũdum Stoicos, vt nec à nobis, nec à quoquam homine ſciri poſſint, ideoque inſpecta ſaltem humana inſcientia nõ poſſunt non eſſe incerta *d. l. ſed etſi 28. §. vlt. de iudic.* Sed præſentia & præterita omnia ſunt certiſſima per rerum naturam, nec tantum apud naturam ipſam, ſiue naturantem intelligas, ſiue naturatam, vt Accurſius loquitur, ſed etiam apud homines, licèt à contrahentibus ipſis ignorentur. Nec enim contrahentium inſcientiam oportet inſpici, ſed humanam quę in rebus præteritis aut pręſentibus nulla eſſe poteſt, quæ enim ab initio fuerunt contingentia, ex poſtfacto, id eſt, vbi contigerunt, fiunt neceſſaria. Idem quod in his legibus ſcriptum eſt *in l. condicio in præteritum 100. l. ſi ita ſtipulatus fuero, hanc ſummam 120. infra de verb. oblig. §. condiciones Inſtit. eod. l. 3. §. ſi patronus verſ. ſi tamen de bon. libert.* Malè tamen Accurſius in hanc rem adfert quod Paulus ait in *l. interdum 73. in princip. de verb. oblig.* Ibi enim non de ſtipulatione cõdicionali agitur, nec de condicione collata in tempus præſens, aut præteritũ, aut futurum, ſed de pura ſtipulatione quæ dilationẽ capit ex re ipſa, id eſt, ex materia ſtipulationis ſumpta ex eo quod futurũ eſt. Planè probat optimè is locus, futura omnia eſſe adeò incerta, vt ſi in ſtipulationem, etiam purã collatum ſit aliquid, quod pendeat ex futuro, ſtipulatio hoc ipſo non quidem pura eſſe deſinat, nec fiat cõdicionalis, ſed tamen accipiat dilationem ex re ipſa: quæ dilatio licèt non ſit condicio, quia neque obligationis, neque actionis natiuitatem ſuſpendat, ſuſpendit tamen exercitium, atque ita impedit effectum puræ ſtipulationis, vt non magis ex ea agi poſſit quàm ſi eſſet condicionalis; quod ad condicionis naturam proximè accedit. Nã nec valde referre ſolet an quis debitor non ſit, an conueniri nondum poſſit *l. Fulcinius 7. § ſi in diem quib. ex cauſ. in poſſ. eat.*

40. Pavlvs lib. 1. Quæſtionum.

LEcta eſt in auditorio Æmilij Papiniani præfecti prætorio, Iuriſconſulti, cautio huiuſmodi: *Lucius Titius ſcripſi me accepiſſe à Publio Meuio quindecim mutua numerata mihi de domo. & hæc quindecim proba rectè dari Kalendis futuris, ſtipulatus eſt Publius Meuius, ſpopondi ego Lucius Titius. Si ea die ſuprascripta ſumma Publio Meuio,*

*Menio, elve ad quem ea res pertinebit, data, ſoluta, ſatiſve eo nomine factum non erit: tunc eo amplius, quo poſt ſoluam, pœnæ nomine, in dies triginta, inque denarios centenos denarios ſingulos dari, ſtipulatus eſt Publius Menius, ſpopondi ego Lucius Titius, conuenitque inter nos, vti pro Menio ex ſumma ſupraſcripta menſtruos refundere debeam denarios trecenos ex omni ſummâ ei, heredíve eius.* Quæſitum eſt de obligatione vſurarum, quoniam numerus menſium, qui ſolutioni competebat, tranſierat. Dicebam, quia pacta incontinenti facta ſtipulationi ineſſe creduntur, perinde eſſe; ac ſi per ſingulos menſes certam pecuniam ſtipulatus, quoad tardius ſoluta eſſet, vſuras adiecisſet: igitur, finito primo menſe, primæ penſionis vſuras currere: & ſimiliter poſt ſecundum, & tertium tractum vſuras non ſolutæ pecuniæ penſionis creſcere: nec ante ſortis non ſolutæ vſuras peti poſſe, quàm ipſa ſors peti potuerat. Pactum autem, quod ſubiectum eſt, quidam dicebant [a] ad ſortis ſolutionem tantùm pertinere, non etiam ad vſurarum; quæ priore parte ſimpliciter in ſtipulationem veniſſent: pactúmque id tantum ad exceptionem prodeſſe: & ideo, non ſoluta pecunia ſtatutis penſionibus; ex die ſtipulationis vſuras deberi, atque ſi id nominatim eſſet expreſſum. Sed cùm ſortis petitio dilata ſit, conſequens eſt, vt etiam vſuræ ex eo tempore, quo moram fecit, accedant: &, ſi (vt ille putabat) ad exceptionem tantùm prodeſſet pactum; (quamuis ſententia diuerſa obtinuerit) tamen vſurarum obligatio ipſo iure non committeretur, non enim in mora eſt is, à quo pecunia propter exceptionem peti non poteſt. Sed (ſi) quantitatem, quæ medio tempore colligitur, ſtipulamur, cùm conditio exſtiterit, ſicut eſt in fructibus, idem & in vſuris poteſt exprimi: vt ad diem non ſoluta pecunia, quo competit vſurarum nomine, ex die interpoſitæ ſtipulationis præſtetur.

*Ad l. Lecta 40.*

Suaues certè ſunt interpretes quibus ſolemne eſt dicere legem hanc ſæpius lectam eſſe, ſed numquam intellectam: nihil enim facilius eſt quàm videre quid Paulus ſentiat, & quam rationem Pauli ſententia habeat. Proponuntur in hac lege tres conuentiones & ex iis duæ priores factæ per ſtipulationem; tertia verò per pactum nudum. Prima de tota ſorte, quæ erat quindecim millium ſoluenda Calendis futuris, id eſt, proximis, vt *in leg. eum qui Calendis 41. infr. de verbor. obligat. probat.* id eſt, in nummis non reprobis, vt benè explicat Accurſ. ex *l. eleganter 24. §. qui reprobos de pign. act.* Secunda de vſuris totius ſortis ita ſoluendis, vt ſi nõ ad dictam diẽ tota ſors ſolueretur: in ſingulos centenos aureos ſinguli denarij ſingulis menſibus, id eſt, in dies triginta (ſic enim legendum eſt, vt Florentiæ, non vt vulgo *in dies vigintiquinque*) præſtarentur; quæ vſura eſt duodecima & centeſima quâ maior nulla erat legitima extra nauticam, de qua in *Titul. de nautic. fœnor.* Tertia verò de ſolutione totius ſortis in ſingulos menſes per trecentos aureos diuidenda, nec vlla facta vſurarum mẽtione. Hinc nimirum dubitatio de vſuris quibus, & quomodo computãdis. Nam cùm debitor neque in Calendis proximis, vt ferebat prima ſtipulatio, neque in toto ſequenti tempore quod pacto nudo comprehenſum erat, quicquam ſoluiſſet, nec ex ſorte, nec ex vſuris, quærebatur quantum vſurarum nomine deberet, & an totius ſortis vſuræ computandæ eſſent ex die primarum Calendarum, ob non ſolutam ea die ſortem, vt ſecunda ſtipulatione continebatur, an verò ex ſingulis menſibus præteritis vſuræ trecentorum duntaxat denariorum qui ex pacto incontinenti appoſito ſolui eo menſe debuiſſent. Pro prima parte mouebat quod ita ſtipulatio concepta erat diſertis verbis ita vt nullus dubitationi locus relictus videretur, quamuis pacto incontinenti appoſito de ſorte aliis diebus ſoluenda conueniſſet, tum quia pacta incontinenti appoſita (id eſt antequam contrahentes ad alia negotia diuerterint *l. duos 6. §. vlt. infr. de duob. reis l. continuus 137. de verborum obligat. l. heredes palam 21. §. vlt. qui teſtam. facer. poſſ.*) non aliis cõtractibus ineſſe ſoleant ad formandam actionem ex eo contractu, quàm qui ſint bonæ fidei, nec aliis iudiciis quàm quæ ſint etiam bonæ fidei *l. iuris gentium 7. §. quinimò & §. adeo* vbi latè diximus *ſupra de pact. l. in bonæ fidei 13. C. eod. tit.* tum etiam quia in pacto incontinenti appoſito de quo quærimus, nihil dictum eſt de vſuris, de quibus proinde ſeruandum videbatur, quod ſtipulatione cautum erat de totius ſortis vſuris ex die primarum Calendarum ſoluendis, ac ſi pactum nullum eſſet ſubſecutum. Præſertim verò cùm non ſoleant pacta incontinenti poſt contractum ſtricti iuris, qualis ſtipulatio eſt, adhibita prodeſſe niſi ad exceptionem *dict. §. quinimò & §. adeò.* nec proinde poſſint impedire vim & poteſtatem ſtipulationis vſurariæ, quominus non ſoluta ſorte ne quidem iis diebus quibus ex pacto ſolui debuerat, totius ſortis vſuræ ex die primarum Calẽdarum per ſtipulationem debeantur. Atque hæc Vlpiani noſtri videtur fuiſſe ſententia. Fuit enim cùm Paulo adſeſſor in auditorio Æmilij Papiniani, eùmque perſtringit haud dubiè

Paulus non Papinianum, vt vult Cuiac. (argumento neſcio cur ducto ex *leg. 3. de ſeparat.* quæ Papiniani quidem eſt verùm ad hunc tractatum nil pertinet) ſed modeſtè vt par fuit, tacito eius nomine in illis verbis *Pactum autem quod ſubiectum eſt, quidam dicebat*, (ſic enim legendum eſt non vt vulgo *dicebant*, vt ſequentia demonſtrant *vt ille putabat.*) Nam & illam Vlpiani ſententiam non obſcurè expreſſam legimus *in dict. § quinimò*, vbi cur de pactis incontinenti poſt bonæ fidei contractum appoſitis locutus fuiſſet, ſi idem de pactis poſt stricti iuris contractum adhibitis exiſtimaſſet? cur de iudiciis & actionibus bonæ fidei per pactum incontinenti appoſitum informandis & reformandis, ſi non aliud in iudiciis & actionibus ſtricti ſenſiſſet? Paulus tamen cui ſolemne fuit, nec cum Vlpiano, nec cum aliis facilè conſentire, contrà putat, nimirum pacta incontinenti poſt ſtipulationem facta etiam ſtipulationi ineſſe: quamuis ſtipulatio ſit contractus ſtricti iuris, ſi quis vſquam alius, neque ad exceptionem tantùm hoc pactum de quo quæritur prodeſſe debere, ſed etiam ad actionem quæ ex vſurarum ſtipulatione naſcitur, informandam, vt in propoſita ſpecie, id eſt, interpoſita ſtipulatione, vt ſi Calendis proximis tota ſors ſoluta non eſſet aut aliter eo nomine ſatisfactum, tunc pœnæ nomine in ſingulos menſes & in centenos denarios ſinguli denarij penderentur, deinde ſecuto ſtatim pacto de trecentis denariis ex omni ſumma ſortis vnoquoque menſe ſoluendis, perinde eſſe debebat, ac ſi creditor per ſingulos menſes certam pecuniam, id eſt, trecenos denarios ſtipulatus, adiecisſet vſuras eius quantitatis quæ tardius ſoluta eſſet, & quoad tardius eſſet ſoluta aut quo tardiùs, vt mauult legere Cuiacius *ex l. vlt. infr. de re iudicat.* Ex quo infert Paulus, finito primo menſe quo trecenti denarij ſolui debuerant, primæ penſionis duntaxat vſuras currere, non ſecundæ aut tertiæ, & ſimiliter poſt ſecundum menſem ſecundæ penſionis quæ aliorum fuerat trecentorum denariorum: itémque poſt tertium tractum, vſuras quoque eius non ſolutæ pecuniæ quæ ſolui debuerat, creſcere: cæterùm non ante vſuras peti aut deberi poſſe non ſolutæ ſortis, quàm ſors ipſa peti potuerit ac ſolui debuerit, vt dilatio quæ per pactum incontinenti appoſitum ſorti ſoluendæ data eſt contrà quàm prima ſtipulatione cautum fuerat, ad vſuras quoque pertineat per tacitam quandam conſequentiam, vt nec tam citò deberi ac peti poſſint, quàm potuiſſent ſi vſurarum ſtipulationi pactum illud incontinenti ſubiectum non fuiſſet. Itaque cùm aliàs ius ita comparatum ſit, vt ſtipulatio non niſi per ſtipulationem elidatur ipſo iure, per pactum verò poſterius ne quidem pactum prius quod multo infirmius eſt niſi ope exceptionis, quia in ſtipulationibus ius, in pactis autem factum verſatur, vt idem noſter Paulus ait in *l. ſi vnus 27. § pactus ne peteret ſupra de pact.* hic tamen contrà euenit vt ſtipulatio ipſa per pactum tollatur, ſi non in totum, ſaltem ex parte, & ita reformetur vt noua quodammodo ſtipulatio contracta eſſe videatur vt in *d. §. adeò d. l. iuris gentium ſupr. eod. titul. de pact.* nempe quia pactum hoc vt diximus ineſt ſtipulationi ipſo iure etiam ex parte actoris & ſtipulatoris, ac proinde parit, formátque actionem, quod alioqui non prodeſſet niſi ad exceptionem ſi ex rei tantùm parte ineſſet, vt Vlpianus exiſtimabat. Diuerſam enim ſententiam obtinuiſſe, ait Paulus, id eſt, non ſibi tantùm, ſed etiam Papiniano placuiſſe.

Sed tamen progreditur Paulus vlterius, & admiſſo quoque eo quod Vlpian. putabat, Paulus verò negat, vt pactum hoc de ſorte per penſiones mēſtruas ſoluenda non inſit niſi ex parte rei, nec proſit niſi ad exceptionem, probat tamen & quidem optima ac concludenti ratione, fieri non poſſe vt ex ſtipulatione vſuraria debeantur vſuræ totius ſortis ex die primarum Calendarum, quia, inquit, cùm vſuræ in propoſito caſu promiſſæ ſint pœnæ nomine, vt habent verba ſtipulationis, id eſt, in pœnam moræ quæ in ſorte ſuo tempore ſoluenda committeretur, vt deberi regulariter ſolent *leg. cùm quidam 17. §. ſi pupillo infr. de vſur. l. Titia Seio 7. §. vſuras de legat. 2.* certum eſt nullam potuiſſe per debitorem contrahi moram niſi quatenus ſortem ſoluiſſet tardius quàm debuiſſet. Id enim faciunt verba illa ſtipulationis *tunc eo amplius quo poſt ſolutam, pœnæ nomine.* Porrò quēadmodum mora nulla contrahi intelligitur, vbi nulla petitio actióve eſt, vt habet iuris regula *leg. nulla 88. de regul. iur. leg. ſi pupillus 127. de verb. obligat. l. non ſolùm 8. §. illud videndum de liber. legat. l. Lucius 24. in fin. infr. depoſ.* ita neque cum actio aliqua quidem cōpetit, ſed eiuſmodi tamē quæ per iuſtam exceptionem aliquam elidi poſſit. Nam vt eſt in alia iuris regula, nihil intereſt ſi effectum rei ſpectes, an ipſo iure quis actionem non habeat, an ea per exceptionem infirmetur *l. nihil intereſt 112. iunct. l. non videtur 13. l. Marcellus 66. de reg. iur.* inanis enim eſt actio quæ per exceptionem elidi poteſt *l. quamuis § Marcellus infr. ad S. C. Vellejan. l. ſcientium 21. infr. de vſur. l. penult. de cond. ob turp. cauſ. l. ſi dari 25. de verb. oblig.* Atqui exceptio nulla iuſtior eſt quàm quæ ex pacto conuento naſcitur, ſi modò pactum illud neque contra leges neque contra bonos mores interpoſitum ſit *l. 1. d. l. iuris gentium 7. § ait Prætor. de pact.* Cùm igitur in propoſita ſpecie habuerit debitor exceptionem pacti ne ex ſtipulatione ſortis totius ſoluendæ proximis Calendis conueniri potuerit ad totius ſortis ſolutionem, ſed tantum trecentos denarios ſingulis menſibus ſoluere debuerit, conſequens omnino eſt vt nec moram contrahere potuerit niſi in trecentis denariis per ſingulos menſes ſoluendis ſi eos ſuo tempore non ſolueret, nec proinde vſuras maioris quantitatis propter moram & pœnæ nomine debuerit, quàm eius in cuius ſolutione per ſingulos menſes ceſſaſſet, non magis, quàm ſi ad diem pecuniam obtuliſſet & creditor accipere noluiſſet vt in *l. Celſus 23. §. vlt. ſup. de recept. Qui arbitr. recep.* Quid? inquies, nónne poteſt vtraque conuentio ſubſiſtere, & ea quæ in ſtipulationem de vſuris deducta eſt, & ea quæ in pactum incontinenti appoſitum? vt ſcilicet ſors quæ ex prima ſtipulatione ſolui in Calendis proximis tota debuerat, ſoluatur ex pacto diuiſis per ſingulos menſes penſionibus, nec eo minus tamen totius ſortis vſuræ ex die primarum Calendarum præſtari debeant, quaſi promiſſis ab initio integris & totius quantitatis ſub ea condicione ſi ſuis diebus ſors non ſolueretur. Poteſt ſanè ita fieri ſi ea contrahentium voluntas fuit: non minus enim poſſunt in conuentionem deduci ſub condicione vſuræ futuri temporis, quàm fructus qui nondum percepti ſunt (nam & aliàs ſolet eadem eſſe ratio fructuum & vſurarum, quia vſuræ vicem fructuum obtinent *leg. vſura 34. infra de vſur. l. 3. de vſufru. ear. rer. quæ vſu conſum.*) vt quandocunque nati & percepti erunt, tunc debeantur ex die interpoſitæ ſtipulationis ſiue expreſſa fuerit condicio ſiue tacita *l. huiuſmodi 64. l. interdum 73. infra de verbor. obligat.*

maximè

maximè adiecto articulo *tunc* quo denotatur extremitas temporis *l. 4. §. 1. de condict. & demonſtr. leg. in ſubſtitutione 33. in fin. de vulg. & pup. ſubſtit.* Neque enim deberentur eo caſu vſuræ propter moram, ſed propter conuentionem: quod cùm accidit, non inſpicimus an mora aliqua contracta ſit, ſed tantùm an & quomodo vſuræ promiſſæ ſint *leg. qui Romæ 122. eodem tit.* de cuius ſententia ſcripſimus *lib. 1. Coniect. cap. 1.* dum ne duplices vſuræ pro eodem tempore præſtentur, quod certè numquam ferendum eſt *d. l. cùm quidam 17. in princip. de vſur.* non magis quàm vt vſura vſuræ præſtetur *l. ſi non ſortem 26. in princip. infra de condict. indeb. l. vlt. C. de vſur.* At in propoſita ſpecie nihil tale eſt. Fuerunt enim promiſſæ vſuræ ſolius ſortis & quidem pœnæ nomine, & conſequenter propter moram: quo caſu habet locum ratio illa quam ex Paulo attulimus, quòd non priùs deberi poſſint quàm mora contracta ſit, nec mora priùs contrahi, quàm tempus præterierit, quo ſors peti cũ effectu potuerit. Atque hæc perſpicua & dilucida eſt totius legis huius explicatio, circa quam vix vlla poteſt difficultas incurrere, niſi in eo quod cum Paulo diximus, pactum incontinenti poſt ſtipulationem adhibitum ineſſe etiam ſtipulationi, quandoquidem certum eſt & ſtipulationem, vt iam diximus, eſſe contractum ſtricti iuris, & contractibus ac iudiciis ſtricti iuris pacta incontinenti facta non ineſſe ex parte actoris, ſi Bartolo & aliis interpretibus credimus, ad producendam aut formandam ſiue informandam actionem. Id enim proprium eſſe dicunt pactorum incontinenti adiectorum poſt contractum bonæ fidei *d. l. iuris gentium 7. § quinimò & § adeò ſupra de pact. l. in bonæ fidei 13. Cod. eod.* Qua de cauſa non poteſt Caſtrenſis concoquere, quod Bartolus & alij magis communiter putant, eam eſſe Pauli noſtri ſententiam, etiam in contractibus ſtricti iuris pacta incontinenti appoſita ineſſe, vt nouam pariant actionem, & veterem informent. Id enim dici poſſet, inquit Caſtrenſis, ſi pacto contineretur aliquid diuerſum, quod priore contractu non contineretur, & quando apponitur pro actore, ſecus verò ſi contineat illud idem, vel quando ponitur pro reo. Hîc autem pactum continet idem quod prima ſtipulatio ſcilicet reddi ſortem vel ſolui licèt in diuerſis terminis, & ponitur pro reo vt habeat longiores terminos, non pro actore. Ergo, inquit, non debet actori proficere, vt actionem ei producat aut veterem informet. Addit, pactum hoc venire ad deſtructionem ſtipulationis, in quantum per ipſum receditur à termino in ſtipulatione comprehenſo: ergo non debet ab illa robur recipere vt ab ea veſtiatur ad nouam actionem producendam, nec etiam illi robur dare vt eam informet, cùm tẽdat in oppoſitum vt eam deſtruat. Denique ſi per pactum informaretur actio ex ſtipulatione, inquit Caſtrenſis, ſequeretur quòd actio ex ea competens daretur vt ſoluatur in proximis Calendis tota ſors, itémque vt non ſoluatur tota, ſed ſingulis menſibus trecenta: quod tamen contradictorium eſt, & implicat. Itaque concludit in caſu huius legis, nec actionem nouam per pactum produci, nec veterẽ informari, ſed ipſam informari ſtipulationem, vt cenſeatur facta ſecundum terminos appoſitos in pacto. Quam ſententiam mordicus defendit Cuiacius, eiúſq; vnicum authorem laudat Caſtrenſem. Mihi verò videntur omnes Pauli ſententiam non ſatis benè percipere. In eo primùm, quod ad omnes ſtricti iuris contractus porrigunt, id quod Paulus ait de ſola ſtipulatione. Nõ enim ait Paulus pacta incontinenti facta ineſſe contractibus ſtricti iuris ex parte actoris ad formandum aut informandum contractum, quamuis generaliter dici ſoleat ea quæ incontinenti fiunt ineſſe videri *l. quoties 29. in princ. infra ſolut. matrim. l. ſi quis 5. verſ. quod ita infr. de incend. ruin. & naufrag. l. penult. in fin. Cod. de inſtit. & ſubſtit.* Sed duntaxat ait ineſſe ſtipulationi: cuius certè diuerſa ratio eſt à cæteris contractibus ſtricti iuris, quia cum conſtet pactum ex verbis & conſenſu nõ minus quàm ſtipulatio, nec in alio differant quàm in animo ſtipulandi aut paciſcendi *dict. leg. iuris gentiam 7. § quod ferè ſupra de pact. leg. 1. §. cum qui de pecun. conſtit.* & in ſolemnitate verborum quam requirit ſtipulatio non etiam pactum, nihil impedit quominus pactum appoſitum incontinenti poſt ſtipulationem ita inſit ſtipulationi, vt quicquid in tale pactum deducitur, in ſtipulationem quoque deductum intelligatur, quaſi idem ſtipulandi animus qui ab initio fuit, durare adhuc videatur, vt docuimus ad *dict. § quinimò.* Neque fit hoc abſurdum, etiamſi cum Accurſio fingas in ſtipulationem deductum eſſe quid certum, in pactum autem quid incertum, nõ magis quàm ſi eâdem ſtipulatione qua promittis mihi centum, promittas etiam te iturum pro me Romam. Nempe cùm tot ſint ſtipulationes quot ſunt res *l. ſcire debemus 29. de verb. oblig.* nihil vetat in eandem verborum conceptionem deduci certum & incertum, & pro re certa dari condictionem certi ex ſtipulatione, pro incerta verò actionem ex ſtipulatu. At cùm credidi tibi centum, hoc pacto incontinenti addito, vt pro me Romam eas, nemo dixerit pactum hoc quamuis incontinenti appoſitum ita ineſſe contractui, vt condictionem certi, quæ ex mutuo naſcitur, informare poſſit, & extendere ad id quod pacto eſt comprehenſum: ſtrictæ enim actionis natura repugnat, tametſi nec poſſit negari quin pactum hoc inſit contractui, eique det legem, ne alioqui decipiar, qui non aliter fuerã crediturus & contracturus, vnde eſt quod ex huiuſmodi pacto actionem mihi dari æquum eſt, non minus quàm ſi appoſitum eſſet incontinenti poſt contractum bonæ fidei, at non actionem ex contractu ipſo, id eſt, condictionem certi ex mutuo, ſed præſcriptis verbis *l. vlt. C. de rer. permut. l. legem 9. Cod. de donat.* Nam nec donatio de qua in dictis legibus agitur inter bonæ fidei contractus enumeratur *leg. eum qui 22. infr. de donat.* In mutuo autẽ æquè dari actionem ex pacto ſcriptum eſt in *l. frumenti 12. Cod. de vſur.* nec aliam quàm præſcriptis verbis: cùm vltra id quod reuera numeratum eſt condictio certi ex numeratione naſci nulla poſſit *l. cùm vltra 9. Cod. de non numer pecun. l. rogaſti 11. § ſi tibi,* vbi diximus *ſupr. hoc tit.* In eóque fatendum eſt diuerſam eſſe rationẽ contractuũ bonæ fidei, & contractuum ſtricti iuris, quoniam actio ex contractu bonæ fidei datur ad id omne quod pacto incontinenti appoſito comprehenſum eſt *dicto §. quinimò.* quamuis non eo minus detur etiam ex pacto illo actio præſcriptis verbis *leg. 2. Cod. de pact. inter empt. & vendit.* ne alioqui ad illam actionem præſcriptis verbis inducendam debilius videatur pactum, quod incontinenti poſt contractum bonæ fidei adhibitum eſt, quàm quod poſt contractum ſtricti iuris. Nec rurſus verum eſt quod vir doctiſſimus Iacobus Cuiacius ad hanc legem ſcripſit, & alibi ſæpe, pacta incontinenti poſt contractum ſtricti iuris appoſita non ineſſe contractui ex parte actoris

Digitized by Google

quoque,ſed tantùm ex parte rei. Nam imò verò inſunt etiam ex parte actoris cùm nouam actionem pariant,id eſt præſcriptis verbis,vt oſtendimus,cùm ſi non ineſſent niſi ex parte rei, vt ille putat, non parerent niſi exceptionem. Sed & cùm nullam pariunt actionem nouam, quod contingit, quoties pactum incontinenti appoſitum eſt poſt ſtipulationem [quis enim vnquam dixit,vel audiit ex ſtipulatione naſci vllo caſu actionem præſcriptis verbis?] non eo minus tamen ineſt ex parte actoris, vt ſcilicet actori detur actio & condictio certi ex ſtipulatione, ſi ſtipulatio ſit certi, aut actio ex ſtipulatu ſi incerti ad hoc vt fiat id quod pacto promiſſum eſt, non ſolùm ſi pactum ſit detrahens, vt in hac lege, ſed etiam ſi adiiciens, puta ſi centum à te ſtipulatus ſim hoc pacto incontinenti addito, vt pro me Romam eas. Sed & in ſpecie huius legis, tametſi pactum incontinenti appoſitum reſpiciat fauorem debitoris, perinde tamen ineſt ex parte actoris, non vt aliquam ei præbeat actionem nec vt ei proſit, ſed vt informet & transformet non modò ſtipulationem ipſam vt putat Caſtrenſis,ſed etiam actionem ipſam ex ſtipulatione competentem, impediatque ne ex ea poſſit ſtipulator agere ad ſolutionem totius ſortis ex die primarum Calendarum vt habebant verba ſtipulationis, ſed cogatur agere ad diuiſas penſiones trecentorum per menſes ſingulos ſoluendorum, quaſi mutata & conuerſa materia ſtipulationis in materiam pacti, ſolaque manente vi & poteſtate ſtipulationis ad petendum illud ipſum quod ex pacto peti poſſet,ſi ex pacto daretur actio. Ineſſe igitur pactum ex parte actoris non illud eſt ſemper quod plerique putant, proficere pactum actori aut ex eo dari actionem, quemadmodum nec ineſſe ex parte rei eſt ſemper dari reo exceptionem, ſed ineſſe ipſo iure ex parte actoris cùm dicimus,intelligimus formari actionem ex ſtipulatione per pactum, ita vt non ad aliud agere poſſit ſtipulator quàm ad id quod pacto continetur: quo caſu nulla reus indiget exceptione, qua vtique indigeret ſi pactum non ineſſet ex parte actoris, ſed tantùm ex parte rei. In eoque errat ſanè Cuiacius, exiſtimans in ſpecie huius legis poſſe ſtipulatorem finito primo menſe in ſolidum agere ad totius ſortis ſolutionem, ſed conuentum debitorem poſſe tueri ſe poteſtate pacti tanquam quod inſit ſtipulationi, nec teneri ipſo iure niſi in penſionem primam, quia pactum faciat partem ſtipulationis. Hoc enim ſi ita eſſet, conſtaret ſtipulatio ex partibus ſecum pugnantibus, perindéque eſſet acſi ſtipulatio ſic concepta eſſet,vt debitor primis Calendis,& totam ſortem & ſola trecenta ſoluere cogeretur: quod abſurdum vtique eſſet,& contradictorium. Ergo & illud quoque,vt ex huiuſmodi ſtipulatione detur actio ſtipulatori ad totius ſortis ſolutionem: vt neceſſaria ſit debitori exceptio pacti ad euitandam condemnationem, vt in *l. quacunque 14. ſupra de Public. in rem act.* quam nec neceſſariam eſſe fateri tandem Cuiacius cogitur:ſed ita tamen vt ſemper velit tutum eſſe debitorem exceptione pacti, ſed quæ tamen non ſit opponenda, ſed inſit iudicio ſtricto, ideoque ſuppleri poſſit & debeat per iudicem ſi modò pactum allegetur. Quod Accurſius noſter ita explicat, vt quod hîc dicitur pactum ineſſe ſtipulationi ipſo iure, ſuppleat ſubauditis his verbis *exceptionis vel æquitatis* quod eſt ridiculum. Nos verò negamus allegationem pacti vllam eſſe neceſſariam, & tacente quoque reo fieri nullo modo poſſe, vt ex ea ſtipulatione detur actio in ſolidum ſtipulatori. Tantùm diſtat vt ex ea actione ſequi poſſit vlla ſolidi condemnatio. Longéque diuerſum eſt quod aliàs ſolemus dicere doli & pacti exceptiones ipſo iure ineſſe bonæ fidei iudiciis:id enim ad ea quoque pacta pertinet quæ ex interuallo adhibentur, nec niſi exceptionem pariũt *l. pacta 72. de contr. emp. l. 3. de reſcind. vendit. l. ſed etſi 21. infra ſolut. matrim.* Et ideo pactum eo caſu allegandum eſt vt & dolus, non hîc. Nec vnquam certè illa fuit, ſiue Vlpiani, ſiue alterius quem Paulus reprehendit,quiſquis ille fuerit, ſententia, vt exiſtimaret Calendis proximis totam ſortem peti poſſe, in quo rurſum vir doctiſſimus fallitur, ſed tantùm vt diceret, non ſoluta primis Calendis penſione prima, totius ſortis vſuras ex eo die deberi ob ſtipulationem ſecundam de vſuris interpoſitam, de quibus nihil in pacto dictum fuiſſet. Quòd ſi è contrario per ſtipulationem placuiſſet ſolui ſortem diuiſis penſionibus,id eſt,trecentos aureos in ſingulos menſes,mox autem per pactum incontinenti appoſitum ſolui totam ſortem Calendis proximis, aut vt ponit Cuiacius, ſi conueniſſet per ſtipulationem ſolui ſortem totam Calendis proximis,per pactum verò ſolui eam intra triduum,æquè dicendum eſſet, poſſe totam ſortem exigi ex ſtipulatione iuxta formam pacti,id eſt,priore caſu in Calendis proximis,poſteriore verò intra triduum,quia pactum hoc æquè ſtipulationi ineſſet ex parte actoris, daretúrque in eam rem ſtipulatori actio non ex pacto, vt malè putat Cuiacius, ſed ex ipſa ſtipulatione tanquam per pactum informata & reformata. Nam nec diuerſitatis ratio vlla reddi poteſt inter hos caſus & eum quem Paulus hîc tractat. Planè ſi pactum ex interuallo appoſitum ſit,omnes conſentiunt, & veriſſimum eſt, non poſſe illud ineſſe ex parte actoris nec reo prodeſſe niſi ad exceptionem,quia & idem eſſet, etiamſi bonæ fidei cõtractus præceſſiſſet *d. l. 7. §. quinimò & ſeq. de pact.* Denique non puto fieri poſſe, vt pactum incontinenti appoſitum poſt contractum ſtricti iuris inſit contractui ex parte rei & ipſo iure,quin etiam inſit ex parte actoris. Sed quod præcipites egit omnes interpretes,præcipuè verò Cuiacium,illud eſt,quod differentiam quam attulimus inter ſtipulationem cæteróſque contractus ſtricti iuris, non obſeruarunt, quæ tamen probatur etiam ex *l. ſi ita quis 135. §. Seia infra de verb. obligat.* vbi æquè tractatur de pacto incontinenti appoſito poſt ſtipulationem, nec tamen dubitat Scæuola, quin per pactum illud ita informetur ſtipulatio ex parte quoque actoris, vt poſt tempus breuius quod pacto comprehenſum erat, non patiatur agi poſſe ex ſtipulatione, quamuis verba ſtipulationis nullo tempore eſſent coanguſtata: niſi ſub illa exceptione *ſi non multo poſt obtuliſſet*, vt intelligamus ſi oblationem anteceſſerit aliquod lõgius interuallum, non poſſe agi ex ſtipulatione, idque ex forma pacti contra formam ſtipulationis, nimirum tanquam reformatæ & transformatæ per pactum: quod proinde vult Scæuola ineſſe ſtipulationi etiam ex parte actoris. Nam ineſſe pactum ſtipulationi ex parte actoris, nihil aliud meo iudicio eſt, quàm affici ſtipulationem & actionem ipſam ex ſtipulatione competentem, ita vt contra id quod pacto comprehenſum eſt,non detur actio ex ſtipulatione,ſiue pro ſtipulatore, ſiue pro reo interpoſitum ſit pactum incontinenti: neque ab hac ſententia valde alienum eſt, quod Pomponius ſcribit in *l. nec ex prætorio 27. de regul. iur.* Actionum modum qui

vel

vel lege vel per Prætorem introductus eſt priuatorum pactionibus non infirmari niſi tunc, cùm inchoatur actu, inter eos conuenerit. Etſi enim hæc ſententia tam ad bonæ fidei quàm ad ſtricti iuris contractus pertinet, vt Cuiacius obiicit, generalis tamen adeò eſt, vt non minus ad ſtricti iuris quàm ad bonæ fidei contractus referre: da ſit, & pacta incontinenti appoſita forment actionem ex contractu competentem, nec minus ex parte actoris quàm ex parte rei, ſi modò talis actio ſit, cuius natura non repugnet, quomodo certè non repugnat natura actionis ex ſtipulatione aut ex ſtipulatu, quemadmodũ oſtendimus, ſicuti nec repugnat natura condicionis certi ex mutuo, ſi ponas pactum incontinenti adiectum eſſe detrahens, puta ſi cùm decem tibi mutua darem, conuenerit inter nos vt nouem tantùm debeas. Verum enim eſt te hoc caſu non debiturum iure, niſi nouem, *d.l. rogaſti* .1 *§. ſi tibi ſup. hoc tit.* Cur ita verò? Niſi quia pactum hoc ineſt cõtractui quantumuis ſtricto, & format non modò contractum, ſed actionem quoque ex contractu, id eſt, cõdictionẽ certi ex mutuo, quia cũ in eo quod plus eſt, cõtineatur id quoque quod minus eſt, tam facilè patitur natura condictionis, vt numeratis decem cõdicantur ſola nouem, quàm vt tota decem, ſecus autem ſi pactum eſſet adiiciens, id eſt, ſi numeratis decem conueniſſet etiam incontinenti vt vndecim redderentur, natura enim condictionis quæ & ſtricta eſt, & ex numeratione naſcatur, pati non poteſt vt vltra id quod re vera numeratum eſt, naſcatur condictio *d. §. ſi tibi, l. cùm vltra 9. Cod. de non numer. pecun. l. ſi tibi 17. ſupr. de pact.* In eo ſiquidem quod plus eſt continetur quod minus eſt, vt habet iuris regula *l. in eo 110 de regul. iur.* non contra. Planè pareret hoc pactum actionem præſcriptis verbis, niſi obſtaret odium vſurarum, quicquid reluctetur Cuiacius, vt ex eo conſtat, quod ſi frumenti vel olei acceſſionibus tale pactum interpoſitum eſſet, daretur ex eo præſcriptis verbis actio, vt iam probauimus ex *l. frumenti 12. l. oleo 27. C. de vſur. iunct. l. 3. eod. l. Titius 24 infra de præſcript. verb.* nempe quia incerti precij ratio facit vt frumenti vel olei & aliarum huiuſmodi mercium acceſſiones fauorabiles exiſtimentur. E contrario autem odioſæ vſuræ fœnebris pecuniæ, quoniam pecunia non modò ſterilis res eſt & quæ aliam pecuniam gignere non poteſt, ſed etiam habet certam & perpetuam æſtimationem *l. 3. inf. de in lit. iur. l. 3. de eo quod cert. loc.* Hactenus autem odioſę ſunt, vt ex pacto nudo quamuis incontinenti appoſito deberi non poſſint, non etiam vt non ex ſtipulatione debeantur ſi promiſſæ ſint: quod & in pœnis obtinet, & aliis quibuſdam rebus, quæ perinde ſunt odioſæ, quod & Accurſius noſter hîc notat ex *l. quod ſi locus 11. ſupr. de relig.* vbi diximus *l. ſeruum ea lege 7. infr. de ſeru. export. l. auia 6. C. de iur. dot.* Finge itaque credidiſſe me tibi decem, eáque ſtipulatũ eſſe de te ita, vt non iam ex cauſa mutui, ſed ex ſtipulatione deberentur iuxta *l. 5. §. 1. & l. 6. infr. de nouat.* mox pacto incontinenti appoſito conueniſſe inter nos vt mihi vndecim redderes addito nummo vndecimo vſuræ nomine. Dico audacter quidem, quia nemo fortaſſis ante me dixit, ſed tamen indubitanter & veriſſimè, ni fallor, competituram tibi actionem ex ſtipulatione ad vndecim conſequenda tanquam nummo vndecimo propter pactum quidem incontinenti appoſitum debito, at ex ſtipulatione non ex pacto. Quid enim obſecro impedit? Non certè ratio quam attulimus ex *dict. l. ſi tibi 7. de pact.* quòd non poſſit re contrahi obligatio niſi quatenus datum eſt, non enim re contrahitur ſtipulatio, ſed verbis ſicut & pactum. Ideóque pacta omnia quæ incontinenti poſt ſtipulationem fiunt, perinde habenda ſunt, ac ſi ſtipulationi ipſi inſerta fuiſſent: quod & Cuiacius fateri cogitur ex *l. 4. §. vlt. eod. ill. tit. de pact.* Quod ipſum, quid aliud eſt, quàm ineſſe ſtipulationi ipſo iure ex parte actoris? Ineſſe ſiquidem non illud tantùm eſt, prodeſſe actori ad producendam actionem vt diffinit Cuiacius, ſed etiam prodeſſe reo ad impediendam actionis natiuitatem. Paris enim efficaciæ & poteſtatis eſt impedire ne qua ex ſtipulatione actio naſcatur, quæ alioqui naſceretur ſi pactum nullum interceſſiſſet, & actionem aliquam producere. Itaque quod diximus aliqua eſſe quæ non poſſunt deberi ex pacto, licet incontinenti poſt traditionem, adeóque poſt bonæ fidei contractum appoſito, quæ tamen ex ſtipulatione debentur, non poteſt habere locum ſi eadem illa promiſſa ſint per pactum incontinenti appoſitum poſt ſtipulationem: vt proinde poſſit verè dici pacta incontinenti poſt ſtipulationem facta, nõ ſolùm ineſſe ſtipulationi, vt in hac lege ſcriptum eſt, ſed etiam potentiora eſſe quàm quæ incontinenti adhibentur etiam poſt contractum bonæ fidei, vt ſcilicet etiam nouandi vim habeant iure cuiuſdam ſecundæ ſtipulationis, quod alia pacta non faciunt etiam incontinenti poſt bonæ fidei contractum interpoſita *d. l. auia 6. C. de iur. dot.* quod neſcio, an quiſquam adhuc obſeruauerit. Facilius enim eſt vt pactum ſtipulationi incontinenti additum degeneret in ſtipulationem, quàm vt additum contractui emptionis degeneret in emptionem aut in aliũ contractum bonæ fidei. Neque id mirum videri debet, quia nullum obligationis vinculũ ſtipulatione potentius eſt, & ſtipulatio ipſa quolibet alio cõtractu etiam bonæ fidei fortior eſt & firmior, licèt dici ſoleat tantumdem in bonæ fidei iudiciis poſſe officiũ iudicis, quantum in ſtipulatione poteſt nominatim eius rei facta interrogatio *l. quia tantumdem 7. ſupra de neg. geſt. l. quæro 54. inf. locat.* Illud ſanè Cuiacius poſt Caſtrenſem benè notat, nihil ad hunc tractatũ pertinere, quod ſcriptum eſt in *l. petens 27. C. de pact.* Ibi enim agitur, non de pacto incontinenti poſt ſtipulationem adiecto, ſed de ſtipulatione interpoſita ſeruandi placiti cauſa ſiue ſtipulationem pactum præceſſerit, ſiue ſubſecutum ſit. Cętera quæ ad hanc legem plurib. verbis tractant interpretes conſulto prætermittimus tanquam à Pauli ſenſu aliena & ab huius loci interpretatione; ſicut & quæ Cuiacius interſerit de pactis ex interuallo appoſitis poſt contractũ bonę fidei, in quib. ſolet diſtingui an adiiciẽtia ſint an detrahentia *l. pacta conuenta 72. infr. de cõtr. empt.* ſed longè alio ſenſu quàm putet Cuiacius, vt ad eum locum dicemus & iam ſcripſimus in *Error. 7. Decad. 95. de error. pragmat. & interpr. iur.*

Digitized by Google

41. AFRICANVS libro 8 Quæſtionum.

EIus, qui in prouincia Stichum ſeruum Kalendario præpoſuerat, Romæ teſtamentum recitatum eſt: quo idem Stichus liber, & ex parte heres erat ſcriptus, qui ſtatus ſui ignarus, pecunias defuncti aut exegit, aut credidit: vt interdum ſtipularetur, & pignora acciperet. conſulebatur quid de his iuris eſſet? Placebat debitores quidem, qui ei ſoluiſſent, liberatos eſſe ſi modò ipſi quoque dominum deceſſiſſe ignoraſſent. earum autem ſummarum nomine, quæ ad Stichum perueniſſent, familiæ erciſcundæ quidem actionem non competere cohæredibus, ſed negociorum geſtorum dari debere. Quas verò pecunias ipſe crediidiſſet [a]: eas non ex maiore parte, quàm ex qua ipſe hæres eſſet, alienatas eſſe. Nam & ſi tibi in hoc dederim nummos [b], vt eos Sticho credas: deinde mortuo me ignorans dederis: accipientis non facies. neque enim ſicut illud receptum eſt, vt debitores ſoluentes ei liberentur: ita hoc quoque receptum, vt credendo numos alienet Quare ſi nulla ſtipulatio interueniſſet [c]: neque creditam pecuniam pro parte cohæredis peti poſſe, neque pignora teneri. Quod ſi ſtipulatus quoque eſſet [d]: referre, quemadmodum ſtipulatus eſſet. Nã ſi nominatim, fortè Titio domino ſuo [e] mortuo iam, dari ſtipulatus eſſet: procul dubio inutiliter eſſe ſtipulatum. quod ſi ſibi dari ſtipulatus eſſet [f]: dicendum, hæreditati eum adquiſiſſe. ſicut enim nobiſmetipſis ex re noſtra per eos, qui liberi vel alieni ſerui bona fide ſeruiunt, adquiritur: ita hæreditati quoque ex re hæreditaria adquiri [g]. poſt aditam verò à cohæredibus hæreditatem [h] non æquè idem dici poteſt: vtique ſi ſcierint eum ſibi cohæredem datum: quoniam tunc non poſſent videri bonæ fidei poſſeſſores eſſe, qui nec poſſidendi animum haberent. Quod ſi proponatur, cohæredes eius id ignoraſſe [i] (quod fortè ipſi quoque ex neceſſarijs fuerint) poteſt adhuc idem reſponderi, quo quidem caſu illud euenturum [k]: vt ſi ſuæ conditionis cohæredes iſte ſeruus habeat, inuicem bona fide ſeruire videantur.

*Ad l. Eius qui in prouincia 41.*

Hæc lex eſt de diſpenſatore, id eſt, de inſtitore ſeruo, præpoſito Calendario exigendis ſcilicet pecuniis fœneratiis, & credendis ſub fœnore. Nam & diſpenſator inſtitor eſt *l. 5. § 1 l meum 19. §. vltim. inſ. de inſtitor act leg tutorem 37 de adminiſtr. tutor.* licèt non omnis inſtitor ſit diſpenſator: eſt enim nomen inſtitoris generale, diſpenſatoris ſpeciale. Tractat autem hic Africanus de diſpenſatore ſeruo, qui ignorans mortem domini ſui, à quo fuerat manumiſſus teſtamento & heres ex parte ſcriptus pecunias Calendarij & exegerat & crediderat, quaſi negotium domini ſemper gerens quem adhuc viuere exiſtimabat. Duplex igitur quæſtio eſt, vna de pecuniis ab eo exactis. Alia de creditis: de exactis quidẽ, an ei benè ſint ſolutæ, ita vt per eiuſmodi ſolutionem debitores liberati fuerint ipſo iure, de creditis verò an ſicuti numeratæ, ſunt ita factæ ſint creditæ & alienatæ, vt earum dominium tranſlatum ſit in accipientem, iámque ex cauſa mutui debeantur. Ad primam quæſtionem reſpondet Africanus, debitores liberatos eſſe, ſi modò ipſi quoque ignoraſſent dominum deceſſiſſe: quod vtique intelligendum eſt pro coheredum portionibus, non pro ea quæ ad ſeruum hunc iam liberum & ipſo iure heredem iure hereditario pertinet. Nam cùm pro ea parte ſit ille verus creditor [a] tanquam vero creditori heres, certum eſt ſolutionem vero creditori factam ipſo iure & indiſtinctè parere liberationem, ſicut & ſi ſolutio facta eſſet vero procuratori *l. vero procuratori 2 infr. de ſolut. leg. ſi quis inficiatus 1. infr. depoſ leg. creditoru 8 Cod. de condict. indeb* Sed pro coheredum portionibus, qui ſunt veri creditores, cùm ſit verum ſolutionem factam eſſe alij quàm vero creditori difficilius eſt vt ex ea ſolutione acquiratur liberatio, quamuis ſolutio facta ſit bona fide: non enim ſufficit bona fides ſoluentis exiſtimantis eum qui ſolutionem accipit habere mandatum ſi tamen nullum habeat *leg. qui hominem 34. §. ſi nullo de ſolut.* nec ſi facta ſit ſolutio coniunctæ perſonæ cui permittitur interdum agere ſine mandatu *§. ſi gener. ead. leg iunct. l ſed & hæ perſonæ 35. ſupra de procurat.* quia ea res non facit illos procuratores *l. 3. § ſed e ſi fortè inf. Rat rem haber* Et nimia credulitas illa dicenda eſt quæ multum diſtat à bona fide, ſempérque imputatur ei qui nimis fuit credulus *l. 1 §. dolum ſupr. de eo per quem fact. erit* nõ autẽ alteri *l. 3. §. ſed ſi ſic accepit inſ. de in rem verſ.* niſi pecunia tandem peruenerit ad verum creditorem *dict. l. qui hominem § ſi prædo leg ſi quid poſſeſſor 31. § vlt. ſ. pr. de hered. petit.* aut quod effectu idem eſt niſi per creditorem ſteterit, quominus ad eum pecunia perueniret, vt hîc Caſtrenſis notat. At cùm præceſſit

man-

mandatum aliquod, ſed quod fuerit reuocatum, ſi ſolutio facta ſit procuratori iam reuocato, & ab eo qui reuocationem ignorauit, negari non poteſt, quin ſolutio facta ſit bona fide, cui factum ipſum creditoris cauſam dedit, ideoque prodeſſe debeat ſoluenti ad liberationem *dict. leg qui hominem §. ſi Titium & leg. cùm quis 38. §. ſi debitorem eo. tit.* Porrò nihil intereſt, an mandatum reuocatum ſit expreſſa voluntate, an morte, dum rebus adhuc integris, *§. rectè quoque & ſequent Inſtit. de mandat.* vbi additur vtilitatis cauſa receptum eſſe, ſi mortuo eo, qui tibi mandauerat, tu ignorans eum deceſſiſſe executus fueris mandatum, poſſe te agere mandati actione, ne alioqui iuſta, & probabilis ignorantia te damno afficiat, & huic ſimile eſſe quod placuit, ſi debitores manumiſſo diſpenſatori per ignorantiam libero ſoluerint, liberari eos, cum alioqui ſtricta iuris ratione non poſſent liberari, quoniam alij ſoluiſſent, quàm cui ſoluere debuerint. Nam & illud eſt, quod Africanus hîc ſcribit, Receptum eſſe, nimirum contra ſtrictam iuris rationem, vt debitores reuocato diſpenſatori per ignorantiam ſoluentes ipſo iure liberentur: quomodo argumentatur etiam in *leg. qui negotia 34. infra mandat.* Et ita debet accipi quod ſcriptum eſt in *leg. ſi ſeruus peculiari 32. de ſolut* liberari debitores, vt ſcilicet liberentur ipſo iure, nec tamen ex ſtricta & mera iuris ratione, ſed tantum ex æquitate *Si modò ignorauerit creditorem mortuum eſſe*, vt ibidem addit Iulianus. Iuſta enim & probabilis ignorantia illa eſt, quæ bonam fidem inducit *leg. ſi quis ſerno 18. & ſequent. eodem titulo.* Ergo ſi debitores ſcientes hunc diſpenſatorem manumiſſum ei ſoluerint, non liberabuntur, quia non poſſunt videri bona fide ſoluiſſe qui ſcientes ſoluerunt, niſi forte iuſtam quoque cauſam habuerit, non credendi bona fide, vt ſcriptum eſt in *lege 2. infra quod falſ. tutor. author* Nam & bona fide non creditur interdum, ſicut & creditur, vt diximus ad *leg. cum fundus 31. §. ſeruum tuum ſupra hoc titulo.* Sed tamen huic ſententiæ obſtare valde creditur quod ſcriptum eſt in *leg. ſi quis mancipiis 17. §. ſi impubes verſ. tius contractus infr. de inſtit. act.* Si impubes patri habenti inſtitores heres extiterit, deinde cum his contractum fuerit, in pupillum dandam eſſe actionem propter vtilitatem promiſcui vſus, quemadmodum ſi poſt mortem tutoris, cuius authoritate inſtitor præpoſitus eſt, cum eo contrahatur. Deinde addit, *Eum certe contractum nomine, qui ante ad tam hereditatem interceſſit, etiam furioſus heres exiſtat, dandam eſſe actionem etiam Pomponius ſcripſit.* Mox ſubiicit, *Non enim imputandum eſt ei qui ſciens dominum deceſſiſſe cum inſtitore mercem exercente contraxit* Mirum eſt, quantopere ſe torqueant interpretes in harum legum conciliatione, & ipſe quoque Cuiacius, qui refutatis aliorum omnium opinionibus, nec immeritò, conſtituit totam rationem differentiæ in vtilitate promiſcui vſus, diſtinguitque inſtitorem præpoſitum mercibus, & mercaturis faciendis à cæteris inſtitoribus, quaſi illius præpoſitio non finiatur, nec inſtitoris officium, niſi remoueatur ille ab heredibus, vel à tutoribus eorum, vt in *leg. ſed ſi pupillus 11. in princip. eod. tit.* Sed male meo iudicio. Nec enim vtilitas promiſcui vſus tam fauorabilis eſſe poteſt, vt ob eam pupillus obligari debeat ſine tutoris authoritate in fauorem eius, qui cum inſtitore mercem exercente ſciens dominum deceſſiſſe, contraxerit. Cui enim poſſis aliquid imputare, ſi nihil imputandum eſt ei, qui ſciens dominum deceſſiſſe cum inſtitore contraxit? Itaque fatendum eſt, locum illum corruptum eſſe, & pro *ſciens* legendum eſſe *neſciens*, vt à nobis demonſtratum eſt pluribus *libro ſexto de Coniecturarum cap. 11.* Vnde petenda ſunt, quæ hîc congerere poſſemus. Sequitur alia quæſtio de pecuniis per diſpenſatorem hunc Stichum iam factum liberum creditis ſiue per numerationem, ſiue per ſtipulationem contraxerit, de qua incipit tractare Africanus ab illis verbis, *Quas verò pecunias ipſe credidiſſet.* Sed quæritur prius, qua demum actione coheredes Stichi poſſint ab eo repetere quod pro ipſorum portionibus hereditariis Sticho ſolutum fuit, an actione familiæ erciſcundæ, quæ coheredibus inuicem dari ſolet, tum quoque, cum ſeruus liber, & ex parte heres eſſe iuſſus, aliquid ex rationibus, quas patrifamilias geſſiſſet, penes ſe retinet *leg. Maximus 52. §. 1 infr. famil. erciſcund.* an potius negotiorum geſtorum, quæ ſubſidiaria eſſe ſolet actioni familiæ erciſcundæ. Reſpondet autem Africanus, *actionem familiæ erciſcundæ coheredibus non competere, ſed negotiorum geſtorum dari debere.* Nunquam enim hæ actiones concurrunt circa eandem perſonam, eandem rem, eandémque ſpeciem *leg. filiæ 18. in fin. leg. in familia 20. Cod. familiæ erciſcundæ* quamuis vno reſpectu poſſit inter eaſdem perſonas locus eſſe iudicio familiæ erciſcundæ, alio autem reſpectu actioni negotiorum geſtorum, vt in *leg. 3. Cod. de negot. geſt.* vbi heredi, qui pignoris liberandi gratia ſoluit creditori hereditario commune debitum, datur actio familiæ erciſcundæ, quatenus liberauit pignus, cuius cauſa ſerat indiuidua, quodque non potuerat ille pro ſua parte liberare, quin etiam pro coheredum portionibus liberaret *leg. rem hereditariam 65. de euict. leg. heredes 25. § idem obſeruatur ſupr. famil. erciſcund.* Datur etiam actio negotiorum geſtorum, quatenus ſoluendo totum debitum liberauit etiam coheredes ab ære alieno, cuius cauſa erat diuidua, vt bene Cuiacius ducet in hanc legem. Veriſſima enim propoſitio eſt, quoties vnus ex heredibus aut ſociis id fecit, quod pro parte ſua facere non aliter potuit, quàm ſi rem totam gereret, familiæ erciſcundæ vel Communi diuidundo actioni locum eſſe, extra hunc caſum negotiorum geſtorum agi oportere *leg. ſi communes 40. ſupra de negot. geſt. dict. leg heredes 25. §. idem iuris eſt; iunct. leg. his conſequenter 18. §. vltim. famil. erciſcund. leg. ſi quis putans 6. §. hoc autem, §. ſi damni ſupr. Commun. diuidundo frater à fratre 38. infra de condictione indebiti leg. fiſtulas 78. §. pen. infr. de contr. empt.* In propoſita autem ſpecie certum eſt potuiſſe Stichum accipere ſolutionem partis ſuæ hereditariæ non acceptis partibus coheredum. Ergo non poteſt locus eſſe iudicio familiæ erciſcundæ, nec magis vtili, quàm directo, quamuis de directo minus ideo dubitari poſſit, quòd non habeat locum, niſi inter coheredes, qui aliquid geſſerunt tanquam coheredes: hic autem non potuit Stichus ſolutionem accipere velut heres, qui ſe heredem ignorabat. Conſequens igitur eſt, vt actioni negotiorum geſtorum locus eſſe debeat. In quo ta-



Digitized by Google

men dubitandi ratio illa occurrit, quod nihil Stichus geſſerit contemplatione coheredum ſuorum, quos nec magis ſibi coheredes quàm ſe heredem eſſe exiſtimabat, ac proinde nec ratihabitio coheredum poteſt facere eorum negotium, quod non ipſorum contemplatione geſtum eſt *l. ſi pupilli 6. §. item quæritur in fin. ſupr. De negot. geſt.* fecit enim quaſi ex neceſſitate ſeruili. Sed decidendi ratio fortior illa eſt, quod effectu ipſo negotium coheredum geſtum ſit à Sticho, & quidem eo tempore, quo licèt nihil ille gereret, niſi tanquam ex ſeruili neceſſitate, iam tamen reuera liber erat, & talis qui & obligare poterat, & obligari *l. atquin natura 19. §. ſi libero eod. titul. & l. is qui commodauit 13. §. vltim. infr. commod.* Nec pugnat quod in eâdem, vt videtur, ſpecie Iulianus dat actionem familiæ erciſcundæ, *in dict. l. Maeuius 52 §. 1. ſupr. Famil. erciſcun.* Nam vt benè poſt Accurſium docet Cuiacius, agitur eo loco de pecuniis viuo domino exactis & quæ mortis tempore inueniebantur hereditariæ, hîc verò de exactis poſt mortem domini, quæ nunquam fuerunt hereditariæ & quas Stichus etiamſi ſe heredem ex parte ſciuiſſet, exigere tamen pro coheredibus non cogebatur, quod & nos ad locum illum docuimus. Reſtat iam vt ad aliam quæſtionem veniamus de pecuniis à Sticho poſt mortem domini creditis antequàm ipſe teſtamentum domini recitatum, ſéque in eo heredem ex parte ſcriptum reſciuiſſet, de illa ſic Africanus ſcribit:

a *Quas verò pecunias ipſe credidiſſet* &c. Reſpondet igitur Africanus cum diſtinctione, vt ex qua parte Stichus heres ſcriptus inuenitur, alienauerit nummos quos dedit mutuos, pro partibus verò coheredum, non alienauerit, nec proinde mutuos eos dare potuerit, cùm ſine alienatione mutuum contrahi non poſſit, ſi mutuum eſſe non poteſt quin de meo tuum fiat *l. 2. §. appellata ſupr. hoc titul.* Cuius diſtinctionis prior pars illam habet dubitandi rationem, quod nemo errans dominium rei ſuæ transferre in alium poſſit *l. 3. §. ſubtilius infr. De condiction. cauſ. dat. l. ſi procurator 35. De acquiren. rer. domin. l. & ſi conſenſum 15. §. vltim. De contrahen. empt.* Hîc autem Stichus errat, cùm nummos reuera ſuos dat mutuos tanquam dominicos & domini ſui nomine. Sed decidendi ratio eſt, quod hic error leuior eſt, quàm vt dominij tranſlationem impedire poſſit: nec enim multùm diſtat à veritate, cùm perſona heredis eadem ferè ſit quæ perſona teſtatoris, & rurſum perſona heredis eadem quæ fuit reuera diſpenſatoris, qui tam citò factus eſt heres quàm deſijt eſſe diſpenſator, vt benè Cuiacius explicat. Quod verò pertinet ad poſteriorem ſupradictæ diſtinctionis partem, ratio dubitandi illa eſt, quòd quemadmodum iuſta huius diſpenſatoris & debitorum hereditariorum ignorantia facit, vt debitores ei ſoluentes liberentur, ſicuti iam diximus, ita eadem ignorantia videatur facere debere, vt etiam pro coheredum portionibus nummi hereditarij alienentur quomodo alienarentur ſi dominus adhuc viueret. Generalis eſt enim iuris regula quę habet, bonam fidem tantum præſtare quantum præſtat veritas, vbi lex impedimento non eſt *leg. bona fides 136. de regul. iur.* Sed Africanus reſpondet, quæ decidendi ratio eſt, non ſicut illud receptum eſt, vt debitores ei ſoluentes liberentur, ita hoc quoque receptum eſſe, vt credendo nummos eos alienet. Illud receptum eſt, ne iuſta ignorantia debitoris bona fide ſoluentis damno eum afficiat cui nihil imputari poteſt *§. item ſi adhuc Inſtitut. de mandat.* & quia ipſius intereſt conſequi liberationem, quæ ipſa per ſe fauorabilis eſt. At hoc non ſimiliter receptum eſt, nec recipi debet, non ob id ſolùm, quod quæ ſingulari iure & contra meram ſtrictámque iuris rationem recepta ſunt, non debent produci ad conſequentias *leg. quod verò 15. ſupr. de legib.* quomodo idem Africanus argumentatur in *dict. leg. qui negotia 34. mandat.* ſed etiam quia nullius damnum eſt, etiamſi nummi à Sticho crediti non alienentur, non domini, quia dominus manet, eorúmque quandiu extabunt, vindicandorum ius habet, non accipientis, quia cùm non ſit dominus, non tam aliquod ei damnum infligitur, quàm acquirendi occaſio eripitur, pro quo tamen incommodo ſi quod eſt, ſentit illud commodum, vt non incidat in obligationem in quam incidere illum neceſſe eſſet, ſi nummi alienarentur. Et verò repugnat regulæ iuris naturalis gentium & ciuilis, vt ignoranti domino rei ſuæ dominium eripiatur: nec in eam rem quicquam prodeſſe poteſt prætextus bonæ fidei quia lex impedimento eſt, vt ſcripſimus ad *dict. l. ſi quid poſſeſſor 31. §. vltim. ſupr. de hered. petit. & ad d. §. ſeruum tuum leg. 31. ſupr. hoc tit.* Præter id quod nec regula iuris quæ bonam fidem veritati æquiparat, de qualibet bona fide loquitur, ſed tantùm de bona fide poſſidentis: quæ proinde admixtam habeat cauſam poſſeſſionis, quod hîc non contingit: probat autem Africanus ſententiam ſuam exemplo mandati, *Nam etſi tibi in hoc dedero nummos*, inquit, *vt eos Sticho credas, deinde mortuo me ignorans dederis, accipientis non facies.* Bona enim comparatio diſpenſatoris & mandatarij, nam diſpenſator quoque mandatarius eſt: & omni caſu mandatum alienandi finitur morte, quia per mortem mutatur dominus, & fit nouus dominus, qui antè non erat, cuius proinde voluntas neceſſaria omnino eſt ad alienationem *leg. ſi ego 9. §. ſi res infr. de iur. dot. iunct. leg. id quod noſtrum eſt 11. de regul. iur.* Eſt namque impoſſibile, vt dominium alienetur ab eo qui non habet *leg. nemo plus iuris 54. eod. leg. ſi vniuerſa 15. Cod. de legat.* Aliáque ratio eſt ſolutionis factæ à domino ei qui non habuit ius accipiendi ſolutionem, quamuis ſolutio quælibet inducat alienationem dominij: non enim naſcitur impedimentum ex parte accipientis, ſed ex parte dantis. Huic tamen concluſioni obſtare valde creditur, quod à Pomponio ſcriptum eſt in *leg. fundi 33. verſ. item ſi amicus infr. de acquirend. poſſeſſ.* Si fundi venditor mandauerit alicui, vt emptorem in vacuam poſſeſſionem induceret, & amicus cui mandatum illud eſt mortuo eo priuſquàm ſciret mortuum, aut non prohibentibus heredibus id fecerit, rectè poſſeſſionem traditam eſſe: ſed reſpondendum eſt agi eo loco de tranſlatione non dominij: ſed poſſeſſionis cuius tranſlatio propriè non eſt alienatio *l. 4. §. 1. ſupr. de alienat. iudic. mut. cauſ. fact. leg. non alienat. 119. de regul. iur.* licèt per poſſeſſionem transferatur etiam dominium, quoties à poſſeſſione ſeparari non poteſt *leg. procurator 8. Cod. de acquir. poſſ. leg. ex empto 11. §. 1. de act. empt. leg. traditio 20. de acquir. rer. domin.* Non enim attendi ſolent, quæ non fiunt niſi per conſequentias *leg. 1. leg. quod dicitur 7. infr. de author. tutor.*

*tutor.* Sed & tranſlatio illa poſſeſſionis, etiamſi tranſlationem dominij quoque includeret, non tam alienatio dici tamen deberet, quàm ſolutio, quomodo & à Paulo dicitur in *d. l. cum fundus 31. §. ſeruum tuum ſupr.* ad hoc enim obligatus eſt venditor actione ex empto, vt rem tradat *dict. leg. ex empto §. 1. l. 1. de act. emp. l. ſi traditio 4. Cod. eod.* Itaque cùm ia cui venditor mandauit, vt poſſeſſionem traderet emptori, tradidit eam poſt mortem venditoris, antequam ſciret eum mortuum, pro eo habendus eſt, qui mandatum ſoluendi habens ſoluit poſt mortem mandatoris, quem mortuum ignorabat, & bona fide, quem liberari æquum eſt, non minus quàm eum, qui creditoris procuratori ſoluit poſt mortem creditoris, qui adhuc viuere putabatur: de quo iam ſupra diximus: quinimò eſſe hunc caſum fauorabiliorem ex eo apparet, quod alio caſu non prodeſt ſolutio ad liberationem ſi facta ſit à mandatario iam ſciente mortem mandantis, in hoc autem etiamſi mandatarius ſciuerit mortuum venditorem, ſi tamen ab heredibus non prohibeatur tradere, valet traditio, quia mandatum tradendi cauſam habuit non merè voluntariam, ſed ex obligationis neceſſitate profectam, cum ad hoc teneretur venditor actione ex empto, vt per ſe vel per alium rem vẽditam traderet: quæ obligatio cum ad venditoris heredes tranſeat, mandatum hoc caſu morte mandantis non finiri æquum eſt, ſed ad heredes tranſire, quorum etiam intereſt impleri mandatum, vt liberati ab obligatione tradendi hoc ipſo locupletiores fiant *leg. ſi pupilli 66. in fin. de ſolut.* Quod & Bartolus ad eum locum bene obſeruauit, cùm notat mandatum factum ſuper eo ad quod mandator tenebatur, non finiri morte mandatoris: quamuis ab heredibus reuocari poſſit. Minùs obſtat, quod obijcitur ex Vlpiano in *leg. hoc iure 29. §. ſi quis dederit infra de donation.* Si quis dederit mutuam pecuniam Titio, reddendam Seio, cui donatum volebat, deinde Titius mortuo donatore Seio dediſſe proponatur, dicendum eſſe pecuniam fieri Seij ſiue mortuum donatorem ſciuerit Titius, ſiue ignorauerit. Ratio enim ab eodem Vlpiano ſtatim redditur, *quia pecunia fuit dantis*, quæ ratio non ſimiliter locum habet, ſi pecunia fuit mandantis. Sed ſi quæratur, an Titius liberatus ſit, alia quæſtio eſt: & in ea diſtinguendum cum Vlpiano, an ſciuerit donatorem mortuum, an ignorauerit, vt hoc poſteriore caſu liberatus eſſe intelligatur condictione certi ex mutuo, aut ſaltem condictione ob cauſam dati cauſa non ſecuta, qua teneretur, ſi pecuniam Seio non dediſſet: priore verò non ſit liberatus, ſed ea condictione poſſit conueniri ab heredibus donatoris, quia licet pecuniam dederit Seio, non tamen impleuit legem mutuo dictam, id eſt, donationem, quam donator mutuam dando pecuniam Titio in Seium conferre voluit. Non enim mortuo donatore potuit perfici donatio collata in Seium, cum donator amplius non viueret, quem iam mortuum eſſe ſciebat Titius. Sed traditio facta Seio, quæ liberationem parere non potuit, pariet condictionem, vt eam pecuniam Seius Titio reddere teneatur condictione indebiti: nec enim poteſt videri debitum fuiſſe Seio ex cauſa donationis, quod illi ſolutum eſt eo tempore, quo perfici donatio amplius non poterat. Sed ſi mandauero tibi, vt pecuniam non meam, nec mutuam à me datam, ſed merè tuam Titio des, cui donatum volebam, & tu poſt mortem meam Titio dederis, quæ alia ſpecies eſt, in qua nec de liberatione, nec de condictione tractari quicquam poteſt, diſtinctio omnimodo neceſſaria eſt, an ſciueris, an ignoraueris, vt ſi ignoraueris me mortuum antequam dares, actionem mandati contra heredes meos habeas, ſi verò ſciueris, nullam habeas, quia mãdatum iam erat finitum morte, nec proinde impleri potuit donatio ex mandato. Et hæc Vlpiani ſententia, & ratio eſt in *d. §. ſi quis dederit.* Sequitur,

c *Quare ſi nulla ſtipulatio interueniſſet.* RATIO DVBIT. Adhiberi poteſt fideiuſſor, itemque pignus obligationi cuilibet etiam naturali tantum *l. 5. inf. de pignor. leg. ſtipulatus ſum 6. §. inf. de fideiuſſ. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de ſolut.* Atqui ob numeratas à Sticho pecunias hereditarias poſt mortem domini, & bona fide non poteſt fieri, vt non aliqua contrahatur obligatio ſaltem naturalis ex parte accipientis, cum obligatio naturalis æſtimetur ex facto magis, quàm ex iure *l. nec ſeruus 41. inf. de pecul.* Ergo fideiuſſores ex hac cauſa datos & pignora quoque teneri fatendum eſt. DEC. Non omnis numeratio parit obligationem aut ciuilem aut naturalem, ſed ea tantum, per quam dominium transfertur in accipientem, ne alioqui contingat, vt quis locupletetur cum aliena iactura, quod eſſet contra naturalem æquitatem, vt in *leg. naturaliter 13. in fin. cum l. ſeq. de condict. indeb.* Atqui in propoſita ſpecie, non alienantur nummi, vt ſupra diximus. Nulla igitur obligatio ex ea numeratione contrahi potuit, neque naturalis, neque ciuilis, & conſequenter neque fideiuſſores, neque pignora in eam cauſam dari potuerunt, alioqui neque vindicatio nummorum extantium dari poſſet, neque condictio conſumptorum, ſi accipiens eſſet aliquomodo obligatus: non magis, quam ſi is, qui vindicat, aut condicit, naturaliter obligatus eſſet. Iniquum enim eſſet accipientem manere obligatum, & carere nihilominus ea re quæ obligationem peperiſſet. Porrò nulla ſubſiſtente obligatione principali, nec acceſſoriæ poſſunt conſiſtere *vulg. leg. cum principalis 178. de regulis iuris.* Planè, ſi nummi poſtea conſumpti ſint, an conualeſcet datio pignoris, aut fideiuſſoris? Vtique, quoniam & mutuum ipſum, ſi non conualeſcit, ſaltem conciliatur conſumptione, ſicut & ratihabitione, vt ſubtiliter Cuiacius tractat, ex *leg. ſi quis pro eo 56. §. ſi nummos infra de fideiuſſ.* vbi Papinianus ait, conſumptis nummis naſci condictionem, ex eóque infert fideiuſſorem obligatum eſſe, tanquam qui acceptus intelligatur in omnem cauſam, quæ ex ea numeratione naſci poteſt. Condictio autem illa eſt, quam Cuiacius ex Græcis interpretibus, & ex Theophil. in *§. vlt. Inſtit. quibus alien. licet vel non*, vocat de bene depenſis, cùm bona fide conſumpta eſt pecunia. Alioqui vel vindicanda eſt pecunia, ſi extet, vel agẽdum eo nomine ad exhibendum ſi mala fide conſũpta ſit *l. rogaſti 11. §. vl. d. l. nõ omnis 19. §. vl. ſup. hoc tit.* vbi plura hac de re ſcripſimus. Sed hæc ita ſi nulla ſtipulatio interuenerit. Nam ſi qua interceſſit, dubitandum non eſt, quin ex ea naſcatur obligatio ciuilis & ex obligatione ciuili condictio certi ex ſtipulatione efficax, cum nihil ſit quod repugnet *l. 2. C. ſi cert. petat.* Quanquam adhibenda etiam illo caſu diſtinctio eſt, quomodo concepta ſit ſtipulatio, vt Africanus noſter mox ſubijcit. Cæterum eo caſu, quo ex conſumptione nummorum acquirimus con-

dictio dubitari adhuc poteſt cui acquiratur an coheredibus ipſis, an potiùs hereditati? Diſtinguendum eſt an conſumptio ſuperuenerit ante aditam hereditatem, an poſt, ſi ante aditam hereditatem, acquiretur condictio hereditati ſi qua ſit iacens, qualem eſſe illam neceſſe eſt, ſi coheredes Stichi proponantur extranei, qui proinde non fuerint heredes ipſo iure & per mediam hereditatem acquiretur poſteà heredibus. Hereditas enim domina eſt *l. non minùs 31. §. 1 infr. de hered. inſtit. l. denique 13. §. quæſitum verſ. accedit infr. quod vi aut clam. l. 1. §. 1. infr. ſi is qui teſtam. lib. eſſ. iuſſ.* aut ſaltem domini perſonam repræſentat, vt loquitur *l. cùm hereditas 9. C. depoſit. iunct. l. liber homo 13. §. pen. ſupr. ad leg. Aquil. l. hereditas in multis 61. de acquir. rer. domin. l. ſi ante aditam 15. de interrog. in iur. faciend.* Ideóque per ſeruum hereditarium acquiri poteſt hereditati quicquid per alios ſeruos acquiritur dominis, vt ſequitur in hac lege, extra caſum *dict. leg. 1. §. Scæuola ſi is qui teſtam. lib. eſſ. iuſſ.* Si verò poſt aditam hereditatem conſumptio nummorum ſecuta ſit, acquiretur condictio heredibus rectà non per mediam hereditatem, quæ amplius nulla eſt, deſinit enim eſſe hereditas vbi heres incipit eſſe. Proinde ſi ponas inſtitutos fuiſſe heredes omnes neceſſarios, nullus diſtinctioni locus relinquetur, quia cùm ipſo iure & ſtatim ſint heredes, etiam ante apertas tabulas, ſiue in ſolidum, ſiue ex parte heredes ſcripti ſint, vt hæc lex probat, nulla videtur eſſe hereditas non magis quàm in heredibus ſuis, & neceſſariis *leg. in ſuis 11. infr. de liber. & poſthum. l. in ſuis 14. de ſuis & legit.* & ita bene Cuiacius poſt Caſtrenſem, qui rationem adfert prioris partis diſtinctionis, quod ſi quis pecuniam tuo nomine alij numeret, ipſa conſumpta acquiritur tibi actio directa irreuocabiliter, adeóque tametſi tu nomen reprobaueris, eámque numerationem ratam habere nolueris ex *leg. ſi abſenti 4. Cod. ſi cert. petat. leg. certi condictio 9. § ſi nummos ſupr. ho. tit.* vbi diximus. Quidni ergo etiam hereditati? In eóque obſeruat bene Caſtrenſis differentiam, quæ eſt inter condictionem certi quæ naſcitur ex numeratione, & illam, quæ ex ſtipulatione, quòd certi condictio ex numeratione potuit per Stichum acquiri non tantùm hereditati iacenti pro coheredum extraneorum portionibus, ſed ipſis etiam coheredibus, ſiue ignorauerint defunctum teſtatorem, ſiue ſciuerint, quia & alij cuilibet extraneo acquiri per alium poſſet *dict. § ſi nummos & d. l. ſi abſente*, at non etiam condictio ex ſtipulatione *d. l. 2. eod. tit. Cod. ſi cert. petat.* Idque adeò verum eſt, vt etiamſi nomen reprobare coheredes Stichi vellent, non eo minùs tamen directa condictio penes eos remaneret, qua cedere illum oporteret, niſi mallet ille ſuo nomine vtili actione experiri *dict. leg. ſi abſente.* Sequitur apud Africanum,

d *Quòd ſi ſtipulatus quoque eſſet.* Percurrit diligenter Africanus omnes caſus qui circa propoſitam ſpeciem poſſunt emergere. Ac quoniam huc uſque illum tractauit, quo nulla Stichi ſtipulatio in fœnerandis nummis interceſſerit, pergit quærere, quid ergo ſi Stichus ſtipulatus proponatur ab iis quibus mutuas dedit pecunias? Et ait multum referre quemadmodum ſtipulatus ſit. Nam ſi nominatim Titio domino ſuo iam mortuo ſtipulatus ſit, proculdubio inutilem eſſe ſtipulationem, quòd ſi ſibi ſtipulatus eſſet, dicendum eſſe hereditati eum acquiſiuiſſe, nempe ſi ante aditam hereditatem ſtipulatus proponatur. Nam ſi poſt aditam à coheredibus hereditatem, aliud reſpondendum eſſe, nullam ſcilicet actionem ex ſtipulatione Stichi acquiſitam eſſe coheredibus extraneis, quia cùm iam liber fuerit Stichus tanquam & liber ſcriptus, & heres neceſſarius, certum eſt per ſtipulationem perſonæ liberæ non alij acquiri poſſe quàm ei cui ſtipulator bona fide ſeruiat, ſi etiam illud concurrat vt ex re eius vel ex operis ſuis acquirat *l. qui bona fide 23. iunct. l. liber homo 19. infr de acquir. rer. domin.* In propoſito autem nemo dixerit Stichum bona fide poſſideri à coheredibus ſuis, qui ſciuerint eum ſibi coheredem datum ex recitatione teſtamenti. Sed ſi ignorauerint, quod fortè ipſi quoque ex neceſſariis fuerint, atque ita heredes ipſo iure etiam ante apertas tabulas, aliud eſt. Etſi enim non poſſunt videri Stichum bona fide poſſidere ſiue iam liberum eum, & coheredem ſibi datum eſſe ſciant, ſiue ſe liberos & coheredes eſſe neſciant, quia neutro caſu poſſidendi animum habere poſſunt, poteſt tamen Stichus bona fide iis ſeruire quod ſufficit, vt ex re ipſorum poſſit ipſis acquirere, quemadmodum cum Africano ad finem legis dicemus. Sola igitur quæſtio illa契 ſupereſſe poteſt, cùm coheredes ſunt extranei, cui danda ſit condictio nummorum pro portionibus iſtis coheredum ſi conſumpti ſint, vt quæ ex ſtipulatione naſci nulla potuit, ſaltem ex conſumptione naſcatur. Nam ſi extent, cùm alienati non fuerint, apparet vindicationem eorum competere. Cui porrò al[i]j quàm domino? Ergo coheredibus ipſis quos negari non poteſt eorum nummorum dominos eſſe, pro ſua quemque portione hereditaria. Ad hanc verò quæſtionem nihil Africanus noſter reſpondet. Nos quid reſponderi debeat, docebimus, ſi priùs ad vnamquamque partem diſtinctionis Africani proprias dubitandi & decidendi rationes attulerimus. Ait lex,

e *Nam ſi nominatim fortè Titio domino ſuo.* RAT. DVB. Cùm ſeruus ſtipulatur, nihil intereſt an ſibi, an domino ſuo, an ſine alterutra eorum adiectione dari ſtipuletur, quia omni caſu ſtipulatio vtilis eſt, & ex ea domino acquiritur *l. 1. in princip. & paſſ. infr. de ſtipulat. ſeruor.* Nam & idem accidit in filiofamilias ſtipulante ſimpliciter vel ſibi vel patri *l. quod dicitur 130. de verb. oblig. §. ſi quis alij Inſtitut. de inutil. ſtipulat.* Atqui ſi Stichus de quo agimus ſibi ſtipulatus eſſet, valeret ſtipulatio, & acquireretur hereditati, vt Africanus ſubiicit. Idem ergo eſt etiamſi Titio domino ſuo nominatim ſtipuletur: præſertim cùm hereditas, vt diximus, perſonam domini repræſentet *dict. leg. cùm hereditas 9. Cod. depoſ.* DEC. Nihil quidem intereſt, cùm dominus viuit, an ſeruus ſibi ſtipuletur, an domino ſuo, nec an ſub nomine proprio domini, an ſub appellatiuo. Sed cùm dominus mortuus eſt, vt in caſu quem tractamus, multum intereſt. Stipulatio enim collata nominatim in perſonam Titij, non poteſt in hereditatem transferri, nec in perſonam Stichi, quandoquidem nec hereditas, nec Stichus poteſt vllo modo eſſe aut dici Titius. Nec quod hereditas repræſentet perſonam defuncti non heredis ad rem facit. Repræſentat enim perſonam defuncti, vt dominium rerum hereditariarum continuari poſſit in heredem, nec ea continuatio, vel vnico temporis momento interrumpatur, non autem vt Titius iam mortuus etiam nomen ſuum transferat in hereditatem, quippe quod nullam cum dominij tranſlatione, aut continuatione habeat connexitatem. In ſtipulationibus autem verborum

ratio

Digitized by Google

ratio potiſſimùm habenda eſt *l. quicquid adſtringenda 99. de verb. oblig.* maximè verò perſonæ in quam ſtipulatio collata fuit, adeò, vt nec perſona illa quæ nominatim adiecta eſt ſolutionis cauſa, videri vnquam poſſit adiecta obligationis gratia, vel contrà *l. eum qui 56. §. qui ſibi l. vlt. §. pen. eod. tit.* Conſequens igitur eſt, vt ſi Stichus pecunias quas fœnerauit ſtipulatus ſit reddi nominatim Titio domino ſuo iam mortuo, inutilis omnino ſit ſtipulatio, perinde atque ſi hominem iam mortuum ſiſti ſtipulatus eſſet *l. ſi homo mortuus 69. eod. tit.* aut ſi deceſſiſſet homo ſiſti promiſſus, qui tamen ſtipulationis tempore viuebat, vt in *l. 4. ſupr. qui ſatiſd. cogant.* quia neque acquiri poteſt Titio, qui cùm iam mortuus ſit nullus eſt, neque hereditati, neque ipſi Sticho, quia non hereditati, aut ſibi ſtipulatus fuit Stichus, ſed Titio domino ſuo nominatim: ſic & aliàs plerunque multum refert, an quis nominatim ſtipulatus ſit dominis ſuis, an non nominatim, vt ſciatur, an pro dominicis partibus, an pro virilibus acquiratur dominis obligatio *l. ſi communis ſeruus 37. infr. de ſtipul. ſeruor.* Et ſeruus hereditarius, quamuis ſibi aut ſimpliciter ſtipulando acquirat etiam heredi futuro *l. ſi ſeruus 18 §. ſeruus l. ſi ex re 28. §. vlt. l. ſeruus hereditarius 35. eod. tit.* ſi tamen nominatim futuro heredi ſtipuletur nihil agit, quia ſtipulationis tempore heres dominus eius non fuit *leg. ſeruus 26. eod.*

f *Quòd ſi ſibi dari ſtipulatus eſſet.* RAT. DVB. Seruus quidem hereditarius, & hereditati & heredi futuro, dum ne nominatim, rectè ſtipulatur, vt modò diximus ex *leg. ſeruus hereditarius 35. iunct. leg. ſeruus 16. de ſtipul. ſeruor.* At is, qui ſtipulationis tempore non amplius ſeruus, ſed iam liber eſt, cùm ſit capax acquiſitionis, ſi ſibi ſtipuletur, cuinam alij obſecro quàm ſibi poteſt acquirere? Aut cur hereditati, cùm non ſit hereditarius, nec proinde habeat hereditatem pro domina? Nam & quod dicimus ex ſtipulatione ſerui hereditarij, acquiri etiam futuro heredi, non aliam rationem habet, quàm quòd hic ſeruus aditionis tempore in hereditate deprehendatur *dict. leg. ſi ſeruus 18. §. ſeruus eod. tit.* vbi ob hanc cauſam differentia elegans conſtituitur inter ſeruum & filiumfamilias, qui ſi mortuo iam patre ſibi ſtipuletur, nec hereditati paternæ, nec futuro patris heredi quicquam acquirit. Igitur in propoſita ſpecie per ſtipulationem Stichi iam liberi, & heredis ex parte, nihil acquiri hereditati poteſt, ne quidem pro portionibus coheredum. DEC. Etiam liber homo ſtipulando acquirit ei cui bona fide ſeruit, dummodò ex eius re ſtipuletur *leg. acquiritur 10. leg. liber homo 19. leg. qui bona fide 23. infr. de acquir. rer. domin. leg. liber homo 20. de ſtipulat. ſeruor.* Ergo & acquirere hereditati poteſt cui bona fide ſeruiat, quomodo in caſu propoſito Stichus noſter ſeruiebat bona fide hereditati tempore ſtipulationis cùm ſe putaret adhuc hereditarium, & ex domini ſui teſtamento libertatem iam ſibi obtigiſſe ignoraret, dummodò acquirat ex re hereditaria, quod & hîc euenerat, quia pro coheredum portionibus pecunia erat hereditaria nondum adita per ignorantes coheredes hereditate. Idque eſt quod Africanus ſcribit his verbis, *Sicut enim nobiſmetipſis ex re noſtra per eos qui liberi vel alieni ſerui bona fide ſeruiunt acquiratur, ita hereditati quoque ex re hereditaria acquiri.* Quam regulam valde notandam eſſe bene monuit Ioannes vetus gloſſator, quòd nullo alio iuris loco prodita inueniatur. Nec ſanè au qua videtur carere dubitatione, quandoquidem nō poteſt hereditas poſſidere, quæ nec animum poſſidendi habet, nec bonam fidem, ita vt ne quidem poſſeſſio quæ fuit defuncti tranſire in hereditatem poſſit *l. 1. §. Scæuola infr. ſi is qui teſt. lib. eſſ. iuſſ.* Quanto minùs poteſt incipere poſſidere bona fide Stichum, qui defuncto domino ſeruiebat non bona fide, ſed tanquam qui verè ſeruus eius eſſet? Quod enim liber homo aut ſeruus alienus acquirit ei cui bona fide ſeruit dum ex ipſius re acquirat, non videtur fieri propter bonam fidem ſolam, ſed magis propter poſſeſſionem, vt innuit illa iuris regula, quæ habet, bonam fidem poſſidenti tantum præſtare quantum præſtat veritas, vbi lex impedimento non eſt *leg. bona fides 136. de regul. iur.* Cur enim adderet *poſſidenti* ſi non potiſſima poſſeſſionis ratio haberi deberet? Neque verò aliud ſenſiſſe Africanus ipſe videtur, qui cùm ſubiicit poſt aditam à coheredibus hereditatem non æque idem dici poſſe, vtique ſi ſcierint Stichum ſibi coheredem datum eſſe, rationem adfert *quoniam tunc non poſſunt videri bonæ fidei poſſeſſores eſſe, qui nec poſſidendi animum haberent.* niſi dicamus in hereditate ſpeciali quodam iure, & vtilitatis cauſa ſic comparatum eſſe, vt & alia pleraque, etiam ex iis quæ poſſeſſionem aliquam & poſſeſſionis continuationem requirunt, quale illud eſt, vt nondum aditæ hereditatis tempus vſucapioni proſit, ſiue ſeruus hereditarius aliquid comparat, ſiue defunctus vſucapere cœperat *l. iuſto 44. §. nondum adita. iunct. l. numquam 31. § pen. infr. de vſucap.* Non enim poteſt imputari hereditati cur non poſſideat, nec animum poſſidendi habeat, nec proinde ea res debet immutare rationem iuris, cùm non eo minùs verum ſit Stichum iam factum liberum ſeruire bona fide hereditati quandiu neſcit ſe liberum, & hereditas pro coheredum portionibus non eſt adita, licèt nec ſe putet eſſe hereditarium, qui dominum ſuum mortuum eſſe ignorat. Et verò Stichus qui ſe ſcit ſeruum Titij, quem putat adhuc viuere, quamuis reuera liber ſit, mortuo Titio à quo fuit liber & heres ex parte ſcriptus, adhuc tamen bona fide ſeruit hereditati, quæ eiuſdem domini perſonam repræſentat: vt perinde haberi debeat, ac ſi Stichus inter viuos manumiſſus à ſuo domino liber factus fuiſſet ignorans, nec eo minùs eidem domino ſeruire bona fide perſeueraſſet, ſi ita res geri potuiſſet: quod tamen impoſſibile eſt, quia neque ipſo iure liber fieri per manumiſſionem inter viuos ignorans quis poteſt, neque bona fide poſſideri ab eo qui ipſe manumiſerit. Denique non tam inſpiciendum eſt, vtrum homo liber bona fide poſſideatur ab eo cui acquirit, quàm vtrum ei bona fide ſeruiat, & ex re ipſius acquirat: vt Africanus quoque docet in ſequentibus, cùm ait, ſi coheredes Stichi ignorauerint teſtatorem mortuum, datúmque ſibi Stichum coheredem, quòd fortè ipſi quoque ex neceſſariis heredibus fuerint, æquè dicendum eſſe ipſis acquiſitam ſtipulationem pro eorum portionibus hereditariis, tanquam ex re ipſorum contracta ſtipulatione, per Stichum tunc ipſis bona fide ſeruientem, tametſi non idcirco poſſet videri ab iis poſſeſſus qui nec poſſidendi animum haberēt, nec poſſidendi ius poſſe habere ſe putarent, cùm ſe adhuc ſeruos eſſe crederent.

g *Poſt aditam verò à coheredibus hereditatem.* Ponit enim Africanus fuiſſe coheredes extraneos, quorum eſt adire hereditatem, non autem heredum neceſſariorum, qui ſtatim & ipſo iure ſunt protinus

heredes ſiue velint, ſiue nolint §. 1. *Inſtit. de hered. qualit. & differ.* Idque apparet clariùs ex ſequentibus, vbi tractatur tanquam de diuerſo caſu ſi coheredes quoque neceſſarij fortè fuerint. RAT. DVB. Aditio hereditatis facit duntaxat, vt per hunc Stichum nihil poſſit acquiri hereditati, quia nec hereditas vlla eſt ex quo fuit adita, ſed incipit fieri patrimonium heredis per confuſionem niſi impetretur ſeparatio *l. 1. infr. de ſeparat.* Atqui poteſt ſtipulatio Stichi prodeſſe coheredibus etiam poſt acquiſitam iis hereditatem, puta ſi ignorauerint datum ſibi Stichum coheredem, vt ſequitur apud Africanum: ergo nihil facit hereditatis aditio, & acquiſitio, ſed tantùm bona fides, vel mala fides coheredum. DEC. Extranei heredes ſicuti non poſſunt eſſe heredes quin fiant, nec fieri citra aditionem in quo differunt à neceſſariis ſiue ſuis, ſiue non ſuis *l. in ſuis 14. de ſuis, & legit. §. vltim. Inſtit. de hered. qualit. & differ.* ita neque adire quin ſciant ſe inſtitutos & apertas eſſe tabulas, ac teſtamentum recitatum, cùm non aliter poſſint adire quàm ſi de iure ſuo certi ſint, & ex qua cauſa iis delata ſit hereditas *leg. is qui putat 15. cum quatuor ſeqq. leg. ſi is ad quem 22. & ſequentib. leg. heres inſtitutus 32. & ſeqq. leg. eum qui 51. & paſſ. infr. de acquir. hered.* Ideó que lex Iulia Papia de caducis ad eos tantùm, non etiam ad neceſſarios heredes pertinet, vt iam diximus ex hac *leg. iunct. leg. vnic in princip. Cod. de caduc. tollend.* Atqui non poteſt extraneus heres ex parte inſtitutus ſcire ſe inſtitutum, & ex qua parte, quin ſciat etiam quem coheredem habeat, & ex qua parte. Porrò ſcientia illa ſtatim malam fidem inducit, & impedit ne poſſint in propoſita ſpecie coheredes Stichi extranei poſſidere illum bona fide, vt per eius ſtipulationem aliquid acquirant, cùm nec habere poſſint animum poſſidendi eum, quem iam liberum, & coheredem ſibi datum eſſe intelligunt. Bene igitur Africanus diſtinguit, an hereditas ſit adita, nécne, vt vel ex hoc ſolo appareat tractare illum hucuſque de hereditate quę adiri poſſit & debeat, vt acquiratur. Quamquam apertiùs & generaliùs ne dicam meliùs feciſſet Africanus, ſi diſtinxiſſet, non an adita eſſet hereditas nécne, ſed an Stichi coheredes neceſſarij fuiſſent, an extranei, & rurſum ſi neceſſarij, an ſciuiſſent datum ſibi coheredem Stichum, an ignoraſſent, vt ſi ſciuiſſent, nihil eis acquiri per Stichum poſſet (nam & neceſſarij poſſunt ſcire quod extranei poſſunt, licèt poſſint etiam ignorare, quod extranei non poſſunt) ſi verò ignoraſſent, acquiſita iis eſſet obligatio ex ſtipulatione Stichi pro portionibus eorum hereditariis. At ſi extranei heredes eſſent, ſubdiſtingui oporteret, an hereditas per eos adita eſſet nécne, non autem an hereditate adita ſciuiſſent datum ſibi coheredem Stichum, quandoquidem id ignorare non potuerunt. Itaque quod hîc ſcribitur *vtique ſi ſcierint eum ſibi coheredem datum* ſic accipio, ac ſi ſcriptum eſſet *vtique quia ſciuerint*, aut *cùm vtique ſciuerint.* Sequitur enim ſtatim coheredes non aliter potuiſſe ignorare datum ſibi Stichum coheredem, quàm ſi ipſi quoque fuerint ex neceſſariis, vt intelligamus non niſi in neceſſariis heredibus poſſe hanc ignorantiam, & quæ ex ea naſcitur, bonam fidem, probabiliter contingere, niſi malis ſic intelligere vt diſtinxerit Africanus in coheredibus generaliter an ſciuerint, an ignorauerint, ſed non in coheredibus extraneis, id eſt, per aditionem factis in quos vtique non cadit probabiliter hæc diſtinctio, præſertim cùm heredes ſoleant & debeant habere pene ſe exemplum teſtamenti aperti & recitati *leg. 2. ſupr. de edend.* Quod nec Accurſius noſter, nec alius ex interpretibus videtur obſeruaſſe, ſicut & in eo labitur Accurſius quod putat Africanum de pignoribus à Sticho acceptis, de quibus quæſitum fuerat, nihil reſpondere. An non enim ſatis reſpondet cùm de principali obligatione, quæ ex ſtipulatione naſcitur, ſententiam ſuam aperit? Nimirum pignoris, vt & fideiuſſoris obligatio tanquam acceſſoria ſequitur principalem, & cui acquiritur ex ſtipulatione actio, & pro qua parte eidem acquiritur etiam ius pignoris & pro eadem parte. Contrà verò cui non acquiritur vlla ex parte principalis obligatio, eidem nec acceſſoria. Porrò principalis obligatio acquiritur Sticho pro parte hereditaria niſi cùm Titio domino ſuo iam mortuo nominatim ſtipulatus eſt, vt diximus, & quidem pro parte tertia non ſingulorum corporum ſed totius ſummæ *leg. nam etſi fur 13. §. vltim. ſupr.* ergo & pignoris & fideiuſſoris. Coheredibus verò non acquiritur indiſtinctè, niſi quo caſu acquiritur hereditati non aditæ, id eſt, ſi Stichus putans dominum adhuc viuere ſibi ſtipulatus ſit, aut ſi iam heredes neceſſarij ignorauerint datum ſibi Stichum coheredem. Ergo nec niſi his caſibus pignoris & fideiuſſoris obligatio ipſis acquiretur, ſcilicet ex ſtipulatione. Nam ſi quo caſu concilietur mutuum ex conſumptione etiam ceſſante vinculo ſtipulationis, pignoris quoque & fideiuſſoris datio conciliabitur, vt iam ſuprà docuimus ex *leg. ſi qui pro eo 56. §. ſi nummos inf. de fideiuſſ.* Errat etiam Accurſius in eo, quod tum quoque cùm Stichus ante aditam ab extraneis coheredibus hereditatem, ſibi aut ſimpliciter ſtipulatus eſt, quo caſu diximus acquirere illum hereditati ex re hereditaria, diſtinguit an coheredes ſciuerint, an ignorauerint Stichum datum eſſe ſibi coheredem. Illa namque diſtinctio tum neceſſaria eſt cum quæritur, an coheredibus rectà & immediatè ius aliquod ex ſtipulatione Stichi quæſitum eſt, non etiam cùm per eum ius acquiſitum eſt rectà & immediatè hereditati. Quicquid enim hereditati ſemel acquiſitum eſt, id omnimodo neceſſe eſt per medium hereditatem acquiri heredibus ſiue ſcientibus, ſiue ignorantibus *dict. leg. 1. §. Scæuola infr. ſi is qui teſtam. lib. eſſ. iuſſ.* Quod verò addit Accurſius, eo caſu quo negat acquiri actionem coheredibus ex ſtipulatione Stichi, nec ipſi Sticho acquiri poſſe directam ne quidem pro parte ipſius hereditaria æquè falſum eſt. Nam imò acquiritur & ex ſtipulatione, quãuis alij quàm ſibi, hoc eſt domino ſuo acquirere voluerit, tum quoque cùm aut ſibi, aut impersonaliter ſtipulatus fuit dum ne domino ſuo nominatim, & multo magis ex numeratione, in quam ſcilicet non cadit eadem diſtinctio, cuius nomine numeratio facta ſit, cùm pecuniã partim ſuam, partim hereditariam Stichus numerauerit, quamuis ſi numerationem præcedat, aut ſequatur incontinenti ſtipulatio, ex ſtipulatione detur actio non ex numeratione *l. cùm enim 7. iunct. §. 1. leg. præced. infr. de nouat.* Alioqui ſi directa hoc caſu non daretur Sticho pro parte ſua hereditaria, nec vtilem quidem ei dãdam putarem, cùm ex inutili ſtipulatione nõ magis vtilis quàm directa ſtipulatori actio quæri poſſit, licèt ex vnius ſtipulatione poſſit interdum acquiri alij vtilis actio, vt in ſpecie *l. quodcunque 45. §. 1. leg. ſi procuratori 79. infr. de verb. oblig.* Nec me moueret Pō-

ponius

ponius *in leg liber homo 19. §. fin. de acquirend. rerum domin.* qua mouetur Accurſius, vbi neque de directa, neque de vtili actione verbum vllum. Itaque ſi quis cum Caſtrenſi dicat hanc gloſſam de libro abradi debere, vt ipſe loquitur, non valde repugnarem. Planè de coheredum portionibus dubitari eleganter poteſt cui acquiratur ex conſumptione actio, illo caſu quo ipſis coheredibus ex ſtipulatione Stichi acquiri nulla poſſit. Idcirco autem loquimur de conſumptione, quia nummis extantibus non poſſet dubitari, quin eorum vindicatio danda eſſet domino, ac proinde coheredibus qui vtique ſiue neceſſarij eſſent ſiue extranei, hoc ipſo domini inuenirentur, quòd eſſent heredes *§. vltim. Inſtit. de hered. qualit. & different.* Sed nummorum conſumptio ſicuti vindicationem tollit, quæ non niſi extantis rei fieri poteſt, ita difficiliorem inducit quæſtionem de actione perſonali, quippe quæ non facilè ex alterius contractu naſci poteſt, cùm tamen vindicatio non ex contractu naſcatur, ſed ex præſenti poſſeſſione *leg. non aliàs 24. § ſed ſi poſtulatur ſupr. de iudic.* Iam autem diximus actionem quæ ex ſtipulatione acquiri coheredibus non poteſt, acquiri tamen conſumptione, cùm pecunia quam Stichus fœnerauit ipſorum fuerit, non adhibita diſtinctione illa, quam adhibendam eſſe diximus, cùm de condictione ex ſtipulatione quæſita diſputatur, an ſciuerint Stichum ſibi datum eſſe coheredem, an ignorauerint: quia ſemper acquiritur actio directa ei cuius fuit pecunia: quamuis ſi numerationem ratam habere nolit, cogitur eam condictionem mandare numeranti, qui nihilominus ex perſona ſua habet vtilem *dict. leg. ſi abſentis 4. Cod. ſi certum petatur.* Quemadmodum è contrario is qui ex aliena pecunia ſibi ſtipulatus eſt, & condictionem ex ſtipulatione ſibi acquiſiit, vt *in leg. 2. eodem titul.* non tamen impedit quominus condictio certi ex numeratione acquiratur ei cuius fuit pecunia, adeòque actione illa quam ex ſtipulatione habet alij cedere cogitur, ne ex re alterius fiat locupletior ſi Caſtrenſi credimus ex *leg. ſi & me 3. ſupr. leg. 1. §. ſi ſeruus infr. de ſtipulat. ſeruor.* quod tamen ego probare non poſſum, quia loci ſupradicti de danda non de cedenda condictione loquuntur. Et verò cùm actio ex vtili ſtipulatione, quæ ſtipulanti quæſita fuit, doli mali exceptione poſſit elidi, quandiu pecunia credita vel vindicari poteſt à domino vel condici ab eo qui dominus fuit, vt ſcriptum eſt *in d. § ſi ſeruus unct. leg. nam etſi fur 13. ſupr.* quem obſecro effectum habere poteſt ceſſio actionis quam poſſit debitor cōuentus per doli exceptionem elidere? Aut enim efficax actio cedenda eſt, aut nulla *leg. Stichum aut Pamphilum 95. § penultim. infr. de ſolut.* In eoque rurſum errat Caſtrenſis, quod ſubiicit, interueniente vtili ſtipulatione non eſſe curandum de cōſumptione. Nam imò verò ſemper quærendum eſt de conſumptione, non vt impediatur condictio certi ex ſtipulatione, quæ omnimodo ipſo iure competit, ſed vt ſciri poſſit, an efficax ea actio futura ſit, & cur non efficax. Si enim nummi extent, ideo non poteſt efficax eſſe actio, quia poſſunt vindicari *arg. dict. leg. nam etſi fur*, quod nec Caſtrenſis diffitetur. Si verò ſint conſumpti, idcirco inefficax actio eſt, quoniam coheredes habituri ſunt condictionem certi ex numeratione ſi modò ratam eam habere velint, & quidem efficacem condictionem quæ nullo caſu per exceptionem eliditur, *dict. l. 1. §. ſi ſeruus de ſtipul. ſeruor.* Quòd ſi ratam numerationem habere nolint, eo demùm caſu erit vtilis & efficax ex ſtipulatio ſi aliud nihil obſtet, nec vlla ceſſione ſtipulatori indigebit *d. l. 2. C. ſi cert. petat.* Sequitur apud Africanum, *qui nec poſſidendi animum haberent.*

Rat. dub. Nemo poteſt ſolo animo incipere poſſidere *l. 3. §. 1 infr. de acquirend. poſſ.* quia poſſeſſio licèt animo ſolo retineri poſſit, non tamen acquiri niſi animo, & corpore, vt dixi *ad leg. certi condictio 9. §. vlt. ſupr.* Ergo non eſt bona ratio propter quam non poſſint videri coheredes iſti bonæ fidei poſſeſſores eſſe, quia poſſidendi animum non habuerint, quandoquidem non aliud dicendum eſſet, ſi animum poſſidendi haberent, vt & Accurſius fatetur.

Dec. Nemo quidem poteſt ſolo animo incipere poſſidere, ſed tamen illud quoque verum eſt, neminem poſſe ſine animo poſſidere. Eſt enim poſſeſſio corporis & animi ſimul, ſed tamen animi magis quàm corporis, adeò vt etiam ſolo animo poſſit amitti poſſeſſio ſi amiſſio incipiat ab animo *leg. 1. §. in amittenda l. ſi quis vi 17. § differentia infr. de acquirend. poſſeſ.* Senſus igitur Africani eſt Stichum iam factum liberum nihil potuiſſe ex ſua ſtipulatione acquirere coheredibus ſuis extraneis, tanquam ab iis pro portionibus ipſorum hereditariis bona fide poſſeſſum, cùm neque bonam fidem habere potuerint ſcientes datum ſibi eum coheredem, neque poſſeſſores Stichi eſſe, cuius poſſidendi nec animum haberent.

1 *Quòd ſi proponatur coheredes eius id ignoraſſe.* Rat. dub. Ignorantia coheredum, quòd fortè ipſi quoque ex neceſſariis heredibus fuerint, non poteſt eos facere bonæ fidei poſſeſſores, qui nec poſſidendi animum habeant, quandiu ſe adhuc ſeruos eſſe putant, & ſe factos heredes ignorant: neque enim ſibi poſſidere quicquam ſeruus poteſt, qui ſuum nihil habere poteſt, quique ipſe ab alio poſſidetur *leg. 1. § ſed & per eum leg. rem quæ nobis 15. infr. de acquirend. poſſeſ.* Et quamuis coheredes iſti à nemine poſſideantur, cùm iam liberi ſint, attamen vt poſſidere nihil poſſint, quòd ſine animo nulla queat eſſe poſſeſſio, ſufficit vt ſe putent poſſideri à domino quem credant adhuc viuere, quemadmodum ſolemus dicere, ad impediendam repetitionem ſufficere, quòd quis ſe putet condemnatum, licèt reuera non ſit condemnatus *leg. cùm putarem 36. ſupr. famil. erciſcun.* Nec rurſum ignorantia illa coheredum facere poteſt, vt hereditas aliqua ſuperſit, cùm non eo minus ſint illi ipſo iure & liberi & heredes. Ergo quod in præcedentibus dictum eſt, ex ſtipulatione Stichi potuiſſe acquiri actionem hereditati nondum aditæ ex re hereditaria, quaſi hac parte ſeruus non hereditarius adhuc videatur ab hereditate poſſideri quodammodo hactenus ſaltē vt ei poſſit ex re hereditaria acquirere, quandiu ſe putat hereditarium iam factus liber: ſcilicet pro coheredum extraneorum portionibus, pro quibus verum eſt adhuc iacere hereditatem, quandiu adiri ab illis vel repudiari hereditas poteſt, non idem hoc caſu reſponderi poteſt, in quo ponimus coheredes non extraneos fuiſſe, ſed neceſſarios, & iam factos liberos ipſo iure, quia nihil eſt quod hoc caſu de hereditate tractari poſſit, quæ iam nulla eſt, cùm coheredes neceſſarij perinde ſint ipſo iure liberi & heredes, ac Stichus, quem toties diximus liberum & here-

dem fuiſſe ipſo iure, etiam ignorantem. Nec tam facile illud eſt, vt Stichus iam liber factus acquirat coheredibus ſuis à quibus non poſſidetur, quàm vt acquirat hereditati ex re hereditaria, quia licèt nec ab hereditate poſſideatur, quæ poſſidere nihil poteſt *leg.1.§. Scæuola infr. ſi ii qui teſtam. lib. eſſ. iuſſ.* facilius tamen eſt vt videatur poſſideri quodammodo ab hereditate, quæ poſſeſſoris veri perſonam repræſentat, quàm vt à coheredibus cum quibus habet ius par, & æquale: dici enim ſolet quod & veriſſimum eſt, paris in parem nullum eſſe imperium *leg. 4. ſupr. de recept. qui arbitr. recep.*

DEC. Coheredum ignorantia licèt non faciat eos poſſeſſores, facit tamen vt ſint in bona fide, ac proinde vt verum ſit dicere Stichum iis ſeruire bona fide, quamuis iam ſit liber, cùm ſint ipſi quoque liberi & is liberum ſe ignoret, quamuis nec liberos eos eſſe ſciat. Quidni ergo etiam ipſis acquiret ſtipulando, non quidem ſimpliciter & abſolutè, ſed ex re ipſorum, quemadmodum acquirit hæreditati ex re hereditaria: nec enim magis ab hereditate poſſidetur quàm à coheredibus ignorantibus, ſufficitque ad hoc vt poſſit iis acquirere quod bona fide ipſis ſeruiat. Nam & homo liber bona fide ſeruire homini libero poteſt. Et quod diximus, omnium coheredum neceſſariorum par eſſe ius, & æquale, non poteſt facere quominus videatur Stichus ſeruire bona fide coheredibus, ſed tantùm vt viciſſim ei quoque coheredes bona fide ſeruire videantur. Quod Africanus libenter admittit, tanquam quod mirabile ſit magis, quàm abſurdum. Sequitur enim,

k *Quo quidem caſu illud euenturum eſt.* RAT. DVBITAND. Qui poſſidetur ab alio, poſſidere alium ipſe non poteſt *dict. leg. 1. § ſed & per eum in fin. de acquirend. poſſeſſion. leg. homo liber 54. § vltim. infr. de acquirend. rerum dom.* ſicuti nec alium in ſua poteſtate habere poteſt is qui ipſe eſt in aliena poteſtate *leg. ſic enim & 21. infr. ad leg Iul. de adult.* Non ergo fieri poteſt, vt duo pluréſve homines liberi bona fide inuicem ſibi ſeruiant tanquam bona fide poſſeſſi ſimul, & poſſidentes, non magis quàm vt ſe inuicem poſſideant.

DEC. Bona fide ſeruire facti eſt, non iuris, ſiue factum ipſum ſeruiendi conſideres (aliud enim eſt *ſeruire* aliud verò *ſeruum eſſe*) ſiue bonam fidem *leg bonæ fidei 48. §.1. de acquirend. rer. domin.* Poſſeſſio autem, licèt ipſa quoque facti ſit, eſt tamen etiam iuris, & plurimum ex iure mutuatur *leg poſſeſſio 49. in princip. & §.1. de acquirend poſſeſſ.* Nihil ergo prohibet, quominus plures ſibi inuicem bona fide ſeruiant aut ſaltem ſeruire videantur, quomodo Africanus hîc loquitur quamuis fieri non poſſit vt plures ſe inuicem poſſideant. Sicuti nec quicquam vetat plures eiuſdem negotiationis ſocios videri inuicem ſibi inſtitores, vt ex vnius contractu alij quoque in ſolidum obligentur etiamſi per ſeipſos exerceant, dum in diuerſis locis aut in eodem etiam loco ſi ſeparatim contrahant, vt ex Bartolo & Baldo concludit *Caſtr. ad leg. 1. § vltim infr. de exercit. act.* quamuis ſecus ſit in ſociis vniuerſorum bonorum *leg. antepenultim. inf. Pro ſocio*, & in exercitoribus eiuſdem nauis, quia non æquè inuicem ſui magiſtri videntur *leg. 4. in princip. de exercit. action.* Itaque placet valde quod hîc notat Cuiacius ex Stephano Græco interprete & Græcorum, vt ipſe vocat, peritiſſimo, non ita loqui Africanum vt dicat coheredes iſtos Stichi & à Sticho poſſideri, & Stichum viciſſim poſſidere, quod non magis fictione iuris, vt putat Accurſius, quàm verè fieri poſt (ad ea ſiquidem quæ facti ſunt, non poteſt fictio vlla iuris pertingere *leg. denique 19. ſup. ex quibus cauſ. maior. leg. in bello 12. §. facti infra de captiu. & poſtlim.*) ſed ſic duntaxat, vt dicat videri eos ſibi inuicem bona fide ſeruire, quod longè diuerſum eſt. Sed mirabile tamen, vt diximus, magis quàm abſurdum. Ex quo intelligimus, vt homo liber alij poſſit ex re eius vel ex operis ſuis acquirere, non illud omnimodo requiri vt ab eo cui acquirit, poſſideatur, ſed ſatis eſſe, vt ei bona fide ſeruiat: bona autem fide poſſe quem ſeruire illi etiam; à quo nullomodo poſſideatur, vt cernere eſt in hoc ipſo Sticho de quo agimus, qui licèt iam liber & heres factus, pro coheredum tamen portionibus acquirit nondum aditæ hæreditati quandiu ſe liberum & heredem ignorat, putans ſe ſeruum hereditarium. Acquirit enim hereditati ex re hereditaria, quoniam hereditati ſeruit bona fide, nec tamen ab hereditate vllomodo poſſidetur: ipſo etiam fatente Accurſio ex *d. leg. 1. §. Scæuola infra ſi ii qui teſtam. lib eſſ. iuſſ.* Errant igitur qui ex hac lege probant, hereditatem quoque ipſam poſſidere aut ſaltem quaſi poſſidere, quod vtrumque ſanè falſiſſimum eſt, ſi de illa hereditate intelligatur, quæ eſt propriè hereditas, id eſt, quæ iacet, vt *in leg. 1. § veteres infr. de acquirend. poſſeſſ. leg. heres per ſeruum 43 de acquirend. heredit.* non de ea quæ fuit aliquando hereditas, ſed per aditionem facta iam eſt patrimonium heredis, licèt inſpecto eo, quod fuit, retineat aliquando nomen hereditatis vt *in l. ſed ſi plures 10. §. filio de vulg. & pupill ſubſtit. leg. in fideicommiſſaria 18 ad Senatuſconſultum Trebellianum & tot. titul. de petit. heredit.* Illud certè notatu dignum eſt, hereditatem etiam pro parte aditam, nihilominus hereditatem verè ac propriè remanere pro portionibus nondum aditis, quandiu adiri aut repudiari poſſunt, quamuis in eo iam ſint, vt ſi à coheredibus repudientur, hoc ipſo per ius adcreſcendi, coheredi qui partem ſuam adiit, acquirantur ſola vi & poteſtate iam factæ aditionis, ita vt nulla ſit opus noua aditione *leg. ſi ſolus 80. §. item ſi ſeruus & §. vltim iunct. leg. ſi ego 26. & leg. ſi duo 38. de acquirend heredit.* ne quidem ad acquirendam hereditatem ex cauſa ſubſtitutionis ſi fortè coheres coheredi ſubſtitutus proponatur *leg. ſi quis heres 35. eodem titul.* Nec minus illud quoque notandum eſt, quod ex hac lege infert Bartolus, in heredibus neceſſariis ignorantiam præſumi eorum, quæ teſtamento continentur, ac proinde in filiis quoque qui ſui ſunt & neceſſarij, & hoc ipſo tanto magis neceſſarij *leg. neceſſarius 57. eodem titul. leg. in ſuis ii. de liber. & poſt.* Sunt enim heredes iam viuo quodammodo patre *dict. leg. in ſuis*, ſerui autem non niſi poſt mortem domini, & quamuis habeant beneficium abſtinendi, ſicut & ſerui beneficium ſeparationis *leg. 1. §. vltim. de ſeparat.* non eo magis tamen comparandi ſunt extraneis aut emancipatis, vt malè hîc tentat Caſtrenſis contra Bartolum. Qui enim ſunt in poteſtate, ſtatim heredes ſunt & ipſo iure etiam ex teſtamento, nec quod ſe poſſunt abſtinere quicquam facit, vt Vlpianus ſcribit *in leg. 1. §. qui ſunt in poteſtate infr. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtament.* adeò vt nec ſit ſine herede qui ſuum heredem habet, quamuis ſe abſtinentem *leg. cùm quaſi 30. §. ſed etſi ſuus infr. de fideicommiſſ. libert.* De quo

videnda

videnda ſunt, quæ pluribus ſcripſimus ad *leg. ſi filius 11. ſupr. de interrogationibus in iure faciendis.*

42. CELSVS libro 6. Digeſtorum.

SI ego decem ſtipulatus à Titio, deinceps ſtipuler à Seio, quanto minus à Titio cōſequi poſſim: ſi decem petiero à Titio, non liberatur Seius, alioquin nequicquam mihi cauetur. at, ſi iudicatum fecerit Titius [a], nihil vltra Seius tenebitur. Sed ſi cum Seio egero [b], quantumcumque eſt, quo minus à Titio exigere potuero eo tempore, quo iudicium inter me, & Seium acceptum eſt, tanto minus à Titio poſtea petere poſſum.

*Ad l. vlt. Si ego decem.*

RAT. DVB. In pluribus correis debendi, itémque in reo & eius fideiuſſore ita comparatum erat iure vetere, ac Celſi temporibus cuius eſt hæc lex, vt vnius electione alius liberaretur etiam nulla ſecuta exactione *l. 2. infr. de duob. reis.* Ideòque fuit neceſſaria Iuſtiniani conſtitutio *in leg. vlt. Cod. de fideiuſſ.* quæ ius vetus abrogaret, & ad omnes extenderet quod olim conſtitutum erat in ſolis mandatoribus *leg. reos 23 iunct. leg liberum 6 eod. tit.* Atqui in huius legis ſpecie ſi ego decem ſtipulet à Titio, deinde ſtipuler à Seio *quanto minus à Titio conſequi poſſim*, licèt Titius & Seius non ſint correi debendi, neque Seius fideiuſſor ſit Titij, attamen minùs debitor eſt, minùſque obligatus, quàm ſi aut correus debendi eſſet, aut fideiuſſor. Ergo non debet durior eſſe ipſius condicio: ac proinde dicendum eſt electione Titij licèt ab eo nihil exegerim, Seium tamen liberatum eſſe.

DEC. Seius in hac ſpecie neque reus debendi eſt, neque fideiuſſor, quia non promittit illud ipſum, quod Titius debet, ſed duntaxat quanto minùs à Titio ſeruare potero, vt indemnitatis tantùm fideiuſſor eſſe videatur. Proinde non eſt purè & ſimpliciter debitor, ſed ſub illa demum condicione, ſi totum debitum à Titio ſeruari non poterit, adeò vt ſi Titius exactus ſit in ſolidum, non ideò tamen liberatus dici poſſit Seius qui nec obligatus vnquam fuiſſe intelligitur, vt ſubtiliter ratiocinatur Papinianus *in l. decem 116. de verb. oblig. l. ſi decem 21. infr. de ſolut.* Multo igitur minùs ſola electione Titij liberari poteſt, cùm omnis liberatio præſupponat obligationem, ſicuti priuatio habitum *d. l. decem & l. 4. ſupr. de iuſtit. & iur.* Et hæc vera certè ac germana decidendi ratio eſt. Quamuis illa quoque addi poſſit, quam Celſus noſter inſinuat his verbis, *alioquin nequicquam*, id eſt fruſtra *mihi caueatur.* Cuius ſenſus eſt, nunquam capiendam eſſe eam interpretationē quæ inutilem efficiat ſtipulationem, vt ei qui maximè per ſtipulationem cauere ſibi voluit, nō ſit cautum. Hæc enim maligna eſſet interpretatio, taliſque dicitur à Paulo *in l. ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogonus verſ. planè infr. de verborum obligationib.* Atqui ſi ſola Titij electione aut condēnatione liberaretur Seius, quamuis à Titio nihil exigi potuiſſet, fieret vt inutilis mihi eſſet cautio interpoſitæ huiuſmodi ſtipulationis per quam maximè proſpicere mihi volui. Nā cùm nulla mihi ex hac ſtipulatione actio contra Seium poſſit competere, quouſque Titius excuſſus ſit, quia nec ante ſciri poteſt quid & quantum debiturus ſit, adeóque nec cui ſit omnino debiturus (ſi enim Titius totum ſolueret, nihil penitus exigere à Seio poſſem quaſi defecta ſtipulationis condicione) ſi rurſum agente me contra Titium hoc ipſo liberaretur Seius, conſequens eſt vt nullum caſum vtilem haberet hæc ſtipulatio, quod eſſet abſurdum. Nec enim ſola ratio iuris poteſt vnquam aut debet damno adficere creditorem, qui diligenter ſibi proſpexerit *leg. 3. in fin. inf. de ſeparat.* Sed conuenientior, & fortior eſt ratio illa quam attulimus, quàm quæ ponitur in hac lege. Hæc enim probat Seium per electionem Titij liberari non debere, illa verò non poſſe, nec ſi Titius velit, & conſentiat. Itaque malè noſtri ad hanc legem tractant de exceptione non factæ excuſſionis, quæ hodie competit fideiuſſori ex Iuſtiniani *Nouell. 4. de fideiuſſ.* vnde ſumpta eſt *Authent. præſente Cod. eod.* Nam quod ante excuſſum Titium Seius conueniri à me non poteſt *dict. leg. decem in fin.* non fit vi huius exceptionis, ſed ipſo iure, quia prius eſt vt obligetur Seius, quàm vt conueniatur: obligari autem non poteſt niſi excuſſo priùs Titio, vt ſciatur an aliquid debiturus ſit Seius, & quid & quantum. Si enim totum ſoluet Titius, nihil Seius debebit, ſin partem duntaxat debiti ſoluere poterit, quòd pro reliqua ſit non ſoluendo, quanto plus ſoluet, tanto minus exigetur à Seio, & contra, quanto plus ſoluet Titius, tanto minus Seius debebit, adeò vt ſi ante excuſſum Titium Seius ſolueret, dicendum eſſet competituram ei condictionem indebiti, quia ſoluiſſet id quod nondum debuiſſet niſi ſub condictione, quæ non fuit omnimodo extatura *leg. ſub condicione 16. cum duabus ſequentib. leg. Iulianus verum debitorem 60. infr. de condict. indeb. leg. ſtipulatio iſta 38. §. inter infr. de verborum obligationibus.* Non idem eſt in fideiuſſore qui ſi ſoluat, etiam hodie ante excuſſum principalem debitorem, non tamen repetit, quia quod ex noua Iuſtiniani lege habet exceptionem excuſſionis non factæ, non efficit quo minùs interim ſit obligatus ipſo iure. Alioqui nec conueniri poſſet ſine actione *leg. ſi pupilli 6. §. vltim. ſupr. de negotior. geſt.* nec per actionem ſine obligatione *leg. licèt 42. §. ea obligatio de procurat.* nec proinde exceptione vlla indigeret, cuius ſcilicet non alius vſus eſſe poteſt, quàm vt propoſitam actionem elidat. Ex qua differentia etiam illa naſcitur inter fideiuſſorem acceptum ſimpliciter & fideiuſſorem indemnitatis acceptum in id, quod ab alio ſeruari non potuit, quod ſi per moram & ceſſationem creditoris debitor qui ab initio ſoluendo fuit, fiat non ſoluendo, non eo magis fideiuſſor conueniri poteſt, quia ſibi debet imputare creditor cur diligētior non fuerit in exigendo debitore, tametſi de eo non fuerit interpellatus per creditorem, vt di-

ſertè ſcriptum eſt in *leg. ſi fideiuſſores 41. de fideiuſſ.* At fideiuſſor acceptus ſimpliciter etiam ſi denunciauerit creditori, vt debitorem ad ſolutionem compelleret, aut pignus diſtraheret, iſque ceſſauerit, non idcirco poteſt eum doli mali exceptione ſummouere *leg. ſi fideiuſſor creditori 62. eodem titul.* Quamuis non ſit ſine ratione quod Caſtrenſis notat aliud hodie probandum eſſe poſtquam placuit Iuſtiniano, vt fideiuſſor tametſi purè obligatus non niſi in ſubſidium conueniri poſſit. Non enim caret dolo creditor qui cunctatione ſua id agit vt fideiuſſori eripiat commodum exceptionis, quam inuito quoque creditore haberet ſi hodie conueniretur, *argumen. leg. vltim. ſupr. de pact.* licèt dici ſoleat, quod veriſſimum eſt, neminem ad agendum cogi poſſe *tot. titu. Cod. vt nemo inuit. ager. vel accuſ. cogat.* Id enim de præciſa neceſſitate intelligi debet non de cauſatiua, vt noſtri loquuntur. Quid enim refert an exceptionem ipſam facto ſuo adimat creditor fideiuſſori, an exceptionis adhuc competentis effectum, & vtilitatem? Illud certè conſtat exceptionem non factæ excuſſionis eſſe dilatoriam, ideóque opponendam eſſe ante litem conteſtatam *leg. exceptionem 19. Cod. de probat. leg. vlt. Cod. de except.* in quo differunt exceptiones declinatoriæ, & dilatoriæ à peremptoriis, quæ opponi quandocunque ante ſententiam poſſunt *leg. præſcriptionem 8. eodem titul.* adeóque etiam in executione iudicati, dum tales ſint, quæ non impugnent iudicatum *leg. Neſennius 41. §. vltim. de re iudic.* Proinde ſi poſt litem conteſtatam oppoſita ſit, nullam eius rationem habere iudex debet. Sed etſi ante opponatur, poteſt iudex variis ex cauſis eam expreſſim reiicere, aut etiam tacitè procedendo ad vlteriora. Nec ideò proceſſus eſt ipſo iure nullus de quo tantopere laborant, & ſe torquent interpretes, ſed ſi cauſa nulla fuerit reiiciendæ exceptionis, ab ea interlocutione appellari poteſt & debet ſtatim, nec ex poſtfacto licet ne quidem reſcripto Principis in eam rem impetrato, eóque iure vtimur, ſiue quòd in exceptionibus dilatoriis non grande damnum verſari exiſtimetur, ſiue quòd credatur exceptio hæc eſſe de apicibus iuris, ideóque facile negligenda per iudicem *leg. ſi fideiuſſor 29. §. quædam infra mandat.* itémque odioſa, ſiue de ea loquamur quæ fideiuſſori competit ante excuſſum debitorem, ſiue de illa quæ tertiis poſſeſſorib. conuentis hypothecaria per pignoratitium creditorem; quia lædit ius actionis quæſitum ei per propriam iuſtámque conuentionem *contra dict. leg. 3. de ſeparat. leg. diſtractu 14. & ſequent. Cod. de pignor. leg. 3. leg. liberum 16. Cod. de fideiuſſ.* quamuis æquum viſum ſit Iuſtiniano fauere fideiuſſori & cæteris qui pro alio quoquomodo interceſſerunt, itémque tertiis poſſeſſoribus, qui ex alieno facto conueniuntur, vt non tam facilè inquietentur ſi aliunde cautum & conſultum eſſe poteſt actori, ne nouatum litium materiam ea res præbeat ſi conuento & condemnato fideiuſſori vel tertio poſſeſſori dandus ſit regreſſus qui denegari non poteſt aduerſus debitorem principalem, præſertim cùm nec aliter huic exceptioni locus ſit quàm ſi in eadem prouincia ſit debitor, aut heres eius & bona aliqua habeat, quæ poſſideri abſque controuerſia poſſint *leg. quamuis 13. de rebus author. iudic. poſſid.* De quo nos plura ſcripſimus in noſtro Codice ſub *Titul. de exception.* & aliis pleriſque locis. In eo ſanè Caſtrenſis errat, quòd Seium de quo hîc agimus, fideiuſſorem eſſe negat, mauúltque vocari expromiſſorem. Nam imo verò fideiuſſor eſt, ſed indemnitatis non autem acceptus ſimpliciter, expromiſſor enim cùm ille ſit qui ſolus obligatur, & pro alio quidem, ſed qui vel nunquam obligatus fuerit, vel deſierit eſſe obligatus (expromiſſione ſi quidẽ fit nouatio, quæ non fit fideiuſſione *leg. qui libertinus 37. §. vlt. de oper. libert.*) apparet Seium hunc, de quo egimus, expromiſſorem dici non poſſe, ſed fideiuſſorem, quia obligatus eſt pro Titio, & pro eo, quod Titius debet. Sequitur,

a *At ſi iudicatum fecerit Titius.* Senſus eſt non liberari Seium ſi Titius non modò conuentus fuerit, ſed etiamſi condemnatus. RAT. DVB. Aliquando accidit, vt qui electione alterius non liberatur, condemnatione tamen liberetur. Solet enim per ſententiam & iudicatum fieri nouatio *leg. vlt. C. de vſur. rei iudic. leg. ſi fundus 16. § ſi pluris infr. de pignor.* Ergo ſi condemnatus ſit Titius, ſufficere hoc Seio debet vt non teneatur, nec expectandum eſt vt Titius iudicatum fecerit.

DEC. Nouatio quæ fit per iudicatum neceſſaria eſt non voluntaria, ſicut & ea quæ fit per conteſtationem, ideóque neutra debet conditionem deteriorem facere actoris, eiuſdémque victoris *leg. aliam 29. infr. de nouat. leg. non ſolet 86 & ſequent. de regulis iuris.* Euidenter enim iniquum eſſet, ei nocere rem iudicatam pro quo iudicatum eſſet *leg. euidenter 16. infr. de exceptionib. rei iudic.* Et perceptione ſola non etiam litis conteſtatione aut condemnatione ſolet contingere liberatio *leg. perceptione 4.* vbĩ dixi *ſupr. de his qui deiec. vel effud.* Planè ſi Titius fecerit iudicatum atque ita ſolidum ab eo ſim conſecutus, non vltra Seius tenebitur, id eſt, in ea cauſa erit Seius, vt obligari iam nullo caſu poſſit. Nam vt benè Accurſius notat, & nos iam ſuprà docuimus, non poteſt liberari is qui nunquam fuit obligatus ex *leg. decem 116. de verbor. oblig. l. ſi decem 21. infr. de ſolut.*

b *Sed ſi cum Seio egero.* RAT. DVBIT. Nemo poteſt agere ſine actione *leg. ſi pupilli 6. § vltim. ſupr. de negot. geſt.* nec actionem perſonalem habere ſine obligatione *leg. licet 41. §. ea obligatio de procurat.* Atqui non eſt obligatus Seius antequam egerim cum Titio, vt ſciatur quantum poſſim ab eo exigere. Ergo quod lex ponit, me cum Seio egiſſe, nullo caſu fieri poteſt *d. leg. decem 116. de verb. oblig.*

DEC. Poteſt fieri vt certum ſit me non poſſe niſi quinque exigere & conſequi à Titio qui decem debet. Et ita locum hunc interpretatur Accurſius, quẽ interpretes cæteri ſequuntur. Sed ego probare non poſſum. Vnde enim obſecro certitudo tanta colligi poteſt? Neque verò, vt Seius conueniri poſſet, certitudo illa ſufficeret, ſed neceſſarium eſt omnimodo, vt ſciatur quid & quantum à Titio exegerim, non etiam quid aut quantum exigere poſſim. Effectus enim exactionis non poſſibilitas inſpici debet. Dicendum igitur eſt non priùs poſſe me agere cum Seio quàm Titium excuſſero, vt diſertè ſcriptum eſt in *dict. leg. decem in fin.* id eſt, quam cum Titio egero, & ab eo exegero quantum exigi potuit: neq; aliud Celſum noſtrum aut ſenſiſſe aut ſcripſiſſe, ſi Florentinam lectionem ſequamur, quæ non habet *potero* vt vulgata quæ interpretes decepit, ſed *potuero* in illis verbis *quantumcunque eſt quo minus*

à Titio *exigere potuero*, vt intelligamus & actum fuiſſe cum Titio, & ab eo exactum priùs quàm cum Seio ageretur. Intellige autem ſic actum eſſe cum Seio, vt ab eo quoque exactum ſit. Ne putes cum Accurſio, ſi nihil à Seio conſequi potuerim, non eo magis ad Titium reuerti me poſſe. Non enim ſola Seij electione liberari Titius poteſt, quia ad ſolidam quantitatem obligatus eſt, ſed ſola exactione & perceptione, vt in *d. leg. perceptione 4. ſupr. de his qui effud. vel deiec.* Nec defendi poteſt quod vult Accurſius videri me hoc caſu feciſſe duo pacta de non petendo, vnum cum Titio, ne poſſim ab eo quicquam petere licèt nihil conſequar à Seio, alterum cum Seio, ne poſſim vnquam ab eo petere quod à Titio exigere potuiſſem ſi cum eo primùm egiſſem, licèt ex poſtfacto factus ſit ille non ſoluendo: non ſolùm quòd huiuſmodi pacta ſint gratuita ſapiántque donationem; nemo autem in neceſſitatibus liberalis exiſtat, vt cæteri aduerſus Accurſium ratiocinantur *ex leg. rem legatam 18. infra de adim. legat.* ſed etiam quia certam legem ab initio habuit hæc ſtipulatio quæ immutari poſteà non potuit *leg. vero procuratori 12. §. penult. infr. de ſolut.* Fuit autem hæc lex ſtipulationis, vt neque Seius ante Titium excuſſum conueniri vllo caſu poſſet, neque Titius aliter liberaretur quàm ſi decem vel ab alterutro vel ab vtroque integra percepta eſſent. Nec aliter in legatis obſeruatur *leg. ſi ex toto 8. §. 1. de legat. 1.* licèt ſpecies quæ ibi proponitur, diſſimilis ſit ei quæ in hac lege. De illo ſanè dubitari poteſt, ſi poſtquam cœpi agere cum Seio in id quod minus ſeruare à Titio potui, fiat Titius locupletior, an nihilominus ſit condemnandus: quaſi res ad eum caſum peruenerit à quo incipere non potuit *argu. leg. quia in eum caſum 16. ſup. ad l. Aquil.* Sed verius eſt, non ideò corruere iudiciũ, quod ab initio conſtitit & quod vtiliter cœptum eſt. Non .n. hic caſus ex numero eorum eſt, in quib. iudicium benè inchoatum ex superueniente caſu ſoluitur, de quibus *in leg. iudicium ſoluitur 58. ſupr. de iudic.* quod nec ſtatus mutatione ſolueretur, *leg. tam ex contractibus 57. eod.* nec ſi mutatio illa per mortem litigantis aut per iudicis furorem contingeret *l. ſi is qui Romæ 34. l. iudex datus 46. eod.* vbi ratio illa redditur *quia rectè ab initio iudex addictus eſt.* In his namq; cauſis vt & in aliis ferè omnibus initium ſpectandum eſt *l. ſi procuratorem 8. in prin. inf. mandat. l. ſi id quod 58. §. ſi filiusfamilias infr. pro ſocio.* nec varietate ſtatus mutatur periculi cauſa, vt Papinianus loquitur *in l. pen. §. 1. inf. de inſtit. act.* quamuis aliquãdo tempus rei iudicatæ inſpici debeat, non quo iudiciũ acceptum eſt vt in *l. quæſitum 30. in princ. infr. de pecul.* Idq; ſatis apertè Celſus hîc exprimit iis verbis *eo tempore quo iudicium inter me & Seium acceptum eſt.* Et ita omnino hic locus intelligendus eſt.

1 ¶ Labeo ait, cùm decem curari ſtipulatus ſis, ideo non poſſe te præcisè decem dari oportere intendere, quia etiam reum locupletiorem dando promiſſor liberari poſſit. quo ſcilicet ſignificet, non eſſe cogendum eum accipere iudicium, ſi reum locupletem offerat.

*Ad §. 1. Labeo ait.*

Rat. dub. Promiſſio facti alieni non valet *leg. ſtipulatio iſta 38. §. 1. de verborum obligationib.* de ſe enim promittere quemque oportet, non de alio *leg. inter ſtipulantem 83. in princip. eodem titul. §. ſi quis alium Inſtitut. de inutil. ſtipulat.* Atqui videtur promitti factum alienum quoties id agitur, vt pecunia quæ in ſtipulationem deducitur ab alio quàm à promiſſore ipſo ſoluatur. Id verò euenit, cùm quis decem ſibi dari curari ſtipulatus eſt. Ergo dicendum eſt, ex huiuſmodi ſtipulatione tanquam inutili agi nũquam poſſe, aut ſi ſit vtilis, poſſe ſtipulatorem intendere decem ſibi dari oportere: quomodo & intendere poteſt legatarius ſi teſtator heredem iuſſerit facere, vt Lucius centum habeat *l. ſi heres iuſſus ſit 73. de leg. 1.* vbi ratio elegans redditur, *quia nemo poteſt facere vt habeam centum, niſi mihi dederit.*

Dec. Factum ſuum promittit ille, qui promittit curare decem dari ſtipulatori. Hoc enim promittere intelligitur ſe curaturum vt decem ſoluantur. Ergo bona & vtilis ſtipulatio eſt, nec tamen ſic intelligenda, vt promiſſor ad danda decem præcisè conueniri poſſit ac ſi decem dare promiſiſſet. Aliud enim eſt *promittere dari decem*, aliud verò *promittere curari dari decem.* Nam & ſatis curat ille qui dat reum locupletiorem, atque ita vel ſatiſdat, vel ſatisfacit *leg. illa ſtipulatio 67. §. 1. de verborum obligation.* vbi hæc eadem Labeonis & Celſi ſententia ab Vlpiano refertur & probatur. *Iunct. leg. ſi quis ſtipulatus ſit 112. §. 1. eodem titul.* Præter id quod in dubio ſemper facienda eſt interpretatio contra ſtipulatorem qui potuit legem apertiùs dicere ex regula *leg. veteribus 39. ſupr. de pact.* & in fauorem promiſſoris, vt non ſolùm quod minus eſt, ſed etiam quod longius in ſtipulationem deductum intelligatur *leg. ſi ita ſtipulatus fuero 119. de verborum obligationib.* Planè qui decem dare promiſit, non liberatur etiamſi offerat reum aut fideiuſſorem æquè locupletem, adeóque locupletiorem *leg. promiſſor 21. §. vltim. infr. de conſtit. pecun. leg. item liberatur 6. §. 1. infr. quibus mod. pign. vel hypoth. ſolu.* niſi ſtipulator conſentiat *leg. ſi rem 9. §. omnis pecunia infr. de pignor. action.* Nam quemadmodum non poteſt ſtipulator plus exigere quàm promiſſum ſit, ita nec minùs præſtare debet quàm promiſerit: in eámque rem conceptio verborum ſpectanda eſt *leg. quicquid 99. dict. leg. ſi quis ſtipulatus ſit 112. in princip. de verborum obligationib.* Minùs autem præſtat qui decem promiſit, ſi pro decem offerat fideiuſſorem aut expromiſſorem, at non etiam ille qui tantùm promiſit ſe curaturum. Quid ſi promiſerit quis ſe facturum vt ſtipulator centum habeat? Grauior hæc, & promiſſori oneroſior promiſſio eſt, eúmque obligat ad danda præcisè decem, exemplo eius quod de hærede ſcriptum eſt in *d. leg. ſi heres iuſſus 73. de legat. 1.* Sic enim malo cum Caſtrenſi dicere quàm cum Accurſio diſtinguere hac parte ſtipulationem à legato, cùm non ſatis bona vlla diuerſitatis ratio reddi poſſit licèt in aliis pleriſque differant ſtipulationes à legatis. Interpretes noſtri neſcio quid tractant hîc circa imperſonalitatem ſtipulationis, & diſtinguunt poſt Bartolum an imperſonalitas ſit in verbis obligatoriis an in executoriis; vt prior vitiet ſtipulationem,

Digitized by Google

poſteriot autem non vitiet. Sed oon video quænam in hac ſtipulatiooe ſit imperſonalitas, ſiue ex parte ſtipolatoris cùm decem ſibi dari curari ſtipulatus ſit vt in *d.leg. illa ſtipulatio 67. §.1. de verb. oblig.* vbi eadem ſpecies proponitur. Nam etſi dictio illa *ſibi* expreſſa non eſſet, attamen ſubintelligi deberet quod nec Bartolus negat *ex d.l. ſtipulatio iſta 38. §. ſi quis ita eodem titul.* ſiue ex parte promiſſoris. Æquè enim de ſe non de alio promiſiſſe intelligitur, ſiue promiſerit curare per verbum infioitioum actiui, ſiue curari per iofinitiuum paſſiui, vt Caſtreoſis loquitur, nimirum vt vtroqoe caſo valeat ſtipolatio, quæ alioqui noo valeret ſi ſtipulator alij quàm ſibi ſtipulatus fuiſſe proponeretur, aut promiſſor alieoum factom promiſiſſe non ſuom ex *leg. quoties in ſtipulationibus 80. & dict. leg. ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogonus eodem tit. leg. quoties 12. de reb. dub.* Illa rantum imperſonalitas nocet ſtipulationi ſi promiſſor nihil de ſe reſponderit, ſed imperſonaliter *Promittuntur tibi* aut ſatisfiet ooo addito *ſiue à me ſiue ab alio*. Tuoc eoim verum eſt nihil eum promiſiſſe *Auth. ſi quando Cod. de conſtit. pecun.*

# DE IVREIVRANDO SIVE VOLVNTARIO, SIVE NECESSARIO, SIVE IVDICIALI,

## TIT. II.

GAIVS lib. 5. ad Edictum Prooinciale.

MAximum remedium expediendarum litium in vſum venit iuriſiurandi religio: qua vel ex pactione ipſorum litigatorum [a], vel ex auctoritate iudicis, deciduntur controuerſiæ.

*Ad l.1.*

RAT. DVB. Quiſquis iureiurando ſuo decidit controuerſiam, iudicem ſe conſtituit io cauſa propria *l.1. infr Quar. rer. act. non det.* adeóque teſtem. Habet enim iuſiurandum vim ſenteotiæ & rei iudicatæ, & probationis *l 2. l. qui iuraſſe 26. §. vlt. l. cum qui iurauit 30. inf. hoc tit.* quod vtrumque tamen iure prohibitum eſt *tot. titul. C. vt nemo in cauſ. ſua iudic. vel ius dic. l. nullus 12. inf. de teſtib. leg omnibus 10. C. eod.*

DEC. Semper id agit legiſlator quantum poteſt, vt lites breui compendio terminet dum ne qua alterutri litigantium ioiuria fiat: booi eoim Prætoris & iodicis eſt lites dirimere *leg. quidam exiſtimauerunt 21. ſupr. tit. prox. l.1. § inde quæritur infr. de oper. noui nunciat.* ne ſcilicet per diſcordias quæ ex litib. naſci ſolent, concordia ciuium cuius ſolius vinculo ſalus reipublicę continetur, minuatur. Atqui nulla fit iniuria ei contra quidē iuratur, tametſi is qui iurat, iudex & teſtis in cauſa ſua cōſtituatur, quoniā vtrumque fit ita volente aduerſario, qoi iuſiurandum defert, ſiue ex ipſorū litigatorum pactione, ſioe ex authoritate iudicis cōtrouerſiæ hoc modo decidātur. Non.n. defert iudex vnquā iuſiurandum deciſoriū, niſi aduerſario ipſo priùs deferente *l. 3. in princip. l. ait Prætor 7. & paſſ. infr.* Merito igitur vſu ita cōparatum eſt, oulla in eam rē lata lege, aot Priocipis cooſtitutiooe, ſed magis morib. populi Romani ſenſimque inducta cōſuetudioe vt per iuriſiurādi religionem decidātur controuerſiæ ſiue ex authoritate iudicis lites terminētur, quæ alioqoin ſi per teſtes aut alias probatiooes terminaodę eſſeot moras illas lōgiores paterentur, qoas pati iodiciorū omniū exercino ſolet *l. etiam 15. inf. vt legat. nom. caueat.* Ideóq; benè Paulus *lib. 2. ſent. tit. 1. §. 1. iuſiurandū* vocat *compendium litium*, quomodo Caius hîc maximū remedium litiū expediendarum. Nec minus elegantet Laberius, quem Cuiacius refert in Paratitlis ad hunc Tit. vocabat *emplaſtrum æris alieni*, ſed alio reſpectu, qoia etiam ſolutionis loco cedit *l. iuſiurandum etiam 27. inf.* Ita.n. fit plerumque, vt debitor, qui æs alienum de quo vrgetur, exſoluere non poſſet, hoc remedio, & veloti emplaſtro applicato ſe liberet. Nam poſtquā ioratum eſt etiam ex relatione actio denegatur *l. nā poſtea quàm 9. in princ. & paſſ. infr.* Mirandum autem non eſt tantam eſſe vim iuriſiurandi, propret religiooē, quam adnexam habet, reſpectu ſcilicet diuini ouminis cui ſoli iuratur *l. qui per ſalutem 33. inf.* Vnde fit vt *iuriſiurandi religio* dicatur hîc à Caio, & paſſim eáq; cootēpta ſulum Deom vltorē habeat *l. 2. C. de reb. cred. & iureiur.* cui titulus hic reſpoodet. Et elegāter *iuſiurandū*, vt iotelligamus iuraodo ius acquiri.

a *Qua vel ex pactione ipſorum litigatorum.* RAT. DVB. Quemadmodum exemplo peroicioſum eſt, vt ei ſcripturę credatur qua vnuſquiſque ſibi adnotatione propria debitorem alium conſtituit *l. exemplo 7. C. de probat.* oempe propter periculum quod ſubeſt, oe magnam ea res falſitatibus comminiſcendis materiam paret, ac feneſtram patefaciat: ita nec permitti debuit vt etiam ex ipſorum liogatorum pactione iuſiorandum deferretur, atque ita iudex & teſtis io cauſa ſua cooſtitueretur, propter aocipitis periurij periculum quod ſubit is qui iurat, cùm ſint pletique tam faciles ad peierandū, quàm ad iurandum, contēptu nimio diuini numinis, vt tam facilē remedio liberationem ſibi parent, oec aut carceres, aut bonorum venditionem ex ea cauſa pati vel metuere vnquam poſſint: certíque ooo aliam ſibi pœnam ex periurio imminere, quā eam quam tarditas vltionis diuinæ allatura ſit *d. l. 2. C. de reb. credi. & iureiur.* Etſi.n. ſolet Deus Opt. Max. tarditatē illā grauitate ſopplicij plerumq; compenſare, multi tamē ſunt adeò impij, vt grauitatem illam quaſi oomquam futuram rideant, ſibíque omnia interim licere arbi-

Digitized by Google

te arbitretur. Alij verò ſunt adeò timidi ad ſuperſtitionem vſque diuini numinis, vt nec de eo quod ſciant eſſe veriſſimum iurare velint, malintque certo aduerſarij periurio litem litiſque victoriam committere per iuriſiurandi relationem, aut denique rē amittere. In quas anguſtias cōiici eum, qui alioquin deberet vincere, durum ſane ac iniquū videatur. nā & hac ratione ſolet Prætor gratiam iuriſiurandi facere, quoties hereditas aut legatum aut quid aliud ſub conditione iurandi relinquitur, vt eleganter Vlpianus noſter tractat in *l. quæ ſub conditione 8. infr. de cond. inſtit.* éſtque hæc condicio ex earum numero, quas Prætores improbant, de quibus in *l. conditiones 14. eod. tit.* Ergo nec ratam habere delationem Prætor debet ſiue ex pactione ipſorum litigatorum, ſiue ab ipſo iudice iuſiurandum deferatur. Dec. Cum ex litigatorum pactione & conuentione iuratur, non poteſt iniqua videri conuentio, quæ conſentientes habet litigantium voluntates. Nec enim volenti fit iniuria *l. in diem 9. § 1. ff. de aqua & aqu. plu. arc.* ſibiq; imputare debet, qui eam iurandi legem ſibi vltro impoſuit, adeo vt nec ei permittendum ſit iuſiurandum referre, etiamſi maxime velit. *l. iuſiurandum quod ex conuentione 17. infr.* nempe quoniam id fieri non poſſet citra pœnitentiam, quæ in pactis & contractibus non admittitur *l. ſicut 5. C. de oblig. & action.* Qua ratione putem nec illud ferendum eſſe, vt qui ſe ex conuentione ad iurandum obligauit, reſilire poſſit ab ea lege, quam ſibi dixit, & ad alias probationes confugere, etiam quas ſibi ex poſtfacto ſuperueniſſe dicat, quod tamen in iureiurando ex iudiciali authoritate delato permittitur etiam in procinctu ipſo iurandi. & antequam iuratum ſit, dum ne quid dolo malo fiat, nec bis variare quis velit *l. ſi quis iuſiurandum 11. C. de reb. credit. & iureiur.* In alio autem iureiurando, quod ab aduerſario defertur in iudicio, & ex iudicis authoritate præſtatur, ſicuti nullam querelæ cauſam habet is contra quem iuratur, quia ipſe detulit, ita nec is, qui iurare iubetur, quandoquidem non ſolùm in cauſa ſua & iudex & teſtis conſtituitur *d. l. 1. quar. rer. act. nō dat.* ſed etiā indulgetur ei vt ſi metu diuini numinis ad ſuperſtitionem vſque iurare nolit, referre iuſiurandum aduerſario poſſit *l. iuſiurandum & ad pecunias 34. in pr. & §. datur autem & l. manifeſtæ 38. inf. h. t.* Quod ſi nec iurare velit, nec referre, iā non timiditas nimia & ſuperſtitio, ſed manifeſta turpitudo eſt, adeóq; confeſſio, ex qua proinde ſequi condemnatio poteſt *d. l. manifeſtæ.* ſibique rurſum imputet, qui condemnari maluit quàm iurare vel iuſiurandum referre: videtur enim hoc maluiſſe *l. ſi patre cogente 22. inf. de rit. nupt.* Cæterum obſeruandum eſt duplicis tantùm iuriſiurandi mentionem in hac lege fieri, conuentionalis quod ex pactione ipſorum litigatorum proficiſcitur, de quo & in *d. l. 17. in princip. inf.* & iudicialis quod in iudicio defertur, ab aduerſario quidem, ſed tamen adprobante iudice, & ex iudiciali authoritate. De neceſſario autem iureiurando, cuius meminit Tribonianus in conceptione huius Tituli, nihil hîc Caius addit. Hinc dubitatio non modica inter noſtros interpretes quodnam iuſiurandum illud ſit, cui appellatio hæc neceſſarij accommodatur. Bartolus tradit triplex eſſe iuſiurandum neceſſarium quod pertinet ad litis deciſionem. Primum illud, quod putat deferendum eſſe in ſupplementum probationis de quo dicemus *ad l. admonendi 31. inf.* Secundum quod vocat purgationis, de quo in *l. præſente 6. §. ſed ſi hoc facere verſicul. Sic vbi depoſita Cod. de his qui ad Eccl. ſ. confug. & in Authen. nouo iure C. de pen. iudic. qui male iudic.* Tertium quod dicitur in litem ad eam æſtimandam, de quo in *Tit. de in lit. iurand. inf.* magis tamen communiter probatum eſt neceſſarium illud eſſe, quod eſt primi generis, quodque aliter vocant ſuppletiuum aut ſuppletorium, quale tamen nullum eſſe ſuo loco docebimus ad *dict. le. admonendi*, & iam docuimus fuſiſſime in libris Coniecturarum. Sed Iacobus Coracius in Paratitlis ad hunc Titulum, magis probat, vt neceſſarium iuſiurandum illud ſit, quod ex relatione præſtatur, quia recuſari non poſſit ab eo, qui prior detulit *l. generaliter 12. §. 7. verſ. neceſſitatem in ponenda C. hoc tit.* Et præterea eſt etiam referendi quædam neceſſitas in referente, quia nemo dubitet modeſtius eum facere qui referat, quā qui ipſe iuret *l. illud 25. §. inf. de pecun. conſt.* Idemque nos etiam aliquando exiſtimauimus. Verùm ne in eadem ſententia perſiſtere poſſimus, illud facit, quod non minus iudiciale dici poſſit, cum refertur, quàm cum defertur, ſiquidem fit vtrumque ex iudiciali authoritate. Quinimo, quod magis, eſt etiam voluntarium dici poteſt, quoniam initio inſpecto proficiſcitur ex voluntate deferentis, qui cùm prior detulerit, non poteſt recuſare, quominus eo iure vtatur, quod in alium conſtituit *l. 1. ſup. Quod quiſque iur.* Debuit enim ſcire, cum detulit, non alia conditione deferri poſſe iuſiurandum, quàm vt ſi referretur, iurare haberet neceſſe *arg. ſi duo 38. inf. de acquiren. hered.* Quamquam nec abſolutè neceſſarium dici poteſt ex parte referentis, qui ſi referre nolit, iurare ipſe poteſt aut ſoluere *l. iuſiurandum & ad pecunias 34. §. vlt. inf. hoc tit.* Sanè ex parte illius, cui refertur, licet adhuc habeat electionem ſoluendi, non eo minus neceſſarium videri debet: alioqui nullum penitus erit iuſiurandum neceſſarium, quandoquidem iurare præciſe nemo vnquam cogitur, ſed coactione tantum, vt vocant, cauſaria, id eſt, niſi malit lite cedere *d. §. vlt. & d. l. generaliter §. 1.* Sed tamen negari non poteſt, quin cadat in ſpeciem iuriſiurandi iudicialis, quoniam non aliud iuſiurandum eſt, quod refertur, quàm quod delatum fuit, licet ab alio præſtetur, vt nec pila repercuſſa alia eſt, quàm quæ ab alio prius percuſſa fuit. Indeq; eſt quod tale iuſiurandum referri debet, quale delatum fuit, niſi ex diuerſitate rerum vel perſonarum emergat aliquid quod varietatem inducat *d. l. iuſiurandum & ad pecunias 34. §. non ſemper infr. hoc tit.* Malo igitur iuſiurandum neceſſarium referre ad iuſiurandum purgationis, de quo in *d. l. admonendi*, non de eo quod noſtri vocant ſuppletorium: eſt enim iuſiurandum purgationis neceſſarium, non ſolùm ſi litigatorem attendimus, qui iurare debet, cùm non poſſit recuſare, ſi velit vincere: ſed etiamſi ad iudicem reſpicimus, qui in cauſis dubiis non aliter, aut ſaltem non melius quàm exacto huiuſmodi iureiurando decidere litem poteſt *d. l. admonendi & l. 3. C. hoc tit. c. vlt. Extr. De iureiur.* Quod verò in litem dicitur, à iudice quidem ſolo defertur, nec ab alio deferri poteſt *l. 4. § deferre infr. tit. prox.* ſed tamen non ad decidendam, ſed ad æſtimandam litem pertinet, & vt Accurſius loquitur, affectionis eſt, non veritatis *l. 1. d. l. 4. § iurare eod. l. qui reſtituere 68. ſupr. De rei vindic.* eſſe. Quæ multò conuenientius, ſi ratio hæc non obſtaret, iuſiurandum neceſſarium reſtringere ad eum caſum, de quo *in l. in actionibus 5. verſ. placet infra tit. prox.* id eſt, cùm præterea æſtimatio ſpeciei poſt motam peremptæ metienda eſt, quoniam, vt lex ait,

non aliter poteſt iudex æſtimare rem quæ non extat: æſtimari autem id quod intereſt, etiam citra iuſiurandum facilè poteſt. Sed malo tamen cum Cuiacio dicere diſtinctionem hanc triplicis iuriſiurandi eſſe Triboniani, cùm apud prudentes noſtros nuſpiam fiat mentio iuriſiurandi neceſſarij: præter id ex iis omnibus exemplis quæ noſtri adferunt de iureiurando neceſſario nullum eſt quod non æquè benè & accommodatè iudiciale dici poſſit, cùm in omnibus authoritas iudicialis interueniat, nec ſanè veriſimile eſt Caium noſtrum ex tribus iuriſiurandi ſpeciebus tertiam prætermiſſurum fuiſſe ſi tres aſſignari potuiſſent. Sunt tamen & aliæ ſpecies nonnullæ iuriſiurandi quæ ad hunc Titulum & tractatum non pertinent, quia neque ad controuerſiarum deciſionem ſpectant, ſed ad quædam præparatoria iudiciorum. Einſmodi eſt iuſiurandum de credulitate, vt loquitur Accurſius, de quo *in tit. de iure-iur. prop. cal. dand. & in Nouell. 72. Vt qui oblig. haber. ſe perhib.* Item iuſiurandum teſtis *l. iuriſiurandi 9. C. de teſtib.* Item liberti de præſtandis operis cæteriſque libertatis cauſa impoſitis *l. vt iuriſiurandi 7. infr. de oper. libert.* Iuſiurandum minoris, qui ſe maiorem adfirmauit *Tit. C. ſi minor ſe maior. dixer.* Nam quod adfert Accurſius ex conſtitutione Friderici *de pact. tenend. int. ſubdit. & iur. firm. §. vlt.* vnde ſumpta eſt *Auth. ſacramenta puberum C. ſi aduerſ. vendit.* de ſacramentis puberum inuiolabiliter obſeruandis, ad iuſiurandum promiſſorium pertinet, de quo nos hîc non agimus. Eſt denique iuſiurandum teſtis & aduocati, de quo in *l. rem non nouam 14. Cod. de iudic.* Planè quod putat Accurſius, iuſiurandum neceſſarium idem eſſe cum iudiciali, quia iudiciale præſtetur ex neceſſitate iuris *l. vlt. inf. tit. prox.* non eſt probabile: cùm hic Titulus diſtinguat neceſſarium à iudiciali, non minus quàm à voluntario.

2. PAVLVS libro 18. ad Edictum.

IVſiurandum ſpeciem tranſactionis continet, maiorémque habet auctoritatem, quàm res iudicata [a].

*Ad l. 2.*

RATIONALIA. Tranſactio non fit niſi aliquo dato, vel retento, vel ſaltem promiſſo *l. tranſactio 38. C. de tranſact.* Nec rurſum tranſactio quicquam aliud eſt, quàm pactum, nec in alio ferè differt à pacto, quàm quia fit de re dubia & incerta *l. 1. ſupr. eod. ill. tit. de tranſact.* Iuſiurandum verò etſi æquè de re dubia interponitur, tamen pactum dici non poteſt neutrum quidem cùm de voluntario loquimur, quia licèt illud ex conuentione & pacto proficiſcitur *leg. iuſiurandum quod ex conuentione 17. inf.* pactum tamen non eſt, alioqui pactum ex pacto naſceretur, quod abſurdum eſſet, ſed neque in iureiurando ſiue voluntario, ſiue neceſſario, ſiue iudiciali quicquam retinetur aut datur, aut promittitur. Quid ergo ſimile, aut commune habet iuſiurandum cum tranſactione, vt dici debeat continere ſpeciem tranſactionis, vt in hac lege Paulus ſcribit? Dic. Eſt iuſiurandum in eo ſimile tranſactioni, itémque ſententiæ, quod imponit finem litibus, & quidem multo expeditius quàm tranſactio & ſententia quæ longiores moras habent *l. etiam 15 infr. vt legat. ſeu fideic. ſeruand. cauſ. caueat.* & longiorem tractatum vt nemo non videt. Propter quam cauſam licèt tranſactio & ſententia duo ſint magna remedia expediendarum & finiendarum litium *l. 1. inf. de re iud. l. fratru 10. l. non minorem 20. & paſſ. C. de tranſact.* omnium tamen maximum remedium eſt iuſiurandum, vt ſcriptum eſt in lege præcedente, & quia multo expeditius eſt iurare, quàm vel tranſigere vel litigare, vt modò diximus. Et quia facilius eſt, vt quis reſtituatur aduerſus tranſactionem vel ſententiam quàm aduerſus iuſiurandum, ſiue per reſtitutionem in integrum *tot. tit. C. ſi aduerſ. tranſact. & tit. ſi aduerſ. ſent.* ſiue per appellationem à ſententia *tot. tit. de appell. infra & Codice* quàm aduerſus iuſiurandum ex quo lis decisa ſit *l. 1. C. hoc tit.* extra caſum *l. vlt. eod. tit.* quem ſolum exceptum puto cum Cuiacio poſtremis illis verbis, *niſi ſpecialiter hoc lege excipiatur* à Triboniano additis ad Antonini conſtitutionem quę extat in *d. l. 1. iunct. l. vlt. infr. tit. prox.* Cùm igitur iuſiurandum habeat eundem effectum quem tranſactio & ſententia, bene Paulus in hac lege ait ſimile illud eſſe tranſactioni & rei iudicatę, nec enim aliud quicquā pręter ſimilitudinem denotant verba illa huius legis *Iuſiurandum ſpeciem tranſactionis continet*, dixitq; Paulus *ſpeciem* pro ſimilitudine ac repræſentatione, & vt vulgo loquuntur *apparētia*, non eo ſenſu quē abſurdè poſt Accurſium adſtruunt interpretes, quaſi iuſiurandum ſit ſpecies quędā tranſactionis & ſub tranſactione tanquā ſpecies ſub ſuo genere cōtineatur. Quis enim vnquam diffiniuit iuſiurandū per tranſactionem, quomodo ſpecies omnes diffiniendę ſunt per ſua genera? Imò verò nihil aliud iuſiurandum eſt, quàm adfirmatio ſancta & religioſa per quam pleraq; firmantur inter homines Deo interpoſito & teſte & iudice, vt Cuiacius ex Cicerone aliiſque & Græcis & Latinis authoribus eleganter diffinit, in paratitlis ad Codicē. Suauis verò eſt Bartolus, qui ex eo infert tranſactionem eſſe contractum innominatum, cùm aliud nomen non habeat quàm ſui generis, ſicuti permutatio, inquit Caſtrenſis, ad confirmandam Bartoli ſententiam, ſed probare prius deberent tranſactionem contractum eſſe, quod nos negamus qui eam nihil niſi nudū pactum eſſe dicimus, ita vt ex tranſactione nulla poſſit naſci actio, non magis quàm ex alio quolibet pacto nudo, niſi cùm ſtipulatio trāſactioni ſubiecta eſt, quomodo iam olim ſubiici ſolebat, vt & ad cæteras omnes conuentiones firmandas, etiam ex quibus alioqui ciuilis actio naſci potuiſſet, ſed maximè nudas, & hodie ſemper ſubiicitur, quia nec magis hodie quàm olim ex pacto naſci actio poteſt. Atque ita accipi debet quod Iuſtinianus in *l. contractus 17. C. de fid. inſtrum.* tranſactiones quoque inter contractus enumerat, eas ſcilicet quas in inſtrumento recipi conuenit, in quibus certum eſt nunquam omitti ſtipulationem. Sed hac de re plura ſcripſimus *ad Tit. de tranſact. ex l. cùm proponas 17. & l. ſiue apud acta 28. C. eod. ill. tit. l. cùm proponas 21. Cod. de pact.* & aliis quàm plurimis. Ex iureiurando autem non tantùm exceptionem dat prætor, ſed etiam ſi opus ſit actionem, in factum ad exemplum & ſimilitudinē iudicati *l. actori 8. C. hoc ti.* aut vtilē actionem ex eo cōtractu ſuper quo iuratū eſt *l. ſi duo 13. §. ſi quis iurauerit infr. eod.* Ex quo tanto apertius intelligimus iuſiurandum neque eſſe tranſactionem, neque eo nomine donari poſſe, niſi alio ſenſu tranſactionis nomen accipias pro qualibet deciſione negotij.

Dicitur

Digitized by Google

Dicitur enim tranſigere aliquod negotium qui cō‐ficit illud & perficit. Sed longè aliud eſt tranſigere negotium, aliud verò tranſigere de negotio. Qui mandatum à te ſuſcepit, & negotium vendendi aut emendi fundi ſi vendiderit aut emerit, tranſegit negotium, ſed non ideo de negotio tranſegit. Tranſigi negotium ſine vllo pacto poteſt, at tranſigi de negotio citra pactum non poteſt. Tranſigere negotium quaſi trans agere eſt id eſt, ſic perficere & peragere, vt nihil agendum ſuperſit. Qui autem tranſigit, finit negotium *l.4. verſ. curatores infr. tit. prox.* Meritò igitur tranſactionis ſpeciem continere dicitur iuſiurandum, id eſt, tranſactionis loco cedere, quemadmodum dicitur cedere loco ſolutionis *l. iuſiurandum 27. inf. hoc tit.* itemque habere inſtar iudicij & præterea nouationis ac delegationis *d. l. qui iuraſſe 26. §. vlt. eod.* & pro pacto conuento eſſe *l. tutor 35. §. 1. infra.* Vt intelligamus non eſſe iuſiurandum verè tranſactionem, nec pactum non magis quàm ſolutionem aut nouationem, ſed habere duntaxat effectum tranſactionis pacti ſolutionis & nouationis ſicut & rei iudicatæ. Nullum enim ſimile eſt idem, nullaque ſimilitudo eſt tam accommodata, quæ non aliqua ex parte claudicet. In eo ſanè ſimilis cauſa eſt tranſactionis & iuriſiurandi, quod in iureiurando non minus[1] quam pacto conuento naturalis obligatio tollitur ipſo iure *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis inf. de ſolut.* nempe quia proficiſcitur ex conuentione, tum quoque cum in iudicio defertur, dum non à ſolo iudice, ſed ab ipſo etiam aduerſario *d. l. qui iuraſſe §. vlt.* Alia ratio eſt rei iudicatæ. non enim poteſt tollere obligationem naturalē, cum reddatur in inuitum *l. inter ſtipulant. 83. §. 1. de ver. obl. ian. l. Iulianus verum d. bitorem 60. inf. de condict. indeb.* Etſi enim eum ab inferiore aliquo iudice pronunciatum eſt, à quo appellari potuit, videtur is, qui non appellat hoc ipſo ſaltem tacitè conſentire: reuera tamen non tam conſentit, aut expreſſè aut tacitè quàm fingitur cōſentire, quod non ſufficit ad tollendam obligationem naturalem, vt non inſubtiliter Bartolus hîc ratiocinatur.

a *Maiorémque authoritatem habet, quàm res iudicata.* RAT. DVR. Permulta ſunt, in quibus maior eſt poteſtas ſententiæ, quàm iuriſiurandi, vt in exemplis, quæ hîc Accurſius congerit. Sententia enim contra ſententiam, inquit, non valet *l. 1. Cod. quando prouoc. non eſt neceſſ.* ſed contra iuramentum valet *l. 1. nam poſtea quam 9. §. ſi damnetur infr. hoc tit.* ſimiliter ſi patronum ſe quis iurauerit, non tamen habetur pro patrono quantum ad ſuccedendum: quod ſecus eſt, ſi pro eo tanquam pro patrono ſententia lata proponatur: iuſiurandum enim patronum non facit: at res iudicata pro veritate habetur *l. ſi iurauero 14. infr. de iur. patron. l. ingenuum 24. ſup. de ſtat. hom. l. res iudicata 208. de regul. iur.* Addit Accurſius ſententiam per inſtrumenta poſtea reperta non retractari *l. ſub ſpecie 4. Cod. de re iudic.* niſi in caſu legis *Imperatores 35. inf. eod. ill. tit.* id eſt, cum agitur de negotio publico: iuſiurandum verò retractari *l. admonendi 31. infr. hoc tit.* ſed malè. nam nec iuſiurandum regulariter prætextu inſtrumētorum poſtea repertorum retractatur, vt cōſtat ex *d. l. admonendi*, quæ ſolum illū caſum excipit, quo iuratum ſit purgationis gratia, & quo proteſtetur is contra quem iuratum eſt, non alijs ſe inſtrumentis vſurum, quàm quæ poſt iuſiurandum præſtitum inuenerit. DEC. Sicut in nonnullis maior eſt authoritas rei iudicatæ, quàm iuriſiurandi, ita & in alijs multis plus poteſt iuſiurandum, quàm res iudicata, quæ etiam Accurſius noſter hîc cumulat. In eo primùm, quòd contra ſententiam minor reſtituitur *tot. tit. Cod. ſi aduerſ. rem iudic.* at contra iuſiurādum ſuum non reſtituitur ſiue iuramētum promiſſorium ſit, vt in *Authentic. ſacramenta puberum Cod. ſi aduerſ. vendit.* ſiue aſſertorium, vt in *l. 3. verſ. ſi tamen C. ſi minor ſe maior. dixer.* Sed nos de iureiurando, ex quo deciſa lis eſt, tractamus, aduerſus quod etiam reſtituitur minor, ſi ſe captum probet in eo, quod detulit *d. l. nam poſteaquam 9. § ſi minor inf. hoc tit.* Item in eo, quod iuſiurandum tollit ipſo iure naturalem obligationem *d. l. Stichum 95. § naturalis de ſolut.* non etiam ſententia *d. l. Iulianus 60. de condict. indeb.* Denique in eo, quòd à ſententia prouocari poteſt quandiu non tranſiit in rem iudicatam *l. 1. & tot. tit. de appellat. l. præfecti 17. ſupr. de minor.* At non ſimiliter à iureiurando receditur, niſi in ſpeciali caſu *l. vlt. hoc tit.* nec prouocatur, poſtquam præſtitum eſt, ſed antè duntaxat *l. generaliter 11. §. 1. & paſſ. Cod. eo.* Addit Bartolus, Iuſiurandum habere paratam executionem, non minus quàm ſentētiam ex *l. ſed ſi poſſeſſori 11. § ſi cum de hereditate inf. hoc tit. l. poſt rem iudicatam 56. infra de re iudic.* niſi quod poſt iuſiurandum præſtitum ſententia interdum neceſſaria eſt, per quam ſequatur vel abſolutio vel condemnatio *l. iuſiurandum & ad pecunias 34. § vlt. inf. hoc tit.* Vt proinde ſi bene inſpicias, ſententia ſemper illa ſit, quæ paratam habeat executionem, iuſiurādum verò paratam abſolutionem vel condemnationem. Eoque iure paſſim vtimur, vt is, contra quem iuratum eſt, non tam pro condemnato, quàm pro condemnando habeatur. Qua de cauſa ſolent noſtri iudices poſt præſtitum iuſiurandum dare dilationem ei, aduerſus quem iuratum fuit, intra quam veniat cauſam dicturus, ſi quam habeat, cur non debeat condemnari, quod pragmatici dicunt *venir deſendre à la condemnation.* Itaque non poſſum intelligere quid velit ſibi Bartolus, cū ait, mirari ſe, quòd conſuetudo nondū adinuenerit hunc modum deferendi in inſtrumento iuriſiurandi, vt poſſit habere paratam executionem, qualem habent certè inſtrumenta omnia iurata, quæ vocant guarentigiata, idque ex ſtatutis Italiæ, quæ volunt eiuſmodi inſtrumenta vim habere rei iudicatæ. Placet ſane quod Caſtrenſis notat, tranſactionem, iuſiurandum & ſententiam habere ſe inuicem vt excedentia & exceſſa. Idque proculdubio eſt. Ratio enim, quam adfert Accurſius, cur maioris poteſtatis eſſe debeat iuſiurandum, quàm ſententia, quòd, inquit, ſententia nonniſi iudicis authoritate nitatur, iuſiurandum verò & authoritate iudicis & voluntate litigantium, ab omnibus meritò improbatur, quod ad iuſiurandum voluntarium non pertineat, de quo etiam tamen hæc lex loquitur, ſed tantum ad iudiciale. Nec melius tamen Caſtrenſis rationem ſumit ex eo, quòd lis facilius expediatur per iuſiurandum, quàm per ſententiam. Aliud enim eſt dicere breuiorem & expeditiorem eſſe viam iuriſiurandi, aliud verò eſſe iuſiurandum maioris authoritatis. Nec illud rurſus verum eſt, quod ad probationem aſſumit contractus illos, qui conſenſu ſolo perficiuntur dici maioris poteſtatis & authoritatis, quàm cæteros, qui præter conſenſum, aut rem, aut verba deſiderant, ex *l. iurisgentium 7. in princ. ſupr. de pact.* vbi hac de re verbum nullū. Et nemo neſcit contractum ſtipulationis eſſe omnium firmiſſimum & ad firmandos adeoque nouandos & tollendos reliquos introductum. Tota igitur ratio ex eo potiſſimum petenda eſt, quòd à ſententia



Digitized by Google

iam prolata appellari adhuc poteſt *l. & poſt rem 7. ſupra de tranſact.* vbi hanc ob cauſam dicitur poſt latam ſententiam poſſe adhuc tranſigi, ſiue à ſententia ſit appellatum, ſiue appellari adhuc poſſit. At verò à iureiurando præſtito appellari nunquam poteſt, ſiue voluntarium fuerit ſiue iudiciale, vt diximus. Ideóque nec poſt iuſiurandum præſtitum tranſactioni locus relinquitur, niſi fortè negetur iuratum eſſe, aut de eo dubitetur, vt in *leg. nam poſtaquam 9. in princip. infra.* Hoc enim caſu non alia ratio eſſe poteſt iuriſiurandi quàm rei iudicatæ *leg poſt rem iudicatam 11. ſupr. de tranſact.* quia cùm dicimus maiorem eſſe authoritatem iuriſiurandi quàm rei iudicatæ, de eo iureiurando loquimur de quo conſtet, non quod negetur aut de quo ambigatur.

3. VLPIANVS libro 22. ad Edictum.

AIt prætor: *Si is, cum quo agetur, conditione delata iurauerit.* Eum, cum quo agetur, accipere debemus ipſum reum. Nec fruſtra adiicitur *conditione delata.* nam ſi reus iurauit, nemine ei iuſiurandum deferente: prætor id iuſiurandum non tuebitur: ſibi enim iurauit: alioquin facillimus quiſque ad iuſiurandum decurrens, nemine ſibi deferente iuſiurandum, oneribus actionum ſe liberabit.

*Ad l. Ait Prætor 3.*

Proponuntur initio huius legis prima verba Edicti Prætoris de iureiurando. Cætera ſubiicientur in *l. ait Prætor 7. infr.* Totus enim edicti contextus hic fuit *ſi is cum quo agetur, condicione delata iurauerit, & de qua re iuſiurandum delatum fuerit, neque in ipſum, neque in eum ad quem ea res pertinet, actionem dabo.* Fuit etiam alia pars edicti & his quidem concepta verbis, *Eum à quo iuſiurandum petetur, iurare, aut ſoluere cogam l. iuſiurandum & ad pecunias 34. § ait Prætor infr. hoc tit.* vbi dicemus. Nunc primam partem cum Vlpiano tractemus. RAT. DVB. Nemo facilè credendus eſt immemor ſalutis æternæ *l. vlt. C. ad leg. Iul. repetund.* nec tam impius vt iurando peierare velit, Deique iuſtiſſimam vltionem in caput ſuum prouocare, cùm iuriſiurandi concepta religio Deum vltorem habitura ſit *l. 2. C. hoc tit.* Ergo ſi quis iurauerit etiam non delata per aduerſarium condicione iurandi, ſtandum eſt iuriiurando: vel ob id maximè ne alioqui de periurio quæri oporteat, quod tamen impunitum ſit manſurum. Ideò namque de periurio quæri nec ſolet nec debet, quia vbi detectum & probatum eſſet, non ideo tamen puniri poſſet. DEC. Nemini permittendum eſt, vt facto ſuo & propria ſola voluntate liberet ſe ab oneribus actionum quibus vrgeatur, ſicuti nec poteſt quiſquam facto ſuo ſuam obligationem tollere *l ſi ſeruum 91. §. nunc videamus de verb. oblig. l. ne in poteſtate 26. ſup. de recept. qui arbitr. recep. l. 2. § item ſi extr. in fin. ſup. de iudic.* Alioqui facillimus quiſque ad iurandum contemptu diuini numinis iurabit, nemine ſibi iuſiurandum deferente, atque ita aduerſario adimeret actionem *l. Granius 71. §. pen inf. de condic. inſt.* Delinquendi autem occaſio vitanda eſt *§. 1. verſ. ſed ne dum talia Inſtit. vi bonor. rapt.* alteri enim iurare quis debet, id eſt, deferenti aduerſario, non ſibi, *l. ſi deferente 13. infra quibus modis pignus vel hypoth. ſoluit. l. illud 25. §. 1. infrà de pecun. conſtit.* vbi dicitur, modeſtius tamen eum facere cui iuſiurandum delatum eſt, ſi illud referat, quàm ſi ipſe iuret. Delationem igitur iuriſiurandi neceſſe eſt præcedere, vt ſi non ſteterit per actorem quominus de calumnia iuret, reus per iudicem ſoluere, vel iurare neceſſe habeat, niſi referat iuſiurandum *l. delata 9. C. hoc tit.* ac proinde vt iurante reo actor ſummoueatur eique actio denegetur *d. l. ait Prætor 7. inf.* Alioqui fallaciæ ſpecies quædam eſt, ſi quis vltro iuret nemine deferente *l. ſi legatarius 23. ſup. de dolo.* Nec ideo tamen quæritur de periurio, ſed iuſiurandum tanquam malè ac nullo iure præſtitum negligitur, quia nemo in cauſa ſua iudicem ſe conſtituere poteſt, ab aduerſario tamen conſtitui poteſt *l. 1. inf. Quar. rer. act. non det.*

1 ¶ Quacumque autem actione quis conueniatur, ſi iurauerit, proficiet ei iuſiurandum: ſiue in perſonam, ſiue in rem, ſiue in factum, ſiue pœnali actione, vel quauis alia agatur: ſiue de interdicto.

*Ad §. 1. Quacunque autem actione.*

RAT. DVB. Non debet priuatorum pactionibus iuri publico derogari *l. ſi vnus 27. §. pacta quæ turpem verſ. item ne experiar. l. ius publicum 38. l. inter debitorem 42. ſupra de pact.* nec enim priuatorum cautiones legum authoritate cenſentur *l. vlt. infr. de ſuis & legit.* Atqui ad ius publicum maximè pertinet vindicta criminum, ne remaneant impunita *l. ita vulneratus 51. ad fi. ſupr. ad leg. Aquil. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. 1. de ſolut.* & publicè expedit timeri pœnam delicti *d. §. pacta quæ turpem.* Non ergò quacunque actione quis conueniatur proficere ei debet iuſiurandum, vt hîc Vlpianus ſcribit, ſed debuerunt excipi actiones, & cauſæ criminales: præſertim ſi tractemus de iureiurando voluntario quod ex conuentione litigatorum extra iudicium defertur. Quid enim abſurdius, quàm deferente actore abſolui nocentem fortaſſis reum, aut actore iurante condemnari innocentē? denique criminis probationes ex accuſatoris, vel rei voluntate pendere? Quis enim erit innocens ſi accuſare ſufficit & iurare? quis nocens ſi negare ſatis eſt, & neganti iurare? Quòd ſi etiā de iudiciali iureiurando loquamur, quod ab actore in iudicio defertur iudice adprobante, quid inſulſius aut iniquius, quàm de crimine pœnaq; criminis ex alterutrius litigantium iureiurando pronunciare, cùm iudicibus omnibus præſcriptum ſit, vt nō alias criminum probationes admittant, quàm quæ ſint luce meridiana clariores? *l. vltim. C. de probat.* Nam & inde fit, vt neque ex ſua confeſſione extraiudiciali poſſit quis de crimine condemnari, ſed teſtibus in eam rem opus ſit probandi criminis gratia *l. capite quinto 25. §. vltim. infra ad leg. Iul. de adult.* quamuis ſecus ſit in cauſis ciuilibus *leg. generaliter decima tertia,*

Cod. de

*Cod. de non numer. pecun.* Neque etiam ex iudiciali ſi non aliter, quàm ex illa confeſſione conſtet de commiſſo delicto *l. 4. ibi ſi tamen occiſus ſit homo infr. de confeſſ.* Nemo enim auditur perire volens *l. non tantùm 6. infr. De appell.* quia nec quiſquam eſt dominus membrorum ſuorum *l. liber homo 13. ſupr. ad leg. Aquil.* In eo autem iureiurando, quod noſtri neceſſarium dicunt & alio nomine vocant ſuppletiuum quod in ſupplementum probationum defertur à iudice, quis ferat in re tanti momenti, quanti eſt, aut vita, aut exiſtimatio ciuis Romani rem totam committi arbitrio & iureiurãdo accuſatoris, etiam ſi reus deferat ei iuſiurandum? Atque in eo interpretes omnes conſentiunt, quia nec in cæteris cauſis arduis putant ei iuramento locum eſſe, vt dicemus *ad l. admonendi 31. infr. hoc tit.* quamuis non negent permitti debere iudici, vt reo iuſiurandum hoc deferat etiam poſt excluſum à probationibus accuſatorem, adeò vt nec aliter abſoluere reum debeat, quàm ſi iureiurando innocentiam ſuam purgauerit *ex Auth. nouo iure Cod. de pœn. iudic. qui mal. iudic. & argum. l. vbi 22. Cod. ad leg. Cornel. de falſ.* Idémque ferè circa cauſam matrimonialem tractari poteſt quod circa criminalem: non ſolùm quòd æquè magni ſit momenti, & ad ſtatum perſonæ pertineat & habeat inſtar ſeruitutis, quomodo poſt Baldum Caſtrenſis loquitur: ſed etiam quia non debeat in poteſtate partium eſſe, vt matrimonium diſſoluant, quod ſui natura eſt indiſſolubile. Ergo etiam cauſa matrimonialis excipi debuit à generalitate huius §. eadémque ratione cauſa, vt vocant, monachationis, quæ matrimonium quoddam ſpirituale eſt *cap. inter corporalia Extr. De tranſlat. prælat.* Dec. Generalis ratio eſt quæ facit, vt quacunque actione reus conueniatur, ſi delata condicione iurauerit, proficere ei debeat iuſiurandum: nempe quia ab aduerſario ſuo conſtitutus eſt iudex in cauſa propria *d. l. 1. infr. quar. rer. act. non dat.* Volenti autem nulla fit iniuria, vt diximus *ad l. 1. ſupr. Ex l. in diem 9. §. 1. De aqua & aquæ pluu. arcend.* dum ea cautio adhibeatur, vt non aduerſus alium proficiat iuſiurandum quàm aduerſus eum ipſum qui detulit *§. penult. infr. l. nam poſteaquàm 9. §. vlt. & l. ſeq. infr.* nam nec pactum vnius alij prodeſt vel nocet *l. ſi vnus 27. §. pacta quæ turpem. verſ. ante omnia ſupr. De pact.* adeòque nec res iudicata *tot. titul. Cod. quib. res iudic. non nocet & tit. Inter alios act. niſi in caſibus l. ſæpe 63. infr. De re iudic.* Quidni ergo etiam in cauſa criminali poterit abſolui reus ab actione, ſiue inſtituta, ſiue inſtituenda, ſi modò ex aduerſarij delatione iurauerit. Idque indubitatum quidem eſt ſi de crimine agatur ciuiliter & priuata actione ad pœnam actori ipſi applicandam. Is enim ſenſus eſt eorum verborum *ſine pœnali actione.* Nam & in popularibus actionibus iurari poſſe conſtat, dummodò bona fide iuretur *l. eum qui 30. § in popularibus infr. hoc titul.* adeò vt eiuſmodi iureiurando etiam publica actio conſumatur, ſi non per colluſionem actum ſit vt ibidem ſcriptum eſt: nimirum quia licèt in popularibus actionibus vtilitas publica quoque verſetur, *l. 1. infr. De popul. act.* adeò vt non intelligatur locupletior qui habet has actiones antequàm litem conteſtatus ſit *l. pen. eod.* pœna tamen applicatur actori *l. ſi quis id quod 7. in princip. ſupr. De iuriſd.* Sed ſi de crimine agatur criminaliter ad vindictam & pœnam publicam, difficilius videtur vt iuſiurandum vires aliquas habeat, ne reipublicæ præiudicium fiat, cuius certum eſt per priuatos lædi ius non poſſe. Placet tamen illa diſtinctio, vt ſi deferente eo qui agere volebat, iuratum ſit extra iudicium, proficiat iuſiurandum, vt ab accuſatione actor ſummoueatur *arg. l. ſi maritus 15. §. ſi negauerit infr. ad leg. Iul. de adult.* non tamen noceat ea res accuſatori publico quominùs vindictam criminis publicam proſequi ſuo iure poſſit nulla etiam probata, vt Caſtrenſis ait, præuaricatione, ſi iudicis authoritas non interuenerit. Alioquì aut colluſio probanda eſt, vt *in d. §. in popularibus*, aut ex nouis inſtrumentis cauſa iterũ tractanda *l. Imperatores 35. infr. De re iudicat.* Sed ſi deferente reo accuſator iurauerit reum crimẽ admiſiſſe; ſi quidem extra iudicium nihil proficere iuſiurandum poteſt, niſi vt reus qui detulit, hoc ipſo crimen extra iudicium confeſſus eſſe videatur, at non etiã, vt ex ea confeſſione, quę non niſi extraiudicialis eſt, condemnari poſſit, cùm in criminalibus ad pœnam publicam irrogandam requiratur ſententia nec ſufficiat confeſſio *l. infamem 7. de public. iudic. l. ſi confeſſus 5. De cuſtod. & exhib. reor.* Si verò in iudicio delatio facta ſit accuſatori à reo, ſiue reo ab accuſatore, non debet iudex eam delationem admittere, ne aut reipublicæ fiat iniuria, ſi deferente accuſatore nocens abſoluatur, aut reo ſi ob iuſiurandum accuſatoris innocens reus condemnetur, ad pœnam ſcilicet corporalem. Nam in pœna pecuniaria etiam ex crimine publico, quin poſſit reus deferendo iuſiurandum actori nocere ſibi, vt ex eo iureiurando condemnari poſſit, noſtri non dubitant, & nos iam diximus. Quod tamen ita intelligendum mihi videtur, ſi conſtet de delicto admiſſo, nec de alio dubitetur quàm quis admiſerit ex *d. l. 4. inf. de cõfeſſ.* Nam nec in ciuilibus omnimodo condemnandus eſt is qui confeſſus fuit, ſi eius rei nomine confeſſus ſit; de qua dubitetur an ſit in rerum natura *l. vlt. iunct. l. certum 6. §. 1. eod. tit.* Nec quod ex eiuſmodi crimine quod publici iudicij cauſam habeat lata ſententia infamiam irroget, impedire delationem aut effectum iuriſiurandi poteſt. Nam & in criminibus pleriſque priuatis, vt in furto, rapina, & alijs nonnullis idem obtinet, de quibus tamen nemo dubitat quin iuſiurandum deferri, & ex eo præſtito ſententia ferri poſſit *d. l. infamem. l. 4. §. vlt. & l. ſeq. ſupr. de his qui not. infam. iunct. l. ſi duo 13. §. idem Iulianus. infr. hoc tit.* nempe quia membrorum quidem ſuorum dominus nemo eſt *d. l. liber homo 13. in princip. ſupr. ad leg. Aquil.* ſed exiſtimationis ſuæ dominus quiſque eſt. In cauſis matrimonialibus idem ferè tractatus eſt, ſed alia tamen diſtinctio adhibenda, vt iuriſiurandi delatio admittatur ad probandum matrimonium dummodò inter eas perſonas, inter quas poſſet nunc primùm contrahi, quaſi ex noua voluntate etiamſi contractum anteà non fuiſſet: ad diſſoluendum autem matrimonium quod iam contractum eſſe dicatur, quodque ſui natura indiſſolubile eſt propter vim & religionem ſacramenti, non perinde admitti debeat. Idem in monachatione, vt poſt Iacob. Butrig. bene ſentit Bartolus, & poſt eum Caſtrenſis, longè meliùs quàm Accurſius.

2 ¶ Sed & ſi de condicione perſonæ fuerit iuratum, prætor iuſiurandum tuebitur. vtputa, detuli iuſiurandum, & iuraſti in poteſtate mea te non eſſe: tuendum erit iuſiurandum.

*Ad §. 2. Sed etſi.*

RAT. OVB. De cauſa ſtatus compromiſſum fieri non poteſt. quia fauor eius eſt, vt maiores iudices habere debeat *l. non diſtinguemus 32. §. de liberali ſupra de recept. qui arbitr. recep.* tanquam quæ ſit maioris momenti, cùm ex ſtatu perſonæ iura ipſius omnia pendeant *§. ſi ab hoſtibus Inſtit. quibus mod. ius patr. poteſt. ſoluit.* quandoquidem res omnes non niſi perſonarum gratia ſunt comparatæ *l. 2. ſupra de ſtat. homin.* Nec ſanè fieri poteſt, vt hominis ſtatus qui à natura tantùm eſſe poteſt, vel à lege, in cuiuſquam ſit arbitrio & poteſtate, alioqui facilè ſubuerterentur omnia & peruerterentur, præſertim cùm ius quod circa ſtatum perſonæ conſtituitur afficiat omnes quia indiuiduum eſt, ſicut & perſona ipſa *l. ex ea cauſa 9. ſupra depoſitul.* Atqui ad cauſam ſtatus pertinet, vt quis in alterius poteſtate ſit, vel non ſit ſiue de patria poteſtate quæratur, ſiue de dominica *l. 2. C. ſi aduerſ. rem iudic. l. ſi putas 5. Cod. de petit. hered. l. 1. & paſſ. C. vbi cauſ. ſtat. agi deb. l. 1. C. de patr. poteſt.* Ergo nec de hoc iuſiurandum deferri poteſt, ſicut nec de ſtatu ſuo interrogari quis in iure poteſt, vt ex ſua reſponſione obligetur *l. ſi ſeruum ab hoſtibus 16. ſupra de interrog. in iur. fac.* Vnde eſt quod ſi is qui tutor non erat interrogatus in iure reſponderit ſe tutorem eſſe, nulla tamen ideo actione tenetur, id eſt. ne quidem interrogatoria *l. vlt. infra quod falſ. tutor. author. geſt. ſit,* quia tutorem eſſe quem, vel non eſſe ad ſtatum perſonæ pertinet, cùm ſit etiam poteſtas quædam tutoris in pupillum, ſicut & patris in filium *l. 1. infra de tutel.* eſt enim tutoria poteſtas quodammodo vicaria patriæ poteſtatis, ideóque extenditur ad annum vſque decimum quartum completum, quo is qui filius fuit, efficitur iam pater ac tanquam paterfamilias de bonis ſuis teſtari poſſit *Tit. quib. mod. tutel. finit. Inſtit.* Alioqui ſi de condicione perſonæ iuſiurandum deferre liceat, eueniet vt etiam inter alios ſeruari debeat, quod ſupra diximus eſſe contra naturam iuriſiurandi & mentem Prætoris *§. pen. infr. d. l. nam poſteaquam 9. §. vlt. & l. ſeq. infra hoc tit.* DEC. Iuſiurandum non tantum ad pecunias pertinet, ſed etiam ad res omnes *l. iuſiurandum & ad pecunias 34. in princip. inſr.* ac proinde etiam ad perſonas, quarum ſcilicet nomine etiam actiones comparatæ ſunt, adeóque vindicationes *l. 1. §. 1. ſupra de rei vindic.* Quacunque autem actione reus conueniatur, ſi iurauerit, proficere illi iuſiurandum debet, vt dictum eſt in *§. præcedente.* Quidni ergo tuendum erit iuſiurandum, ſi quis iurauerit deferente aduerſario ſe non eſſe in illius poteſtate? Semper enim ratio illa facit pro iurante quod aduerſarius vltro iudicem in ſua cauſa conſtituerit *dict. l. 1. quar. rer. act. non det.* Neque verendum eſt, vt iuſiurandum hoc alij proſit vel noceat, cùm ſit perſonaliſſimum & reſtrictum ad perſonas actoris & rei. Qui enim iurat ſe in actoris poteſtate non eſſe, non ideo iurat ſe in nullius eſſe poteſtate: neque rurſum, vt maiores iudices hæc cauſa ſtatus non habeat, cùm dirimatur hoc caſu controuerſia ex voluntate litigantium, ita vt neque maioribus, neque alius vllis iudicibus opus ſit *arg. l. 1. §. vnde quæritur infra de oper. noui nunciat.* In eóque obſeruandum eſt aliam eſſe hac parte rationem iuriſiurandi, aliam compromiſſi aut ſententiæ, cùm cauſa ſtatus neque per compromiſſum decidi poſſit, neque per ſententiam ab alio, quàm ab aliquo ex maioribus iudicibus latam *l. nec ſi volens 6. C. de liber. cauſ. d. §. de liberali.* vbi dicitur idem eſſe de cauſa populari, in qua tamen etiam iuſiurandum deferri poſſe iam ſuprà diximus ex *l. eum qui 89. § in popularibus infra hoc tit.* ſicut & in cauſa criminali, cùm tamen aliàs crimen fateri videatur qui de crimine tranſigit ſanguinis pœnam non ingerente *l. tranſigere 18. C. de tranſact. l. fu rt. 6. §. pactúſque ſupra de his qui notant. infam.* Nec enim fatetur crimen eo qui eo modo negat ſe id admiſiſſe, vt benè Accurſius noſter ad *§. prox. ſupr.* Et ſanè æquiſſimum eſt potentius eſſe iuſiurandum in eo de quo iuratur, & inter quos iuratur, ob fauorem præcipuum & vinculum religionis, maximè verò apud Chriſtianos, apud quos ex regula iuris Pontificij ſeruandum eſt inuiolabiliter iuſiurandum quodconque ſeruari poteſt citra diſpendium ſalutis æternæ *cap. cùm contingat. Extr. de iureiur. cap. 2. De pact. in 6.* niſi dolo malo vel metu extortum ſit, aut præſtitum contra bonos mores *cap. non eſt obligatorium de regul. iur. in 6.*

3 ¶ Vnde Marcellus ſcribit, etiam de eo iurari poſſe, an prægnas ſit mulier, vel non ſit: & iuriiurando ſtandum. denique ait, ſi de poſſeſſione erat quæſtio, ſeruari oportere: ſi fortè quaſi prægnas ire in poſſeſſionem volebat, &, cùm ei contradiceretur, vel ipſa iurauit ſe prægnantem, vel cõtra eam iuratum eſt. nam ſi ipſa, ibit in poſſeſſionem ſine metu: ſi contra eam, non ibit, quamuis verè prægnas fuerit. proderítque (inquit Marcellus) mulieri iuranti iuſiurandum, ne conueniatur, quaſi calumniæ cauſa [a] ventris nomine fuerit in poſſeſſione, néve vim patiatur in poſſeſſione: ſed an iuſiurandum euſque proſit [b], vt poſt editum partum non quæratur, ex eo editus, an non ſit, cuius eſſe dicitur, Marcellus tractat, & ait, veritatem eſſe quærendam: quia iuſiurandum alteri [c] neque prodeſt, neque nocet. matris igitur iuſiurandum partui non proficiet, nec nocebit, ſi mater detulerit, & iuretur ex eo prægnans non eſſe.

*Ad §.*

*Ad §.3. Vnde Marcellus.*

RAT. DVB. Non poteſt iurari an mulier ſit prægnans necne, quin de partu quoque ipſo quæri & tractari oporteat. Cur enim de muliere an ſit prægnans quæritur, niſi propter partum? maximè verò cùm quæritur de muliere in poſſeſſionem mittenda ventris nomine ex edicto prætoris: ventrem enim dixit prætor pro eo, qui eſt in vtero, nec alia ratio edicti fuit, quàm quia prætor ſicuti eorum liberorum qui in rebus humanis ſunt, curam habuit: ita eos qui nondum nati ſunt, propter ſpem naſcendi non neglexit *l. 1. in princ. de ventr. in poſſ. mitt.* Imò fauorabilior eſt cauſa partus quã pueri iam nati, quia partui in hoc fauetur vt naſcatur, puero autem vt duntaxat in familiam inducatur, partus igitur interim alendus eſt, qui non tantùm parenti, cuius eſſe dicitur, verùm etiam reipub. naſcitur *d. l. 1. §. & generaliter.* Ideóque vt venter in poſſeſſionem mittatur, mulierem omnimodo prægnantem eſſe oportet, nec ſufficit vt prægnans eſſe dicatur *d. l. 1. §. 1.* Atqui iuſiurandum matris partui neque prodeſſe debet, neque nocere, vt ſcriptum eſt in fine huius § *& in l. 1. in princ. infr. ſi mulier ventr. nomin. in poſſ. calumn. cauſ. eſſ. dicet.* Ergo de eo iurari non poteſt an prægnans ſit mulier, vel non ſit, nec ſi de eo iuratum ſit, iuriiurando ſtari debet, ne partui proficiat iuſiurandum, vel noceat, & ita fruſtra iuratum eſſe appareat. DEC. Iuſiurandum quidem matris partui neque prodeſſe debet neque nocere, ſed tamen non eo minus ratum eſſe debet ſiue per ipſam mulierem ſiue contra eam iuretur, ſi fortè quaſi prægnans noluerit ire in poſſeſſionem, cùm ei contradiceretur, quaſi prægnans non eſſet. Nam ſi ipſa iurauerit ſe prægnantem eſſe, ibit in poſſeſſionem ſine metu, etiamſi verè prægnans non fuerit, nec poterit conueniri quaſi calumniæ cauſa ventris nomine fuerit in poſſeſſione. In eóque prodent ipſi iuſiurandum; itémque ne vim patiatur in poſſeſſione, vt proinde non fruſtrà interpoſitum dici poſſit *d. l. 1 in princip. ſi mulier ventr. nom. in poſſ. calumn. cauſ. eſſ. dicet.* Non enim parua vtilitas eſt huiuſmodi iuriſiurandi cùm & alimenta mulieri præſtita ventris nomine reſtituenda ſint tanquam indebita, ſi quãdocunque poſtea mulieris calumnia detegatur *d. l. 1. §. intereſſe.* & infamia notetur mulier, quę calumniæ cauſa ventris nomine in poſſeſſione fuit *l. non alia 19. ſupr. de his qui not. infam.*

a *Ne conueniatur quaſi calumniæ cauſa.* RAT. DVB. Per calumniam in poſſeſſione vẽtris nomine fuiſſe mulier dicitur, quæ ſciens prudénſque ſe prægnantem non eſſe, voluit in poſſeſſionem venire *d. l. §. per calumniam.* Atqui nihil vetat eam quæ iurat ſe prægnantem eſſe vltro peierare & ſcire ſe prægnantem non eſſe. Non eſt igitur bona conſecutio, vt mulier quæ iurauit ſe prægnantem non eſſe, ob hoc ſolùm de calumnia accuſari non poſſit: nec enim doloſum mendacium carere poteſt calumnia.

DEC. Ea quæ falſa exiſtimatione decepta eſt, nõ poteſt videri per calumniam miſſa fuiſſe in poſſeſſionem *l. ea quæ 18. ſupra de his qui not. infam.* Non poteſt autem non decipi falſa exiſtimatione mulier, quę iurat ſe prægnantem non eſſe, cùm iuſiurãdum inter eos inter quos iuratum eſt, non tantum pro præſumptione, ſed etiam pro veritate habeatur, nec vllum quæſtioni locum ampliùs relinquat, an verum ſit necne id de quo iuratum eſt *l. 5. §. dato l. nam poſteaquam 9. §. 1. l. eum qui 30. in princ. infr.* Non igitur accuſationem calũniæ vereri poteſt. Alioqui nõ iam de calumnia, ſed de periurio quærendum eſſet, de quo tamen quæri non ſolet contra eum qui ex neceſſitate iuris, id eſt, aduerſario deferente iurauit *l. 1. C. hoc tit. l. vlt. infr. tit. prox.* Nec proinde poteſt hæc mulier quæ iurauit ſe prægnantem non eſſe, vereri actionem in factum quæ datur ad id quod intereſt intra annum contra mulierem quæ calumniæ cauſa in poſſeſſione fuiſſe probatur omnibus quorum intereſt, miſſam eam non fuiſſe ſiue ſubſtituti ſint, ſiue coheredes vel qui ab inteſtato ſi partus non fuiſſet, ſuccedere potuiſſent *dict. l. 1. §. competit ſi mul. ventr. nomin.*

b *Sed an iuſiurandum eò vſque proſit.* RAT. DVB. Iuſiurandum inter eos ſaltem inter quos iuratum eſt pro veritate habetur; vt modo diximus. Atqui partus quandiu in vtero eſt, nihil niſi pars & portio quædam eſt viſcerum matris *l. 1. §. 1. inf. de ventr. inſpic.* Non igitur fieri poteſt vt non habeatur pro veritate quantum ad partum, cùm habeatur pro veritate quod ad matrem. DEC. Non poteſt iuſiurandum vnius nec debet prodeſſe aut nocere alteri, ne alteri per alterum iniqua condicio inferatur vel ius aliquod acquiratur: quod vtrumque abhorret æquè à iuris regulis *l. non debet 74. de regul. iur. l. ſtipulatio iſta 38. § alteri. de verb. oblig. l. 2. quod vi aut clam.* Atqui matris & filij perſonæ ſunt diuerſæ non quidem quandiu partus eſt in vtero & portio viſcerũ matris, ſed vbi editus eſt cœpitque eſſe homo *l. in Falcidia 9. §. 1. ad leg. Falcid.* Nos autem tractamus hîc de partu iam edito. Matris ergo iuſiurandum neque illi prodeſſe neque nocere debet tanquam res inter alios acta *d. l. nam poſteaquam 9 §. vlt. & l. ſeq. infr. d. l. 1. in princip. ſi mulier ventr. nomin. in poſſ. cot. titul. Cod. res int. alios act.* quemadmodum nec tranſactio matris nocet filio *l. tranſactione matris 26. C. de tranſact.*

c *Quia iuſiurandum alterius.* RAT. DVB. Iuſiurandum filijfamilias prodeſt patri, ſeruı domino *l. ſi ſeruus 23 & ſeqq. infra hoc tit.* item ſocij & correi ſtipulandi *leg. ſi duo 13. idem dicemus l. in duobus 28 in princip. infr.* Ergo etiam vnius iuſiurandum alteri prodeſſe interdum poteſt aut nocere. DEC. Iure poteſtatis fit, vt iuſiurandum à filiofamilias vel ſeruo præſtitum perinde habeatur ac ſi à patre ipſo, aut domino præſtitum eſſet *l. placet 79. infr. de acquiren. hered. l. 1. in princip. ſi quis à parent. manum. ſit:* in ſocijs verò & correis ſtipulandi ius ſocietatis & indiuiſionis *l. ſi vnus 27.* vbi diximus *ſup. de pact. l. ſi is qui duos 29. infr de liber. legat.* & vt Accurſius loquitur, alius ille cui iuſiurandum his caſibus prodeſt, fingitur nõ alius. Facilius eſt vt iuſiurandum de vna re præſtitum ad aliam de qua iuratum non ſit trahatur, ſcilicet ſi veniat illa in conſequentiam eius rei de qua iuratum eſt in *d. l. ſi duo § ſi quis iurauerit infr. hoc tit.* de procuratore alia quæſtio eſt, an iurare, vel iuſiurandum deferre poſſit, de qua dicemus ad *l. nam poſteaquam 9. §. iuſiurandum & ad l. iuſiurandum quod ex conuentione 17. §. vlt. & l. ſeq. inf.*

4 ¶ Iurari autem oportet, vt delatum eſt iuſiurandum. cæterum ſi ego detuli, vt per Deum iurares, tu per caput tuum iuraſti.



Digitized by Google

*Ad §. vlt. iurari.*

RAT. DVB. Non ſemper conſonans eſt tale iuſiurandum præſtari quale delatum eſt, ſed ex diuerſitate rerum vel perſonarum quibuſdam emergentibus quæ varietatem poſſunt inducere, aliter atque aliter conceptio iuriſiurandi officio iudicis terminanda eſt *l. iuſiurandum & ad pecunias* 34. *§. non ſemper infr. hoc tit.* vbi licèt loquatur Vlpianus de iureiurando relato, non aliud tamen iuris eſſe debet in delato, quia & quod refertur, defertur, idque expreſſim vetere ſtatuto Sabaudiæ apud nos cautum eſt, vt delationi iuriſiurandi poſſit ex iuſta cauſa iudex quam velit adferre moderationem. Nec immeritò. Quis enim ferat Senatorem vel aliam clariſſimam perſonam cogi iurare publicè populo in eam rem ad ſonum campanę, vt fit, cõuocato ſuper reliquiis ſancti Antonij de re minima plebeio aliquo, & qui de fece populi ſit, deferente? Quidni ſaltem ex cauſa neceſſitas populi per ſonitum campanæ conuocandi neceſſitas remittatur? Quid ſi ſuperſtitionem aliquam miſcuerit is qui detulit iuſiurandum? Cur non iudici liceat decernere quod paſſim apud nos decernere Senatus ſolet, vt citra ſuperſtitionem iuretur?

DEC. Iuſiurandum quod ab aduerſario defertur ſiue in iudicio ſiue extra iudicium tranſactionis ſpeciem quandam continet *leg. 2. ſupr.* quia etiam quod inuito defertur in iudicio, proficiſcitur ex voluntate deferentis, licèt non ex partium conuentione: tranſactio autem non fit niſi ex mutuo partium conſenſu cui neque addi neque detrahi quicquam debet. Conſenſus enim ille indiuiduus eſt, vt in omnibus contractibus *l. cum ex cauſa* 139. *infr. de verbor. oblig. l. pacta conuenta* 72. *de contr. empt.* alioqui deciperetur is qui iuſiurandum detulit, cùm non alia lege & condicione fuerit delaturus, ſuúmque aduerſarium, quod perdurum ſanè eſt, nec niſi omnibus aliis probationib. deficientibus faciendum eſt, iudicem in cauſa propria conſtituturus *arg. l. ſi donaturus* 9. *§. 1. inf. de condict. cauſ. dat. l. purè* 5. *§. penult. infr. de doli mal. except. l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.* Ergo vel recuſandum omnimodo iuſiurãdum eſt, vel eo ipſo modo præſtandum quo delatum fuit, nec alia, meo iudicio, referendi relatiue iuriſiurandi ratio eſt ſi iuris rationem ſpectemus, potius quàm quod ſub Vlpiani nomine Tribonianus ni fallor de ſuo addidit in *dict. §. non ſemper*, vt ad eum locum dicemus. Quamuis tentari poſſit digniorem eſſe cui ſuccurratur, eum qui iurat ex relatione, quia iurandi neceſſitatem præciſam habet, niſi malit liti cedere, cùm tamen non quaſi iuraturus detuliſſet iuſiurandum, ſed quaſi iuraturo. Idque ipſo etiam ſtatuto noſtro de quo diximus, benè comprobatur: non enim erat, cur ſtatutum moderandi iuriſiurandi facultatem iudici daret, ſi iuris communis ratio non aliud ſuaſiſſet: fruſtra enim ſtatuto cauetur, quod iure communi permittitur *l. Imperatores* 30. *de rebus author. iudic. poſſid. aliàs l. 15. de priuileg. credit.* Optima enim ratione ſtatutum noſtrum ſubnixum eſt, cùm nimia deferendi præſtandique iuriſiurandi facilitas pleraſque ſuperſtitioſas, & improbandas formulas inuexiſſet, quas per moderationem iudicis reſtringi æquum fuit, ne rei tam ſacræ & religioſæ ſuperſtitionem aliquam miſceri contingeret, parum enim diſtat ſuperſtitio ab impietate, licèt à religione & pietate cauſam habeat. Semper enim & ante omnia obſeruandum eſt, vt iuſiurandum ſit licitum, eáque cognitio in iudicis æſtimatione eſt, & moderationem plerunque exigit, ne fiat illicitum, quod alioquin eſſet licitum: cæterùm vbi conſtat licitum eſſe iuſiurandum, per quod ſibi quis iurari voluit, dubitari non debet quin idoneum ſit, & eo ipſo modo, quo delatum eſt, præſtãdum, tuendúmque, vt ſequitur *in l. non erit* 5. *in princip. infr.* Ergo ſi detuli tibi iuſiurandum, vt per Deum iures, tu verò per caput tuum iuraſti vel filiorum tuorum, non erit ratum habendum iuſiurãdum, vt ex Vlpiano & Paulo ſubiicitur in hoc *§. & in legib. ſeqq.* quia non eo modo iuraſti quo delatum tibi fuit. Sic dicimus reſtituta hereditate fideicommiſſaria non tranſire actiones ex *S C. Trebelliano* niſi reſtituta ſit eo modò quo teſtator voluit *l. ſed etſi ante* 10. *iunct. § vlt. l. præced. infr. ad Senatuſconſultum Trebellianum l. ſi mulier* 59. *§. ex aſſe infra de iur. dot.* Idque Accurſius etiam adnotauit.

4. PAVLVS libro 17. ad Edictum.

VEl filiorum tuorum.

*Ad l. Vel filiorum tuorum.*

RAT. DVB. Iurandum eſt per Deum & per creatorem, non per creaturam aliquam, alioqui quid religionis & ſanctitatis obſecro in iureiurando eſſe poteſt, ſi alij quàm Deo, & per alium quàm per Deum iuretur? Atquin is qui per caput ſuum iurat vel filiorum ſuorum, per creaturam iurat, non per creatorem. non eſt igitur licitum hoc iuſiurandum, nec permittendum. DEC. Qui iurat per caput ſuum vel filiorum ſuorum, per ſalutem ſuam aut filiorum ſuorum iurare intelligitur, ac proinde reſpectu diuini numinis, à quo ſolo cuiuſlibet ſalus pendet *l. qui per ſalutem* 33. *infr.* licitum ergo iuſiurandum eſt, licèt nulla Dei mentio fiat, quemadmodum & ſi quis per genium Principis aut per ſalutem Cæſaris quod idem eſt, iurari ſibi velit *l. ſi duo* 13. *§. vlt. inf.* Placet tamen quod noſtri notant, hodie inter Chriſtianos iurandum eſſe Deo & per Deum nominatim, non per creaturam, licèt prætextu diuini numinis iuratum eſſe videatur.

5. VLPIANVS libro 22. ad Edictum.

NOn erit iuratum habendum iuſiurãdum. quòd ſi exegi, vt per ſalutem tuam iurares, & iuraſti: ſtabitur. omne enim omnino licitum iuſiurandum, per quod voluit quis ſibi iurari, idoneum eſt, & ſi ex eo fuerit iuratum, prætor id tuebitur.

*Ad l.*

*Ad l. Non erit 5.*

RAT. DVB. Nihil refert quid ex æquipollentibus fiat *l. vlt. infr. mandat. l. mulier 22. in princip. verſ.* Biaſidas *infr. ad S C. Trebellian.* Atqui iuſiurandum Deo præſtitum æquipollet iuriiurando præſtito per ſalutem, aut per caput iurantis. Fuerunt enim iuriſiurandi verba illa ſolemnia, *ita me Diſpiter ſalua vrbe arceque bonis eijciat, vt ego hunc lapidem*, vt ex Cicerone, Sexto Pompeio, Plauto, & Polybio tractat *Cuiac. lib. 2. Obſeruat. cap. 21.* nec negari poteſt quin is qui iurat per ſalutem ſuam, iuret etiam reſpectu diuini numinis *l. qui per ſalutem 33 infr.* vt diximus *ad leg. praceden.* Ergo ratum habendum eſt iuſiurandum quo quis per caput ſuum aut per ſalutem ſuã iurauit, quamuis delatum ei fuerit vt per Deum iuraret.

DEC. Iuriſiurandi delata condicio implenda eſt, vt & aliæ ferè omnes in forma, vt noſtri loquuntur, ſpecifica *l. qui heredi 44. l. Mænius 55. infr. de cond. & demonſtr.* Non autem impletur in forma ſpecifica, cùm is cui delatum eſt iuſiurandum, vt per Deum iuret, iurat per caput ſuum aut filiorum ſuorum: nec ergo videtur præſtitum, ac proinde ex integro ſolemniter iurandum eſt. vt idem Vlpianus noſter ſcribit in *l. qui per ſalutem*. Planè ſi exegerim à te vt per ſalutem tuam iurares, & tu per caput tuum iuraueris, puto huic iuriiurando ſtandum eſſe: idque Vlpianum hîc ſentire, iuncto principio huius legis cum fine legis præcedentis. Quaſi nihil interſit, quomodo nihil proculdubio intereſt, niſi nudo verborum ſono, an quis per ſalutem ſuam iuret, an per caput ſuum: vt eque vſurpari hoc caſu poteſt quod obiecimus, nihil referre quid ex æquipollentibus fiat: nam ſic locũ hũc intelligere quomodo noſtri vulgo intelligũt, vt iuriiurando ſtandum ſit ſi is cui delatum eſt iuſiurãdum vt per ſalutem ſuam iuret, per ſalutem ſuam iurauerit, ridiculum eſt, & extra omnem omnino dubitationem, cùm nec dubitandi cauſa vlla ſit quin ſic deferri iuſiurandum poſſit, vt per ſalutem tuam iures. Quid ergo ſi cùm tibi delata eſſet condicio iurãdi per tuam ſalutem, iuraueris per caput filiorum tuorum? Oſtendit. n. lex præcedens nihil intereſſe an per tuum an per filiorum tuorum caput iures. Sed non puto. Aliud enim eſt iurare te per tuam ſalutem, aliud verò per caput filiorum tuorum. Nam etſi delatum tibi eſſet, vt per caput tuum iurares, adhuc aliud eſſet ſi per caput filiorum tuorum iurares, itémque ſi vt per ſalutem tuam iurares, non poteras iurare per ſalutem filiorũ tuorum. Alia enim eſt ſalus tua, alia verò ſalus filiorum tuorum. Nec argumẽtum contra nos ſumi poteſt ex lege præcedente, quæ alterius Iureconſulti & Pauli eſt, non Vlpiani. Erit tamen bona comparatio ſi detulerim tibi iuſiurandum, vt per ſalutem iures tuorum filiorum, túque per eorum caput iuraueris, aut contra, nam inter caput & ſalutem nihil intereſt, niſi verborum ſono, vt dixi.

a *Omne enim omnino licitum iuſiurandum.* Malè Accurſius noſter ſubiicit exceptionem: Niſi ſpecialiter à iure prohibeatur, *ex §. ſed ſi quis inferret leg. quæ ſub condicione 8. infr. de condict. inſt.* Non enim licitum poteſt videri iuſiurandum quod à iure prohibitum eſt vt in *dict. §. ſed ſi quis*, vbi diſertè illicitum appellatur. Quod verò à Prætore remittitur, vt in ſpecie *d. l. quæ ſub condicione*, non quidem illicitum eſt, ſed tamen eſt inutile tum quoque cum ab eo præſtitum eſt qui iurauit ſe daturum aliquid, vel facturũ, niſi det poſtea vel faciat, nec ad aliud prodeſſe poteſt quàm ad præbendam cauſam periurij, ideóque benè ac ſapienter Prætore à remittendum illud putauerunt *l. hac ſcriptura 26. infr. de condict. & demonſtr.* Sed non pertinet iuſiurandum illud niſi ad inſtitutiones & legata vel fideicommiſſa quibus iurandi condicio adſcripta eſt, nos de eo loquimur quod ab vno ex litigatoribus delatum eſt alteri ſiue in iudicio ſiue extra iudicium, quod cùm licitum eſt, nunquam à Prætore remittitur, ſed ab eo ſolo remitti poteſt qui detulit ſi fortè contentus ſit voluntate ſuſcepti iuriſiurandi *§. vlt. & l. prox. infr.* Illud certè non malè Accurſius ex hoc loco notat, ſatis eſſe ſi fiat aliquid ad voluntatem eius cui ſit. Id enim demum ac propriè ſatisfacere eſt *l. rem 9. §. omnis pecunia, infr. de pign. act. l. item liberatur 6. §. 1. quib. mod. pig. vel hypoth ſolu. l. 3. §. necnon illud quoque de in rem verſ. l. 1. ſup. qui ſatiſd. cogan. l. ſatisfactio 52. de ſolut.* Iunge quæ ſcripſimus ad *§. vlt. l. 3. ſup.*

1 ¶ Diuus Pius iuriiurando, quod propria ſuperſtitione iuratum eſt, ſtandum reſcripſit.

*Ad §. 1. Diuus Pius.*

Habet hic §. duplicem lectionem, affirmatiuam vnam quæ ponit Diuum Pium reſcripſiſſe ſtandum eſſe iuriiurãdo, quod propria iurantis ſuperſtitione iuratum ſit, negatiuam alteram huiuſmodi iuriiurando ſtandum non eſſe. Qui affirmatiuam probant, intelligunt de ſuperſtitione propria publicè non improbata, qui verò negatiuam, de propria ſuperſtitione publicè improbata. Caſtrenſis qui negatiuam magis probat, benè ponit reſcriptum hoc Diui Pij ad eum caſum pertinere, quo iuſiurandum ſimpliciter delatum ſit inter eos qui ſint eiuſdem religionis, quorum tamen alter propriam aliquam ſuperſtitionem habeat ſecundùm quam iurauerit: ſed non probo exemplum quod ille adfert de eo qui iurauit per aliquem ſanctum, inquit, in quem habebat deuotionẽ. Religio enim hæc & deuotio non ſuperſtitio eſt: nec video quodnam exemplum huius §. adferri poſſit apud Chriſtianos, qui propriam ſuperſtitionem nullam agnoſcunt, quæ non ſit publicè improbata, qui tamen caſus tractatur in *§. ſeq.* Reſcribebat enim Diuus Pius ad paganos & infideles, quorum tot erant ferè ſuperſtitiones, quot capita, cùm vix eſſet quiſquam qui non proprium aliquem Deum peculiari aliqua ſuperſtitione coleret: niſi fortè ad Chriſtianos potius reſpexit Diuus Pius quorum religionem ethnici paſſim vocabant ſuperſtitionem, præſertim verò Vlpianus noſter, vt fuit ille nomini Chriſtiano infeſtiſſimus, adeò vt Chriſtianos exorciſmis vtentes, impoſtores appellet in *l. 1. 1. § medicos infr. de extr. cognit.* quod iam alio loco à nobis obſeruatum eſt. Senſus igitur erit, ſi paganus iuſiurandum Chriſtiano deferat vt iuret fortè per Iouem aut genium aut ſalutem Cæſaris aut per ſalutẽ ſuam vt in *l. ſi duo 13. §. vlt. l. qui per ſalutem 33. inf. hoc tit.* Chriſtianus autem quia per creaturam iurare prohibetur, iuret per Chri-

Digitized by Google

ſtum, aut vt paſſim hodie fit, per ſacroſancta Chriſti Euangelia, non eſſe ſtandum huic iuriiurando tanquã præſtito contra formam delatam & ex propria ſuperſtitione iurantis. Ita n. Vlpianus & Diuus Pius loquerentur. Atqui hoc iniquiſſimũ fuerit: ſic namq; eueniet, vt tali delato iureiurãdo quale Chriſtianus ſua religione præſtare prohibeatur, nunquã poſſit ille iurando vincere, cùm tamẽ pagano lis eſſe poſſit cum Chriſtiano, iuris autem ratio faciat, vt inter quos omnes lis eſſe poteſt, decidi quoque lites & controuerſiæ iureiurando poſſint, quamuis Romanorum legib. & moribus Chriſtiana religio publicè improbata eſſet, non minùs quàm hodie apud nos Mahumetica: nõ igitur defendi poteſt negatiua lectio, ſed affirmatiua qualis eſt Florentina, omnimodo retinẽda eſt, vt huic iuriiurando quod Chriſtianus iuxta ſuam religionem præſtiterit, ſtandum ſit, licèt contra formam delatam præſtitum fuerit. Eóq; iure paſſim vtimur. Nam ſi hodie Catholicus hæretico deferat iuſiurandum vt iuret ſuper veneranda Chriſti crucifixi imagine, vt Catholicis moris eſt, aut ſuper ſacroſancto miſſæ Canone aut ſuper ſanctis Diui Antonij reliquiis: hæreticus verò cuius impietas & imaginem Crucifixi, & Miſſæ canonem & omnes omnium ſanctorum reliquias ridet, per ſacroſancta Dei Euangelia iuret, ratum habetur iuſiurandum. Alioqui ſic, vt diximus, delato iureiurando, nulla iurandi ratio hæretico ſupereſſet. Proinde ſi Mahumetano etiam apud Chriſtianum iudicem litiganti cum Chriſtiano quod Venetiis & aliis pleriſque locis ſæpe accidit, Chriſtianus deferat iuſiurandum Mahumetano vt iuret per Chriſtum in quem Mahumetanus non credit, ille verò per Mahumetum ſuum iuret, non dubito quin ratum haberi debeat iuſiurãdum, quamuis Mahumetana ſuperſtitio & impietas publicè apud nos improbata ſit, quia Mahumetano Mahumetus pro Chriſto eſt, adeò vt ſi è contrario iuraret per Chriſtum, non eſſet ei credendum, quia id ageret ſanè vt Chriſtiano illuderet, nõ vt ſerio iuraret, perinde ac ſi Chriſtianus per Mahumetũ apud Mahumetanos. Nam apud Chriſtianos tale iuſiurandum nec per iocum in re tám ſeria tantique momenti ferenda eſſet. Ex quo apparet quàm malè hic §. à Bart. Caſtrenſi & aliis interpretibus acceptus ſit, qui hunc §. reſtringunt ad eum caſum quo iuſiurandum ſimpliciter delatum ſit, nullo modo ſpecialiter expreſſo, & inter eos qui ſint eiuſdem ſectæ, aut ſi inter eos qui ſint diuerſæ, ad eum caſum quo delatum ſit iuſiurandum per Deum eius cui defertur, non per Deum deferentis. Quod eſſet ridiculum & contra §. *ſed ſi illicitum infr.* vbi dicemus. Nec dubitandi cauſa vlla, cur non huic iuriiurando ſtandum eſſet, quod præſtitum inueniretur quale delatum fuiſſet. Ratio igitur dubitandi ad hunc §. illa eſt, quòd iuſiurandum tale præſtari debeat quale delatum eſt. Sed decidendi illa fortior, quòd cùm iuſiurandum Deo præſtetur, & in teſtimonium religionis non minùs quàm veritatis, permittendum eſt ei cui defertur, vt iuret ſecundum propriam ſuam ſuperſtitionem quæ vnicuique pro religione eſt. Et ſufficit hoc caſu præſtari per æquipollens iuſiurandum, quod nec aliter præſtari poſſet. Facit enim neceſſitas licitum quod alioquin eſſet illicitum.

2 ¶ Dato iureiurando, non aliud quæritur, quàm an iuratum ſit: remiſſa quæſtione, an debeatur: quaſi ſatis probatum ſit iureiurando.

*Ad §. 2. Dato iureiurando.*

RAT. DVB. Etiam poſt præſtitum iuſiurandum, multæ tamen poſſunt ſupereſſe quæſtiones, puta vtrum iuratum ſit iuxta formam delatam *l. 3. §. vlt. ſupr.* aut an priuſquàm iuratum ſit delatio fuerit reuocata *l. ſi quis iuſiurandum 11. Cod. hoc tit.* item an delatum fuerit ab eo qui ius habuit deferendi, aut præſtitum ab eo qui ius habuit iurandi *l. nam poſteaquàm 9. §. iuſiurandum l. iuſiurandum quod 17. §. vlt & l. ſeq. l. tutor 35. in princip & §. 1. infr.* Ergo etiam dato iureiurando aliud quærendum eſt, quàm vtrum iuratum fuerit. DEC. Semper præſupponendi ſunt termini habiles *l. 1. § vlt. infr ad SC. Tertyll. l. tutor 35. §. 1. inf. hoc tit.* Proinde cùm loquimur de iureiurando delato & præſtito, de eo intelligere debemus quod rectè delatum & ritè præſtitum ſit, nec vnquam reuocatum. Et cùm ait Vlpianus poſtquàm iuratum eſt non aliud quæri quàm an iuratum ſit, excludit duntaxat quęſtionem an debeatur. quaſi hoc ipſum ſatis probatum ſit iureiurando, vt ſcriptum eſt *in hoc §. & in d. l. nam poſteaquam 9. in princip & §. 1. l. in duobus 28. §. vlt. infr. l. poſt rem iudicatam 56. infra de re iudic.* Sic dicimus in actione in factum, quæ competit ad precium recuperandum ſi mancipium redhibitum fuerit, non illud quæri, an mancipium in cauſa redhibitionis fuerit, ſed hoc tantùm, an ſit redhibitum *l. quòd ſi nolit 31. §. in factum 17. infr. de ædilit. edict.* Interdum tamen etiam poſt pręſtitum iuſiurandum ſupereſt quæſtio an debeatur, vt in ſpecie *l. admonendi 31. infr. l. vlt. C. eod. l. ſi legatarius 23 ſupr. de dolo.* Sed omnes illi caſus ſpeciales ſunt, & ſpecialem habent rationem quæ ex ipſis legum verbis colligi facilè poteſt, habet ergo iuſiurandum maximè vim probationis ſicut & tranſactionis, & rei iudicatæ *l. 2. l. qui iuraſſe 26. § vltim. & l. ſeq. infra.*

3 ¶ Sed ſi quis illicitum iuſiurandum detulerit, ſcilicet improbatæ publicè religionis: videamus, an pro eo habeatur, atque ſi iuratum non eſſet: quod magis exiſtimo dicendum.

*Ad §. 3. Sed ſi illicitum.*

RAT. DVB. Non habet, quod conqueratur ille cui iuratum eſt ad eum modum quo ipſe detulit, cùm nulla volenti fiat iniuria *l. in diem 9. §. 1. infr. de aqua & aqua pluu. arcend.* iuncto principio huius legis. Ergo nil attinet diſtinguere, an licitum iuſiurandum ſit an illicitum, ſed illud tantum inſpicere oportet, an præſtitum ſit eo modo quo fuit delatum. DVB. Prius eſt, vt iuſiurandum bene deferatur, quàm vt bene præſtetur. Non autem poteſt videri

bene

bene delatum, & iure, ſi ſit illicitum & irreligioſum, cùm in omni iureiurando pietas maximè ac religio debeat elucere. Iuratur enim Deo aut ſaltem reſpectu diuini numinis, & in venerationem non in contemptum ipſius *l. qua ſub condicione 8. infr. de condic. inſtit. l. qui per ſalutem 33. infr. hoc tit.* Illicitum ergo eſt iuſiurandum omne quod eſt irreligioſum, puta ſi quis apud nos deferat iuſiurandum, vt per capillos vel per viſcera Dei iuretur, quod exemplum adfert Bartolus. Blaſphemia enim eſſet, quæ etiā pœnam mereretur. Aut ſi Chriſtianus Chriſtiano deferat iuſiurandum vt iuret per Dianam aut Apollinem, vt apud Accurſium. Eſt enim hoc iuſiurandū improbatæ publicè religionis. *Itaq;* quamuis permittatur ei cui iuſiurandum licitum delatum eſt, vt per ſuam propriam ſuperſtitionem iuret, quamuis publicè improbatam ſicuti diximus ad §. *Diuus Pius ſupra* non tamen permittitur ei qui iuſiurandum defert, vt illicitū deferat & religionis publicè improbatæ. An enim licitum vel illicitum ſit iuſiurandum quod præſtandum eſt ex delatione ipſa æſtimari debet non ex præſtatione. Quiſquis enim iuſiurandū defert, tale deferre debet quale præſtare ipſe poſſit ſi referatur *l. iuſiurandum & ad pecunias 34. §. datur autem infr.* Et iuramentum quod defertur, argumentū præbet religionis non perſonæ illius, cui defertur, ſed eius qui defert. Nullius ergo momenti eſt iuſiurandum illicitum, vt neque probationis neque ſententiæ neque tranſactionis vim habeat, & ideo perinde habetur, ac ſi non eſſet iuratum.

4 ¶ Si neque iuratum eſt, neque remiſſum iuſiurandum: pro eo debet haberi, atque ſi res in iuſiurandum admiſſa non eſſet, proinde ſi poſtea iurare paratus ſit, nihil ei hoc iuſiurandum proficiet: quia ex eo, quod delatum eſt, iuratum non eſt.

*Ad §. vlt. Si neque.*

RAT. DVB. Quod factum eſt, non poteſt haberi pro infecto *l. in bello 12. §. facti infr. de captiu. & poſtlim.* nec rurſum poteſt quiſquam mutare conſilium in alterius iniuriam *l. nemo poteſt mutare 75. de reg. iur.* Atquin is qui ſemel iuſiurandum detulit, hoc ipſo iudicem conſtituit aduerſarium in cauſa propria *l. 1. in princ. infr. quar. rer. act. non det.* Non ergo poteſt recuſare quominus iuret aduerſarius etiam ex interuallo neq; ex pœnitentia delationem reuocare, ſed ſibi imputare debet cur ſemel voluerit *l. in diem 9. §. 1. infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Aut cur delationi nō iniecerit condicionē ſi incontinenti iuraretur? Loquimur. n. de pure facta delatione, cui tacitam condicionem addi quæ expreſſa non ſit, facile non oportet *l. ſi ita ſtipulatus 126. § Chryſogonus in fin. de verb. oblig.* Sunt. n. odioſæ condiciones omnes, per quas ſcilicet fit vt actus condicionalis reuocari poſſit, & haberi pro nō facto ac ſi nunquam interueniſſet *l. pecuniam 36 ſup. tit. 1.* quomodo & lex cōmiſſoria in venditionib. odioſa creditur, quia reſoluit vēditionem *l. Æmilius Larianus 41. ſupr. de minor. l. 1. 2. & paſſ. infr de leg. commiſſ.* Maximè verò cū iuriſiurandi religio tanti momēti ſit, vt nihil imputari poſſit ei, qui poſt delatū ſibi iuſiurandum nō tam facilis eſſe voluit ad iurandū, ſed deliberare maluit an iurare expediret, aut referre *l. qua ſub condicione 8. de condic. inſt. l. iuſiurandum & ad pecunias 14. §. 1. inf hoc tit. l. illud aut illud 21. §. 1. inf de pecun. conſtit.* Dec. Iuſiurandum pro pacto conuento cedit *l. iutor 35 §. 1. infr. hoc titu.* vnde & tranſactionis ſpeciē continere dicitur in *l. 2. ſupr.* In omni autem pacto, conuentione & contractu conſenſum vtriuſque paciſcentium & contrahentium concurrere oportet *l. 1. ſupr. de pact. l. in omnibus rebus 55. infra de oblig. & actio.* ac proinde interuenire eodem tempore, alioqui non poſſunt videri cōcurrere, quæ fiunt diuerſis temporibus. Conſenſus autem illius qui defert iuſiurandum interuenit in ipſa delatione, illius verò cui iuſiurandum defertur, in acceptatione & ſuſceptione iurandi: ſuſcipi ergo iuſiurandum oportet & acceptari ſtatim & incontinenti, hoc eſt, priuſquam diuertatur ad alia negotia *l. duos 6. §. vlt. infr. de duob. reis l. continuus 137. in prin. de verb. oblig. l. 1. § item ſi ita infr. ad l. Falcid.* non autem ex interuallo, ne facile eueniat, vt quo tempore reus ſuſcipere iuſiurādum volet, is qui prius detulit, nolit iam deferre, niſi fortè qui detulit perſeueret inſtare vt iuſiurandū vel præſtetur, vel referatur, tunc enim iurari etiam ex interuallo poſt nouam delationem poteſt, ſed quaſi ex noua voluntate, nouáque delatione, nec quod purè ac ſine vlla cōdicione facta ſit delatio, ad rem facit. Tanto magis n. agnoſci & ſuſcipi ſtatim debuit nulla interpoſita dilatione, nam quemadmodū quod purè promittitur, ſtatim debetur, ita quod purè defertur, ſtatim agnoſcendum & expectandum eſt, aut nunquam. Et ſicuti aliquando accidit vt pura ſtipulatio ex re ipſa dilationē capiat *l. interdum 73. de verb. oblig.* ita & nonnunquā vt condicio tacitè aliqua ineſſe intelligatur, etiā cùm actus purus eſt, nēpe cùm ex eo de quo agitur, intelligi id poteſt, vt Paulus loquitur in *d. §. Chryſogonus in fi.* In propoſito autē natura rei de qua agitur, id eſt, delati iuriſiurandi ita fert vt etiā ſi pure fiat, condicionē tamen tacitam habere videatur, ſi incontinenti iuſiurandum ſuſcipietur, aut referetur vt neutro ſecuto ſit locus pœnitentiæ, & deferēs reuocare delationē poſſit, poſtquam verò ſuſceptum eſt iuſiurandum, non eſt locus pœnitentiæ, quamuis nondū iuratum ſit non magis quàm ſi iuratum eſſet, niſi hactenus vt is qui iuſiurandum detulit, gratiam iuriſiurādi facere poſſit, hoc eſt, iuſiurandum ei remittere, cui delatum eſt, & eum qui iuraturus fuit, habere pro iurato, vt dicemus *in l. ſeq.* aut niſi poſt delatum iuſiurandum, ſuperueniant nouæ probationes, quibus malit actor confidere, quā lubrico periurij rem committere, vt in *leg. ſi quis iuſiurandum 1. C. hoc tit.* Contra pericoli meo eo iure paſſim vtimur, vt in ipſo quoque procinctu iurandi reuocari iuſiurandum poſſit, etiamſi non modò ſuſceptum ſit ab eo, qui iurare debeat, ſed etiam ſi iudex iuſiurandum admiſerit, & interlocutus ſit iurari oportere. Solemus enim dicere, interlocutionem de iurando nunquam tranſire in rem iudicatā quouſque iuratum ſit: itaque tametſi iudex pronunciauerit ex delatione iurari oportere, intra certum diē (plerunque autem octauus dies in eam rem præſtituitur) liberum eſt ei qui detulit, pœnitere impunè, id eſt, nullis ob eam cauſam refuſis ſumptibus, multo magis autem intra tēpus, quod dari ſolet ei, cui iuſiurandum delatum eſt, ad deliberandum verum

iurare velit, an alio modo intentionem actoris excludere ſuámque probare, nec enim aut iurare, aut referre, aut ſoluere cogendus eſt, ſi per teſtes, aut per inſtrumẽta probare malit. Adeò plerique ſunt timidi metu diuini numinis, & ad ſuperſtitionem vſque vt nec de ea re, quam certiſſimam eſſe ſciant, iurare velint *d.l. qua ſub condicione*, in quo certè modeſtius faciũt, nec tantùm modeſtius, vt illi qui referre malunt, quàm iurare *d.l. illud 25. §. 1. inf. de pecun. conſt.* ſed etiam longè certius. Quod autem datur iis tempus ad deliberandum, ex *dict. l. iuſiurandum & ad pecunias 34. in pr. infr.* non impedit quominus ſuſcipere iuſiurandum poſſint, etiamſi ex interuallo id fiat inſtante ſcilicet ac vrgente non tantùm aduerſario, ſed etiam iudice. Cæterùm poſteaquam delatum ſuſceptúmque eſt iuſiurandum, non eſt ei permittendũ, qui detulit, vt reuocet, niſi ex iuſta cauſa: vt puta ſi quis eaſdem probationes habebat tempore delati iuriſiurandi quas nunc habeat: ſibi enim debet imputare qui vltro detulit, cùm non cogeretur, *d.l. iuſiurandum 4. §. datur autem infr. l. 3. §. vlt. & l. ſeq. infr. vt in poſſ. legat. l. qui bona fide 13. §. de illo infr. de damn. infect.* Prudenter itaque faciet is, cui iuſiurandum delatũ eſt, ſi petat tempus ad deliberandum, non an iurare velit, aut referre, ne locum pœnitentiæ relinquat, ſed qua de re, aut ad quam formam iuraturus ſit, vt hîc Bartol. notat, ex *d.l. iuſiurandum in prin.* Quamuis nec quicquã vetet peti tempus ad deliberandũ ante acceptationẽ, vt tutius, & minore periurij periculo iuretur. Iſq; proculdubio ſenſus eſt Vlpiani, in *d. l. iuſiurandũ*, vt benè ad illũ locũ Caſtrenſis, niſi malis noſtram interpretationem probare, quã ad eum locũ adferemus: nec. n. ideò verendũ eſt, vt iuſiurãdum delatum reuocari faciliùs ſine cauſa poſſit, aut vt præſtari minùs poſſit, quaſi ex interuallo, cùm tẽpus mediũ quod ad deliberandum petitur, & indulgetur cõiungat extrema delationis & acceptationis, vt negari nõ poſſit iuratũ eſſe ex eo iureiurãdo quod delatũ eſt. Multũ verò intereſt, an remiſſũ ſit iuſiurandũ, an reuocatum. Remiſſum. n. habetur pro præſtito, vt dicemus ad *l. ſeq.* ſicut & illud quod habetur pro remiſſo de quo in *l. ſi non fuerit 37. infr. hoc titul.* Reuocatum autem pro nec delato, nec tantùm ſi reuocatum ſit, ſed etſi nulla reuocatione interueniente, neque iuratum ſit, neque remiſſum iuſiurandum: perinde namque haberi debet, ac ſi res in iuſiurandum admiſſa non eſſet, vt hîc Vlpianus ſcribit: ſed non iuratum intellige, ſi nullo modo iuratum ſit, id eſt, neque ex delatione neque ex relatione.

6. PAVLVS libro 19. ad Edictum.

REmittit iuſiurandum, qui deferente ſe, cùm paratus eſſet aduerſarius iurare, gratiam ei facit, contentus voluntate ſuſcepti iuriſiurandi. Quod ſi non ſuſcepit iuſiurandum, licet poſtea parato, iurare actor nolit, non videbitur remiſſum, nam quod ſuſceptum eſt, remitti debet.

*Ad l. Remittit iuſiurandum 6.*

Hæc lex eſt de remiſſo iureiurando, id eſt, quod delatum quidem ſuſceptumque, ſed tamẽ nec præſtitum adhuc, nec amplius præſtandum eſt, quod accidit, cùm is qui detulit, contentus eſt voluntate ſuſcepti iuriſiurandi, habetq; id pro præſtito. RATIO DVB. Fieri facilè poteſt, vt qui iuſiurandum ſuſcepit fingens paratum ſe iurare, nunquam tamen iuraturus ſit, aut conſcientia mendacij, aut etiamſi maximè antea iurare paratus fuit, mutata ſubinde voluntate, iniecto fortaſſis ſcrupulo, propter quem non modò iuſiurandum relaturus, ſed etiam litem omiſſurus, & amiſſurus ſit, faciliùs quàm iuraturus. Longè enim aliud, & quidem multo periculoſius eſt iurare, quàm iuſiurandum ſuſcipere. Peierat, qui malè iurat, non etiam is qui delatum ſibi iuſiurandum duntaxat ſuſcipit. Ideóque ſolent iudices, & debent eum qui iurare paratus eſt, piis, variiſque exhortationibus, propoſita diuinę vltionis comminatione conſcientiã hominis & inſtruere, & terrere, ne quid contemptu diuini numinis faciat, aut inconſideratius, quibus exhortationibus perſuaſi vel deterriti plerique, aut recuſant iurare, aut iurant timidius, ſępe etiã verius: quam ob cauſam illud quoque bene receptum eſt, vt is cui iuſiurandum delatum eſt, iurare per ſe debeat, non per procuratorem, qui huiuſmodi exhortationes parum curaturus ſit, tanquam in alterius animam, vt loquũtur, & alieno periculo iuraturus: niſi per ſe iurandi impoſſibilitas tãta ſit, vt neque is qui iurare debet, poſſit ad iudicem accedere, neque ad eum iudex: quo tamen caſu obſeruandum eſt, vt alius iudex ſubſtituatur in ea prouincia, eóque loco vbi iurari oportet, potiùs quàm vt per procuratorem iuretur: quæ res tamẽ magnorum ſumptuum plerumque materiam præbet, cùm eum cui iurandum eſt, adeſſe oporteat, & quidem ſumptibus illius, quem coram ſubſtituto iudice iurare neceſſe eſt. Ergo iuſiurandum remiſſum, non eo magis pro præſtito haberi debet, quod ſuſceptũ fuerit, cùm reuera non ſit præſtitum. DEC. Cùm ex delatione iuratur, non tam ſibi iurat is, qui iuſiurãdum ſuſcepit, quàm ei qui detulit: in cuius poteſtate fuerat, vt non deferret ſi vinci maluiſſet: quidni ergo ei licere debeat iuriſiurandi gratiam facere, & habere iuſiurandum pro præſtito contra ſe, ſi malit contentus eſſe voluntate ſuſcepti iuriſiurandi: ſiue quòd rem aliter ſe habere poſteà compererit, quàm ab initio crediderat cùm iuſiurandum deferret, ſiue quòd aduerſarium, qui iurare paratum ſe dicit, in eo eſſe videat, vt temerè ſit peieraturus? quod cùm accidit, valde prudentis, & pij hominis eſt, iuriſiurandi gratiam facere, potius, quàm ſua pertinacia in id adigere aduerſarium, vt peieret: nã nec citra peccatum mortale fieri hoc poſſet, ſi Diuo Auguſtino credimus, vt credere debemus, quoties is qui iuſiurãdum defert, certò ſcit aduerſarium peieraturum. Denique nihil tam naturale eſt, vt habet iuris regula, quàm vnũquodque diſſolui eo modo quo colligatum eſt, atqui iuriſiurandi non ſolùm voluntarij quod ex conuentione proficiſcitur *leg. iuſiurandum quod 17. inf.* ſed etiam iudicialis, quod in iudicio defertur, delatio tota pendet à voluntate deferentis, *l. qui iur. aſſe 26. §. vlt. & d. l. tutor pupilli 35. §. 1. inf.* Quidni ergo ex ſola deferentis voluntate reuocari poterit? Planè ſicuti non poteſt iuſiurandum reuocari, niſi quod delatum fuit; ita neque remitti niſi quod fuit ſuſceptum: & mutatio voluntatis ſuperueniens poſt delatum, & ante ſuſceptum iuſiurandum, non remiſſio, ſed reuocatio iuriſiurandi dicenda eſt. Eſt etiam quædam quaſi tacita remiſſio iuriſiurandi, de qua in *l. ſi non fuerit 37. inf.*

7. VLPIA-

7. VLPIANVS libro 22. ad Edictum.

AIt Prætor: *Eius rei, de qua iuſiurandum delatum fuerit: neque in ipſum, neque in eum, ad quem ea res pertinet; actionem dabo.* *eius rei* ſic erit accipiendum ſiue de tota re[a], ſiue de parte ſit iuratum. nam de eo, quod iuratum eſt, pollicetur ſe actionem non daturum: neque in eum, qui iurauit: neque in eos, qui in locum eius, cui iuſiurandum delatum eſt, ſuccedunt[b].

*Ad l. Ait Prætor 7.*

RAT. DVB. Iureiurando ſiue dato & præſtito, ſiue remiſſo, reus qui iurauit, acquirit ſibi exceptionem, *l. nam poſteaquam 9. §. 1. l. ſed ſi poſſeſſori 11. l. ſi duo 13. §. 1 dem Iulianus. & paſ. infr.* adeoque perpetuam *l. iuſiurandum à debitore 40. eod.* Atqui exceptio omnis præſupponit actionem, nec eam tantùm quæ competat, ſed etiam quæ inſtituta & propoſita ſit, cùm nihil aliud ſit exceptio, quàm actionis excluſio, & quædam velut eliſio *l. 2. in princip. & paſ. inf de except.* Implicat ergo contradictionem, vt prætor ex huius edicti verbis polliceatur ſe actionem non daturum aduerſus eum qui ex delatione iurauerit, & tamē ei qui iurauit det exceptionem, quandoquidem ſine actione agere nemo poteſt, *l. ſi pupilli 6. §. vlt. ſupr. de negot. geſt* niſi contra ſeipſum *l. quoties 9 §. & generaliter infr de admin. tutor.* DEC. Actiones omnes ciuiles competunt quidem ipſo iure, id eſt, priùs etiam quàm à prætore dentur, itémque prætoriæ nonnullæ, ſed tamen dantur omnes à prætore, tanquam ab eo qui ſit viua vox iuris ciuilis, *l. nam & ipſum 8. ſupr. de iuſtit. & iur.* Quamuis ergo non poſſit prætor ius ciuile tollere, nec quicquam facere contra leges, *l. necnon 28. §. quoad eius ſupr. ex quibus cauſ. maior. l. cùm ſponſus 12. §. ſi res. ſupr de Public in rem act.* prætoris tamen eſt ſicuti actiones iure competentes dare petentibus, ita & denegare ſi iuſtam denegandi cauſam ſubeſſe videat, vt in ſpecie *l. neceſſarius 57. infr. de acquir h. red.* nec enim prætor cùm ita facit, tollere dicitur ius ciuile, aut aliquid contra ius aut leges facere, ſed aſperitatem iuris ciuilis æquitate ſumma corrigere ac temperare, quod ei facere licet, *Inſtit. de bonor. poſſ in princip.* Nam & cùm Prætor dat actionem ſub exceptione, aut exceptionem ſub replicatione, dicitur emendare exceptionem per replicationem, & actionem per exceptionem *l. in duobus 28. §. ſi ei qui. infr. h. tit.* Eſt igitur in poteſtate prætoris, à quo petitur actio, poſt præſtitum ex delatione iuſiurandum, vt vel actionem omnino deneget, ex verbis huius edicti, ſi nihil allegetur eorū quæ diximus ad *l. 5. §. dato iureiurando. ſup.* poſſe obiici aduerſus iuſiurandum præſtitum, vel ſi quā adhuc ſubeſſe controuerſiam videat, ſiue de eo ambigatur an iuratum ſit, ſiue, quod effectu idem eſt, an ritè rectéq; iuratum ſit *l. qui per ſalutem 33. inf.* actionem det quidem, ſed ſub exceptione *d. l. nam poſteaquàm 9. in princ. & §. 1. inf.* Imò interdū etiam ſine exceptione, ſi fortè per obreptionem petita ſit actio, & impetrata nullius iuriſiurandi facta mentione. Poteſt enim poſtea & apud iudicem datum allegari exceptio iuriſiurandi, etiamſi omiſſa eſſet in formulâ ſi modò iudiciū eſſet bonæ fidei, cùm huiuſmodi iudiciis inſint exceptiones omnes etiam iuriſiurandi non minùs quàm pacti & doli *l. ſed ſi ideo 2. ſolut. matrim. l. huiuſmodi 84. §. qui ſeruum de legat. 1. l. 3 infr. de reſcind. vendit.* Parū verò intereſt, ſi effectum rei inſpicias, an actionem alicui deneget prætor, an verò det aliquā cum exceptione, cui locus eſſe poſſit, *l. nihil intereſt 112. iunct. l. Marcellus 66. de reg. iur.* Et quemadmodum ſolemus dicere, ei cui damus actionem, multò magis exceptionē dandam eſſe, *l. inuitum 156. §. cui damus eod. l. 1. §. is autē infr de ſuperfic.* ita & dicendū eſt, cōtra eum cui actio denegatur, multò magis exceptionē dari oportere. Sic dicimus ex *SC. Maced.* nullam ei, qui contra Macedonianum filiofa. pecuniam credidit, petitionem actionémve eſſe. *l. 1. infr. de SC. Maced. & ex SC. Velleiano* nullam ſimiliter contra mulierem, quæ aduerſus SC. interceſſit, *l. 2. ad SC. Velleian.* nec tamen in iis titulis quicquam frequentius eſt, quàm vt mētio exceptionis fiat, vt & in *l. qui exceptionem 40. de cond. indeb. & alibi paſ.* Sed non patiar cum Accurſ. Bartolo, & Caſtr. dicas, verba illa edicti *actionem non dabo*, id ſignificare, vt actio competens tollatur, non ipſo iure, ſed ope exceptionis. Neutrum enim verum eſt, & ſignificatur iis verbis denegari actionē à Prætore, vt in *d. l. neceſſarius*. Actio autē, quæ denegatur, nec tollitur ipſo iure, nec per exceptionem: nō ipſo iure; quia non aliter poteſt denegari quā ſi petatur, ſicuti nec concedi *l. 4. §. hoc autem iudicium infr. de damn. infect.* peti autem nō aliter iure poteſt, quàm ſi competat ipſo iure, nō etiam ope exceptionis, quia actio quæ denegatur, nunquam proponitur, nec vlli exceptioni locum admittit. Sed & defendi poteſt, cōtra omnes Interpretum omnium ſententias per iuſiurandum nouari actionem, ideoque tolli ipſo iure cùm habeat vim nouationis & delegationis *l. qui iuraſſe 26. §. vlt. infr.* vbi dicemus, vt proinde quod ait prætor, ſe actionem non daturum in eum, qui iurauit, rationem illam habeat, quia nec vlla competit: alio ſenſu quàm quo ſcriptum eſt in *d. l. neceſſarius* actiones hereditarias in ſuum heredē, qui bonis patris ſe abſtinuit denegari. Quāquam nihil vetat obrepi prætori, & actionem ab eo impetrari tacito iureiurando. quo caſu exceptio neceſſaria ſit: illud certè conſtat exceptionem, quæ ex huiuſmodi edicto competit, talem eſſe vt vim habeat exceptionis litis finitæ, & ex earum numero ſit, quæ impediunt litis ingreſſum non minùs quā exceptio tranſactionis aut doli, ex cauſa interpoſitæ tranſactionis *l. eleganter 23. § ſi poſt tranſactionem. verſ. potuit autē quis infr. de cond. indeb.* Nam cùm id agit prętor, vt actionē alicui deneget, multò magis id curare debet, vt data actione, impediatur tamen litis ingreſſus, ſi fortè is qui conuenitur, opponat exceptionē, & quod magis eſt, eā probet ſtatim, aut ſaltem petat dilationem, ad eam probandā, quæ non eſſet ſimiliter concedenda, ſi de ea exceptione ageretur, quæ nō eſſet litis finitæ, quāuis ingreſſum litis impeditura eſſet, ſi de ea in promptu conſtaret, vt ad Bart. tractat Caſtreoſ. *ex c. 1. de lit. conteſt. lib. 6.* addens alias pleraſque exceptiones quę impediūt litis ingreſſum, ſi ſtatim opponantur, & probentur, nec tamē ſunt exceptiones litis finitæ, inter quas ponit exceptionē præſcriptionis pacti de non adeundo iudice, cui ego addo exceptionem pacti de non petendo, itē exceptionē præiudicialem, & vulgatam illā, quam de euictione tenet, actio eundē agētem repellit exceptio. itémq; aliam quamlibet exceptionem notoriam, quia quæ ſunt notoria nō indigent probatione. Quarum exceptionum omniū ſingulare, aut potius commune

ius eſt, vt opponi poſſint & ante litem conteſtatam, vt dilatoriæ *l. exceptionem 19. C. de probat.* & poſt litem conteſtatam, vt peremptoriæ *l. præſcriptionem 8. C. de except.* nec minùs tamen impediant litis ingreſſum, ſi modò ab initio allegentur, & incontinenti probentur, ita vt hoc caſu non ſit in arbitrio, & poteſtate iudicis differre pronunciationem ſuper his exceptionibus in longius tempus, non magis quàm iuris ordinem peruertere, vt ex Baldo notat hîc Caſtrẽſ. *ex cap. exhibita. extr. de iudic. l. 1. §. 1. ſupr. de fer.* alioqui remittendæ ſunt ad tempus vſque quod erit poſt litem conteſtatam, quod de dilatoriis & peremptoriis omnibus iuris eſt, ſi in vim peremptoriarum opponantur. Solæ præſcriptiones fori excipiũtur, quæ ab initio ita opponẽdę ſunt, vt opponi poſteà nunquam poſſint, *l. vlt. C. de except.* Coniungit Caſtrenſis ſupradictis exceptionibus exceptionem litis renuntiatæ, ſed non ſatis bene. Eſt enim hæc litis finitæ, ſi qua vſquam alia, cùm non meliùs finiri lis poſſit, quàm ſi liti renũciatum ſit, quod fiebat olim ſolemniter, & in iure *l. poſtquàm liti 4. C. de pact.* vt & repudiatio hereditatis *l. ſicut 4. C. de repud. vel abſtin. hered.* Planè, quoties exceptio, ſiue iuriſiurandi ſiue alia quælibet, altiorem requirit indaginem, dum ne ſit præſcriptio fori, differenda eſt pronunciatio, & in tempus litis conteſtatæ ex *d. l. nam poſteaquam 9. in princ. infr. l. ille à quo 13. §. ſi de teſtamento. verſ. quid ergo ad SC. Trebell. l. 3. in princip. inf. vt in poſſ. legat.*

a *Sine de tota re.* Rat. dub. Iuſiurandum habet ſpeciem, & vim rei iudicatæ, *l. 1. & 2. ſupr.* hactenus ſcilicet vt imponat finem liti, & controuerſiæ, quomodo imponit res iudicata *d. l. 1. in fi. l. 1. l. poſt rem iudicatam 56 infr. de re iudic.* Atqui non imponitur finis liti, ſi de parte tantùm iuretur: nam de alia parte lis ſupererit. Ergo vel nullomodo, vel de tota lite iurandum eſt. Quemadmodum, & ſi compromiſſum factum ſit, cogitur arbiter de tota cõtrouerſia ſententiam dicere, nec ſufficit vt de parte controuerſiæ pronunciet, *l. qualem 19. §. 1. ſupr. de recept. qui arbitr. recep. iunct. l. Pompon. 13. §. recepiſſe eod.* Dec. Boni prætoris eſt lites diminuere, quantum facere poteſt, vt ſi totam controuerſiam dirimere fortaſſis nequeat, ſaltem pro parte dirimat *l. quidam exiſtimauerunt 21. ſupr. tit. prox.* Ergo ſi tota controuerſia per iuſiurandum decidi non poſſit, non eò minùs permittendũ eſt, vt de parte litis iuſiurãdum & deferatur, & præſtetur. Tantò minor enim futura eſt reliqua controuerſia, tantoque faciliùs expediri alia ratione poterit, *l. de rebus 14. infr. rer. amot.*

b *Neque in eos qui in locum eius ſuccedunt.* His verbis videntur ſignificari ſucceſſores vniuerſales, ſiue iure ciuili ſuccedant, ſiue honorario, aut ex Senatuſconſultis, vel ex Conſtitutionibus, circa quos minor eſt dubitatio, cùm ſuccedant in vniuerſum ius quod defunctus habuit *l. nihil eſt aliud 24. de verb. ſignif. l. heredem 59. de reg. iur.* Et hæc quidem decidendi ratio eſt: ſed dubitandi illa, quòd iuſiurandũ ſit, quid tam perſonale, vt non niſi iurantis perſonam afficiat. Nec enim iurat quiſquam alienę animæ periculo, ſed ſuæ. Vnde eſt quod ſi quando petatur in integrum reſtitutio aduerſus contractum, qui iuratus ſit, abſolutio ei quidẽ qui iurauit neceſſaria eſt, ne alioquin obſtet illi exceptio periurij, at heredi eius non item, quia periurium in eum cadere non poteſt qui iurauit, tametſi in iurantis iura omnia ſucceſſerit. Nec enim ſuccedit heres quantumlibet vniuerſalis in iura illa perſonaliſſima quę perſonam defuncti egredi non poſſunt *l. ex pluribus 42. de adminiſtr. tutor. l. ſi ita expreſſum 69. de condic. & demonſtr. iunct. l. ſi ita legatum 65. §. illi ſi volet. de legat. 1. l. qui Romæ 122. §. Agerius. de verb. oblig.* quamuis faciliùs ſit vt perſonalia iſta tranſeant à defuncto in heredem, quàm à filiofamilias in patrem, vel à ſeruo in dominum *l. ſi ſtipulatus fuerim 76. in princ. eod. tit. iunct. l. qui heredi 44. de condic. & demonſtr.* Sed pertinet hæc obiectio ad vinculũ iuriſiurandi, quod certè non modò perſonale eſt, ſed etiam perſonaliſſimum, ita vt iurantis perſonam egredi nũquam poſſit. Cæterùm ius exceptionis, quod ex iureiurando acquiritur, tranſit ad eius heredem, & ſucceſſorem quemlibet vniuerſalem, non minùs quàm ſi ex pacto, aut ex tranſactione, aut ex ſententia eſſet acquiſitum, cùm iuſiurandum & pacti conuenti & tranſactionis, & rei iudicatæ vim obtineat *d. l. 1. & 2. ſupr. l. tutor pupilli 35. §. 1. infr. hoc t.* Adeò autem verum eſt, trãſire exceptionem iuriſiurandi in heredem iurantis, vt trãſeat etiam in ſucceſſorem ſingularem, vt ſubiicitur *in l. ſeq.* Obſerua tamen, aliud eſſe quærere, an exceptio quæſita ex iureiurando tranſeat in heredem iurãtis, de quo hîc agitur; aliud autem quærere, an ex iureiurando defuncti, ſiue promiſſorio, ſiue aſſertorio heres obligetur: de quo neq; in hac lege tractatur, neque in toto hoc titulo. Illa tamẽ diſtinctio hac in re obiter notanda eſt, vt ſi iuſiurandũ tale ſit, quod contractum alioqui futurum inualidum cõfirmare poſſit, vt *in Auth. ſacramenta puberum. C. ſi aduerſ. vendit. c. 2. de pact. in 6. c. cùm contingat. extr. de iureiur.* non minùs ſit neceſſaria reſtitutio in integrũ heredi quàm ei qui iurauit, quia in eum tranſit obligatio, ex contractu qui ob iuſiurandum validus eſt. At ſi cõtractum, quia fortaſſis legib. aut bonis moribus prohibitum iuriſiurandi religio validare non poſſit, puta ſi contractus ſit vſurarius, aut qui alienæ mortis captandæ votum inducat, tum verò, quia nõ eſt obligatorium contra bonos mores præſtitum iuſiurandum, ex regula iuris põtificij, neceſſaria non eſt abſolutio heredi qui non iurauit, quique nec ex contractu tenetur, ſed iurãti tamen ipſi neceſſaria ſemper eſt, ſi modo tale ſit iuſiurandum, vt ſeruari poſſit citra diſpendium ſalutis æternæ *c. debitores ext. de iureiur.* metu ſcil. exceptionis aut replicationis periurij, quæ alioqui omnimodo obſtaret.

8. Pavlvs libro 18. ad Edictum.

Etiamſi in rem ſucceſſerint.

*Ad l. Etiamſi in rem ſucceſſerint 8.*

Senſus eſt, exceptionem iuriſiurandi trãſire non modò in vniuerſales ſucceſſores, de quibus actum eſt proximè, ſed etiam in ſingulares, qui in re aliquã ſingularem ſucceſſerint, & titulo ſingulari puta vẽditionis, vel donationis vel permutationis, aut alterius huiuſmodi. Rat. dub. Perſonalis obligatio paſſiua non ſequitur fundi poſſeſſorem, nec alium quemlibet ſingularem ſucceſſorem *l. vlt. §. 1. infr. de contr. empt. l. 1. §. ſi heres. ad SC. Trebell. l. æris alieni 15. C. de donat.* Ergo neque perſonalis obligatio actiua, id eſt, quæ parit actionem, nec ipſa actio tranſire in alium poteſt, qui non niſi ſingularis ſucceſſor eſt, ob eámque cauſam introductum eſt remedium ceſſionis actionum *l. 3. §. vltim. ſupr. vſufruct. quem. caueat. l. ſi res obligata 58. de legat. 1. l. ſi res quam 59. infr. de euict. l. Modeſtinus 76. de ſolut.* Dec. Qua de re iuratum eſt,

eius

eius rei nomine exceptio iuriſiurandi ei qui iurauit, acquiſita eſt. Ergo ſi ea res in alium transferatur, eadem exceptio ſimul cum re ipſa tranſit in ſucceſſorem ſingularem. quemadmodum è contrario, ſi contra aliquem ius competat ratione cuiuſdam rei, tranſibit ius illud etiam contra ſingularem eius rei acquiſitorem *l. idémque 16. in fin. infr. pro ſocio. l. in hoc iudicium 14. §. verſ. igitur etſi abalienauero prædium. ſuprà Commun. diuid. l. venditor 12. ſupr. commun. præd. l. ſi tertius 6. §. ſi quis priuſquam. infr. de aqua & aquæ pluuia arcend.* Idque eſt quod habet iuris regula, Ea quæ obſtant his qui contraxerunt, etiam ſucceſſoribus eorum obſtare, & plerunque emptoris eandem cauſam eſſe debere circa petendum & defendendum quæ fuit auctoris *l. quod ipſis 143. l. inuitus 156. §. plerunque. l. aliud eſt 160. §. vlt. de reg. iur.* ſi enim ſemper alienatio cum ſua cauſa *l. alienatio 67. de contrah. empt. l. 3. in princ. & §. 1. infr. de pign. act. l. iudicata 29. §. 1. infr. de except. rei iud. cat.* quamuis in iudicio, in quo tractatur de iureiurando præſtito, non tam principalis cauſa exerceetur, quàm iuſiurandum conſeruatur *l. eum qui 30. in princip. infr. hoc titul.* Optimum tamen eſt in cautionibus omnibus, quas ideo quis interponit, vt ſibi quis ſuiſque ſucceſſoribus omnibus proſpiciat, adiici mentionem eorum omnium ad quos res pertinebit, vt in *l. fluminum 24. §. adiicitur. infr. de damn. infect.* ne ſcilicet locus quæſtioni relinquatur, an ſingulares quoque ſucceſſores ea cautione contineantur. Planè cùm agitur de iure aliquo reali, & quod ipſi rei cohæreat, vt in ſpecie *d. l. ſi tertius 6. §. ſi priuſquam, de aqua & aqua pluu. arcen.* aut de iure hypothecæ, vt in *d. l. ſi res quam 59. de eu. ct.* dubitari minùs poteſt, quin tranſeat in ſucceſſorem, etiam ſingularem, vt pluribus tractat Bart. ad *d. §. ſi prius.* At cùm tractatur de obligatione actiua, in ſingularem ſucceſſorem transferenda ceſſio neceſſaria eſt, vt diximus *tot. tit. de hered. vel act. vendit. infr. & Cod.*

VLPIANVS libro 22. ad Edictum.

NAm, poſteaquam iuratum eſt, denegatur actio, aut ſi controuerſia erit, id eſt, ſi ambigitur, an iuſiurandum datum ſit: exceptioni locus eſt.

*Ad l. Nam poſteaquam 9.*

Huius legis initium iam explicauimus ad *l. non erit 5. §. dato iureiurando, & ad l. 7. ſupr.* Neque alia hîc dubitandi vel decidendi ratio occurrit, aut quicquam aliud monendum, niſi quod iam docuimus, ad *d. l. 7.* malè Accurſium in hac quoque lege verba illa, *denegatur actio*, ſic explicare acti temptum eſſet, *exceptione repellitur.* Aliud enim eſt denegari actionem, aliud verò dari exceptionem, per quam actio elidatur, vt explicauimus. Veriúſque eſt denegari actionem hoc caſu à Prætore, quia nec vlla competat ipſo iure, ſi modò ſciat prætor iuſiurandum præſtitum fuiſſe (fieri enim facile poteſt, vt ei obrepatur,) aut vt de eo ambigatur, vt hæc lex ait, cùm iuſiurandum ſit ſpecies quædam nouationis & delegationis, & quidem voluntariæ, *l. qui iuraſſe 26. §. vlt.* vbi dicemus, & ad *l. eum qui 30. in princ. infr.* vt lex ait.

1 ¶ Iureiurando dato, vel remiſſo, reus quidem adquirit exceptionem ſibi, aliiſque [a]: actor verò actionem adquirit, in qua hoc ſolum quæritur, an iurauerit dari ſibi oportere: vel, cùm iurare paratus eſſet, iuſiurandum ei remiſſum ſit.

*Ad §. 1. Iureiurando dato.*

Hunc quoque §. iam tractauimus ad *l. 5. §. dato. ſupr.* Eadem enim ferè loci vtriuſque ſententia eſt, eaſdémque admittit dubitandi & decidendi rationes, niſi quòd ibi agitur de iureiurando præſtito duntaxat, hîc etiam de remiſſo, cuius tamen eadem in omnibus cauſa eſt, quæ præſtiti: cùm iuſiurandum ritè rectéque delatum, ſi remiſſum ſit, pro præſtito habeatur, & ſimiliter quod iuratum eſt, pro probato *l. ſed ſi poſſeſſori 11. §. vlt. infr.* Ergo ſi reus ille ſit, qui vel ex delatione iurauit, vel cùm iurare paratus eſſet, remiſſo iureiurando pro eo habetur, acſi iuraſſet, dicendum eſt, acquirere illum ſibi exceptionem, ſi verò actor ſit, acquiret ſibi actionem in *l. in duobus 28. §. vlt. infr.* In qua actione hoc ſolùm quærendum eſt, an iurauerit dari ſibi oportere, an verò cùm iurare paratus eſſet, iuſiurandum ei remiſſum ſit: non enim difficilius eſt, vt ex iureiurando detur actori actio in factum ad exemplum actionis, quæ ex iudicato naſcitur *l. actori 8. Cod. hoc tit.* aut actio ex eo contractu, de quo iuratum eſt, vt in *l. ſi duo 13. §. ſi quis iurauerit. infr. eod.* quàm vt reo acquiratur exceptio, ſicut & ex iudicato naſcitur tam actio in factum, quàm exceptio rei iudicatæ. Quo exemplo etiam exceptionem quæ ex iureiurando naſcitur, vocamus exceptionem iuriſiurãdi, quamuis actio iuriſiurandi, quæ ſpeciale hoc nomen habeat, nulla ſit, nec minùs exceptiones in factum eſſe poſſint quàm actiones. Caue tamen, ne ex hoc §. inferas actionem priorem non perimi ipſo iure, ob id ſolùm quod iuranti reo detur exceptio. Non enim datur hæc exceptio, niſi cùm ambigitur, an iuratum ſit, aut an ritè iuratum: alioqui denegat prætor actionem, quaſi peremptam per nouationem & delegationem illam, quæ ex iureiurando inducitur, vt ſcriptum eſt initio huius legis, *iunct. l. qui iuraſſe 26. § vlt. ſ. f.* Quanquam facile fieri poteſt vt actor obrepat prætori petátque ab eo actionem & impetret tacito iureiurando: & ad hunc caſum aptari commodè poſſunt loci omnes, in quibus tractatur de prima actione ab actore poſt iuſiurandum inſtituta, vel de exceptione per reum oppoſita actori: & quibus abuti ſolent noſtri, vt probent non fieri nouationem per iuſiurandum.

a *Sibi aliiſque.* Placet valde quod Accurſius mauult, aliorum nomine intelligere fideiuſſores, quibus proculdubio prodeſt fideiuſſoris iuſiurandum, ſi modò de ipſo contractu & de re agatur, non de perſona quæ iurauit, *l. in duobus 28. §. 1. infr. hoc tit.* ſiue dicas iuſiurandum hoc ſolutionis loco cedere, vt in *dict. §. 1.* ſiue pactionis: nam & pactum rei prodeſt fideiuſſori, ſi modò in rem fuerit, non in perſonam, *l. & heredi 21. § vlt. & leg. b. ſeqq. ſupr. de pact.* Nam de iurantis ſucceſſoribus vniuerſalibus ne hoc verbum intelligi commodè poſſit, quamuis iis quoque iuſiurandum proficiat, illud facit quod non alij eſſe videntur, qui eadem cum defuncto perſona cenſentur *Nouell. 48. de iureiur. à morient. praſt. in princip.* Cùmque iuſiurandum, de quo hic agimus, habeat vim pacti *dict. l. 2. ſupr. l. qui iuraſſe 26. §. vltim. l. tutor*

35. §.1. *infr. hoc titul.* conſequens eſt, vt quemadmodum quiſquis paciſcitur, non tantùm ſibi, ſed etiam ſuis heredibus paciſci intelligatur, *l. ſi pactum* 9. *infr. de probationib.* ita & quiſquis iurat, non minùs heredibus ſuis, quàm ſibi ipſi iuraſſe videatur.

2 ¶ Si damnetur quis poſt iuſiurandum ex famoſo iudicio, famoſum eſſe magis eſt.

*Ad §.2 Si damnetur quis.*

Poteſt hic §. habere ſenſum duplicem: vnũ hũc, vt ſententia poſt iuſiurandum reddita pro eo, qui iurauit, perinde famoſum & infamem faciat eũ, qui ex famoſo iudicio condemnatus eſt, ac ſi per veras non fictas probationes condemnatus eſſet: alterum illum, vt ſententia contra eum lata qui ex aduerſarij delatione iurauerat ſe non deliquiſſe, non eò minùs famoſum efficiat cõdemnatũ. Naſcitur autem duplex hæc interpretatio ex iis verbis, *ſi dãnetur quis poſt iuſiurandum.* Poſſunt enim intelligi de iureiurando præſtito, aut à ſe aut ab aduerſario. Prior interpretatio ſupponit iuſiurandum præſtitum ab aduerſario condemnati: poſterior autem à condemnato ipſo. Prior ponit condemnatum fuiſſe illum contra quem iuratum eſt: poſterior verò condemnatũ eſſe illum ipſum, qui iurauit. Interpretes vtramque ſententiam probãt. Sed Iac. Cuiac. primam, ad Paulum in *l. eum qui* 30. *infr.* dummodò, inquit, condemnatio ſecuta ſit ex famoſo iudicio, non ex actione illa in factum quam iuſiurandum parit. Ad primam, ratio dubitandi nõ tam illa placet quæ à noſtris adfertur, quòd in criminalib. probationes luce clariores eſſe debeant, (iuſiurandum enim probatio eſt, nõ ficta, vt putant, ſed vera nõ minùs quàm ſi facta eſſet per illius confeſſionem qui iuſiurandum detulit) quàm quòd is qui poſt præſtitum ab aduerſario iuſiurandum condemnatus eſt, per iuſiurandũ priùs, & potiùs quàm per ſententiam cõdemnatus fuiſſe videatur, ſententia autem illa ſit, quæ infamiam irrogat condemnato non crimen ſolum, non iuſiurandum *l. infamem* 7. *infr. de public. iudic.* Sed ratio decidẽdi eſt, quia ſi iuſiurãdum habeat vim rei iudicatæ, exinde per ſententiam condemnatus videtur is, contra quẽ iuratum eſt. Quidni ergo famoſus fiet ex iudicio famoſo, ſiue aliqua ſententia ſequatur iuſiurandum ſiue nulla? cauſa namque ſemper inſpici debet, quæ eſt famoſa. Quod ſi probationis tãtùm vim habeat, quod neceſſariò dicendum eſt, cùm aliqua ſequitur ſententia (nec enim duplex ſentẽtia in vno eodémque iudicio locum habere poteſt *l ſingulis* 6. *infr. de except. rei iudic.* & iuſiurandum non tam ad hoc tendit, vt finiatur inſtantia quomodo ſententia, quàm vt finiatur probatio, vt Bartolus ad hunc §. non inſubtiliter ratiocinatur) non eò minùs ſententia debet infamare, quod probatum ſit crimen per iuſiurandum actoris, ſiue quòd nõ alia certior probatio quærenda ſit, quàm quæ fit per iuſiurandum *l. eum qui* 30. *infr.* ſiue quod quemadmodum poſt iuſiurandum præſtitũ non de alio quæritur, quàm vtrum iuratum ſit §. *prox. ſupr.* Ita & poſt latam ſententiam illud duntaxat inſpiciendum eſt, an lata ſit ſententia, & an ex cauſa famoſa, quæ etiam in priuato iudicio infamiam condemnato irrogaret ſi non à ſententia prouocatum ſit *l. furti* 6. §.1. *ſupr. de his qui not. infam. d. l. infamem.* Quemadmodum è contrario ſi quis iudicio famoſo conuentus ſit, ſatis ei erit ad euitandam notam infamiæ, quòd iurauerit ſe non deliquiſſe, cùm eo modo ſuam innocentiam iureiurando adprobauerit *dict. l. furti.* §. *ſed etſi iureiurando.* Poterat quidem videri agẽdum mitiùs cum eo, qui ex aduerſarij iureiurando condemnatus eſſet famoſo iudicio, quaſi abundè ſufficeret exonerari petitorem neceſſitate probandi *d. l. eum qui.* Sed vt bene Caſtr. reſpondet, alia eſt pœna negationis, de qua eo loco agitur, & quam non poteſt incurrere is qui deferendo iuſiurandum fateri potiùs intelligitur, alia verò pœna infamiæ, de qua agimus, & quam incurrit etiam ille qui confitetur. Nec ad rem pertinet, quod actio in factum, quæ ex iureiurando naſcitur, non eſt per ſe famoſa: fit enim famoſa, cùm actio, de qua iuratum eſt, famoſa fuit. Et quamuis iuſiurandum nouet actionem præcedentem *l. qui iuraſſe* 26. §. *vlt.* non tamen delet infamiã, quia retinet cauſam quæ famoſa eſt: retinet enim qualitates omnes primordiales præcedentis actionis, vt dicemus ad *l. eum qui* 30. *infr.* quod Cuiac. ſupradicto loco non videtur bene percepiſſe. Ad ſecundam verò interpretationem dubitandi ratio illa eſt, quòd iuſiurãdum habeatur & pro ſententia, & pro veritate, vt proinde non poſſit non iniuſta valde eſſe ſententia, quæ condemnat eum qui iureiurando ſuo innocentiam ſuam adprobauerit. *arg. d.* §. *ſed etſi iureiurãdo.* tantùm abeſt, vt is, qui quamuis innocens condemnatus perperam ſuit, infamia quoque notari debeat. Sed decidendi ratio fortior ea eſt, quòd licèt in quibuſdam maiorem vim habeat iuſiurandum quàm res iudicata, vt diximus *ad l. 2. ſupr.* hac parte tamen plus poteſt res iudicata, quàm iuſiurãdum, vt hic tractat Accurſ. quia publicè intereſt res iudicatas effectum ſortiri *l ſeruo* 65. § *cùm Pretor. infr. ad SC. Treb. l. ſi fundus* 16. §. *ſi pluris. infr. de pignor.* At iuſiurandum habetur pro veritate, & pro re iudicata intereſt tantùm priuatim, & eius qui iurauit, quoniam ex priuata litigantium conuentione proficiſcitur *leg. iuſiurandum quod* 17. *l. qui iuraſſe* 26. §. *vltim. l. tutor* 35 §.1 *inf. hoc tit.* Ergo quamuis ſententia contra ſententiam lata non valeat *l. 1. Cod quand prouoc. non eſt neceſ.* iuſiurandum tamen per ſententiam ſubſequentem tolli poteſt, valétque ſententia contra præcedens iuſiurandum reddita adeò vt tranſeat in vim rei iudicatæ ſi ab ea non fuerit appellatum: nam ſi appelletur, vix eſt vt poſſit defendi ſententia contra iuſiurandũ lata, ex quo ſequi potiùs abſolutio debuerat *l iuſiurandum, & ad pecunias* 34. §. *vltim. infr. hoc tit.* Sic dicimus, ſi quis poſt tranſactionem condemnatus nihilominùs fuerit, dolo quidem id fit, ſed tamen ſententiam valere *l. eleganter* 23. §. *ſi quis poſt. inf. de condict. indebit.* quidni enim bona comparatio ſit, cùm iuſiurandum habeat etiam vim tranſactionis? *d. l. 2. ſupr.* Sed & valeret ſententia poſt ſententiam ſi non eſſet oppoſita exceptio prioris rei iudicatæ *cap. inter monaſterium. extr. de re iudic.* quippe quam cùm ſit facti ſupplere iudex per ſe nec poteſt nec debet, ſed ea tantùm quæ ſunt meri iuris *Tit. Cod. vt quæ deſunt aduoc. part. iud. ſuppl.* Et certè ſi quis hanc ſecundam interpretationem probare malit, quã video & Zaſio, & aliis pleriſque magis placuiſſe, ponendum neceſſariò eſt cum Accurſio fuiſſe omiſſam, ſiue per errorem, ſiue conſulto exceptionem iuriſiurandi, qua nimirum allegata fieri vtique vix poteſt, vt tam fatuus iudex quis reperiatur, qui eum, qui ritè iurauerit, condemnare velit. Quamquam etſi tam fatuus ſit is, qui iurauit, vt nolit aut neſciat iuriſiurandi

iurandi exceptionem obiicere, fatendum eſt ſententiam non eò minùs valituram *argum dict. §. ſi quis poſt.* Non ergo maioris hac parte poteſtatis eſt ſententia quàm iuſiurandum, cùm nulla oppoſita exceptio eſt, veriúſque eſt quod Caſtrenſis concludit, exceptionem rei iudicatæ, iuriſiurandi, & trãſactionis à pari procedere. Sed ſi oppoſita ſit exceptio rei iudicatæ aut iuriſiurandi, aut tranſactionis, eo nimirum caſu plus poterit res iudicata contra iuſiurandum, vel tranſactionem, quàm contra rem iudicatam, quia valebit ſentẽtia, vt diximus etiam, contra iuſiurandum vel tranſactionem reddita *dict. §. ſi quis poſt.* non etiam contra rem iudicatam *dict. l. 1. C. quand. prouoc. non eſt neceſ.* Cæterùm an valeat proceſſus ſi exceptio iuriſiurandi oppoſita ſit ſiue tãquam exceptio litis finitæ ante conteſtationem, ſiue poſt litem conteſtatam quaſi peremptoria, alia quæſtio eſt à Caſtrenſi quidem nec indiligenter nec malè hîc tractata, ſed ad huius §. ſententiam parum pertinens, ſicuti nec illa valde ad rem facit, quam ex profeſſo tractat Bartolus hîc, an ſententia contra aliam ſententiam lata valeat. In qua placet pleriſque diſtinctio, quam ille adfert, an ſecunda ſententia feratur in eadem inſtantia, an in alia, vt ſi in eâdem, non valeat, ſiue ſecunda ſit abſolutoria ſiue condemnatoria: quod equidem certiſſimum, & apud omnes in confeſſo eſt, quia per ſententiam primam finitur inſtantia *l. 1. de re iudic.* ſi autem in alia valeat, & priore potentior ſit, cùm habeat quod ſibi imputet, qui aut prioris ſententiæ exceptionem non oppoſuit, aut poſt habitam pro ſe ſententiam iterum egit ex *l. duobus 19. infr. de except. rei iudic.* Sed magis placet, quod Caſtrenſis contra Bartolum diſputat, poſteriorẽm ſententiam non tenere etiamſi ex aliis actis aliáque inſtantia iudicatum fuerit ex *d. l. 1. Cod. quand. prouoc. non eſt neceſ.* quæ alioqui nullam penitus dubitationem haberet ſi de eadem inſtantia intelligeretur. Ob idque cauere boni iudices debent ne ſæpiùs eadem cauſa tractetur, quoniam alioqui facilè contingat non modò diuerſa, ſed etiam contraria & pugnantia pronunciari *d. l. ſingulis in fin.* niſi in poſteriore inſtantia nouum aliquid & validum afferatur, vt *in dict. l. duobus.* quomodo in ſupplicationibus, vt vocant, ciuilibus, quæ aduerſus Senatuſconſulta proponi ſolent, quotidie obſeruatur, aut ſi fortè plures libelli, ſiue ab eadem parte, ſiue à diuerſis partibus propoſiti ſint, iungendæ ſunt inſtantiæ, quomodo Pragmatici loquuntur, vt vna eadémque ſententia ambæ terminentur ad euitandam contrarietatem.

3 ¶ Si is, qui temporaria actione mihi obligatus erat, detulerit iuſiurandum, vt iurem eum dare oportere: egóque iurauero: tempore non liberatur: quia poſt litem conteſtatam cum eo perpetuatur aduerſus eum obligatio.

*Ad §. 3 Si is qui temporali.*

RAT. DVB. Actiones temporales nõ perpetuantur niſi conteſtatione *l. 1. §. vlt. l. 3. ſupr. de fer. l. vlt. C. de præſcript. 30. vel 40. annor.* Atqui iuriſiurandi delatio non eſt litis conteſtatio, maximè verò ſi iuſiurandum ex conuentione & extra iudicium deferatur. nam & de huiuſmodi iureiurando loqui hunc §. magis communiter placuit, & rectè, quamuis non æquè de iureiurando promiſſorio ſiue aſſertorio. Igitur temporales actiones per iuſiurandum perpetuari non poſſunt. DEC. Iuſiurandum ſiue voluntarium ſiue iudiciale per quod deciduntur controuerſiæ licèt non ſit propriè litis conteſtatio, attamen conteſtationis vim & ſpeciem quandam continet, vt hic §. probat omnium optimè, aut vt meliùs dicam, ſuccedit in locum litis conteſtatæ, quomodo loquitur Paulus in *l. ſed etſi 28. §. ex quib. ſupr. de iudic.* nempe quia ſi non iuraretur, & eo modo lis non expediretur, conteſtatio facienda neceſſario eſſet, vt ad ſententiam perueniri poſſet adeoque ad iudicis dationem. Nec enim iudices dabantur olim à prætore, niſi poſt litem conteſtatam. Ideoq; dicitur iuſiurandum habere inſtar iudicij ſicut & nouationis & delegationis *l. qui iuraſſe 26. §. vlt. infr.* delegatio autem fit etiam per conteſtationem *l. delegare 11. §. 1. l. aliam 29. infr. de nouat.* Ergo ſi quis actori detulerit iuſiurandum, vt iuret reum dare oportere ex actione, quæ erat temporalis, iſque iurauerit, non liberabitur debitor tempore, ſed actio perpetuabitur quaſi per conteſtationem. E contrario igitur ſi qua talis actio proponatur quæ per conteſtationem perpetuari non poſſit, qualis eſt actio de dolo *l. vltim. C. de dolo.* dicendum erit nec per iuſiurandum eam perpetuatum iri, vt bene Accurſius ratiocinatur ſubiiciens, aliud eſſe in actione in factum quæ dari ſolet in ſubſidium & locum actionis de dolo: ea namque perpetuatur vt cæteræ, cùm non ſit famoſa *l. ſi ſuperſtite 5. eod. l. non debet 11. §. 1. ſup. eod. ill. tit.* Actioni de dolo ſimilis eſt reſtitutio in integrum, quam voluit Iuſtinianus finiri quadriennio continuo ex eo tempore numerando, ex quo annus vtilis incipiebat olim currere *l. vltim. Cod. de tempor. in integrum reſtit.* nec tantùm ad interponendam conteſtationem, ſed etiam ad finiẽdam litem, vt habent verba conſtitutionis. Dices tempus non eſſe modum tollendæ aut inducendæ obligationis *l. obligationum ferè 44. §. placet. de oblig. & act.* fruſtra ergo quæri, an actio tempore pereat. Sed ad actiones illas hoc pertinet, quæ ſui natura ſunt perpetuæ, vt ciuiles omnes & pleræque honorariæ, de quibus in *l. in honorariis 35. eod. tit.* quas tamen etiam triginta annis tolli & perimi poſſe Imperatores poſteriores voluerunt *l. 3 & 4. C. de præſcr. 30. vel 40. annor. & Tit. de perpetuis & tempor. action.* Sed quæ hîc natura & ab initio ſunt temporales, vltra tempus, quod iis exercendis præſtitutum eſt, quales ſunt redhibitoriæ de dolo, & aliæ multæ honorariæ, non poſſunt viuere.

4 ¶ Si minor vigintiquinque annis detulerit: & hoc ipſo captum ſe dicat: aduerſus exceptionem iuriſiurandi [a] replicari debebit, vt Pomponius ait. ego autem puto, hanc replicationem non ſemper eſſe dandam: ſed plerumque ipſum prætorem debere cognoſcere, an captus ſit: & ſic in integrum reſtituere. nec enim vtiq;, qui minor eſt, ſtatim & circũſcriptum ſe docuit [b]. Præterea exceptio iſta [c], ſiue cognitio ſtatutum tempus poſt annum viceſimum quintũ non debet egredi.

### [1] *Ad §. 4. Si minor.*

RAT. DVB. Quoties ex delatione iuratum eſt, nihil aliud quærendum ſupereſt, niſi an iuratum ſit *l.5 §. dato ſupr.* & in principio huius legis *l. ſed ſi poſſeſſori 11. §. vltim. l. g. tutor 35. §. 1. infr. eod.* tanquam deciſa per iuſiurandum non minùs quàm per ſententiam, aut tranſactionem controuerſia *l. 1. & 2. ſupr. l. poſt rem iudicatam 56. infr. De re iudic.* ita vt nec de periurio quæri vllo prætextu poſſit *l. 1. Cod. hoc tit. l. vlt. infr. tit. prox.* Ergo ſi ex delatione per minorem facta, ſiue in iudicio, ſiue extra iudicium iuratum ſit, non eo magis reſtituendus eſt minor in integrum & adiuuandus per replicationem aduerſus exceptionem iuriſiurandi, præſertim cùm minore quoque iuſiurandum deferente non minùs iurare aut referre cogendus ſit aduerſarius, quàm ſi maior detuliſſet, ne alioqui deterioris conditionis ſint minores quàm maiores, ſi hoc modo lites ſuas decidere ac terminare prohibeantur, quod iniquum eſſet *leg. quòd ſi minor 24. §. non ſemper ſupr. de minor.* Atqui ſi minoris aduerſarius conſcientia fortè motus iurare ipſe noluiſſet, ſed iuſiurandum referre minori voluiſſet, minor autem iuraſſet, atque ita viciſſet, nullam hodie de ſua delatione conquerendi & in integrum reſtitutionem petendi cauſam haberet, quippe qui per aduerſarij relationem iudex in cauſa ſua conſtitutus victorem ſe effeciſſet *l. iuſiurandum & ad pecunias 34. §. vltim. infr. hoc tit.* Ergo etiamſi victus fuerit aduerſario iurante cui detulerat, non eo magis in integrum reſtitui debet tanquam læſus, quia nemo audiendus eſt id petens cuius contrarium non fuerat in contrarium euentum poſtulaturus *l. penult. C. de ſolut. l. ſi pater puellæ 12. Cod. de inoffic. teſtam. l. de fideicommiſſo 11. C. de tranſact.* Non potuiſſet autem iuſiurandum referri minori, & minor ex ea relatione vincere niſi delatio præceſſiſſet. In integrum autem reſtitutiones minorum non ex euentu æſtimandæ ſunt, ſicut nec cæteræ, ſed ex initio, & ex eo quod potuit euenire *l. 3. §. ſcio in fin. l. verum 11. §. item non reſtituetur & §. ſi locuplet. ſupr. de minor.* Nec ad rem pertinere videtur, quod minor ab initio læſus dici poſſit ex iuriſiurandi delatione, ſi eo tempore alias probationes habuit, ex quibus vincere tutiùs potuiſſet, vt in *dict. l. tutor pupilli 35. infr. hoc tit.* Nam imò verò ob hoc ipſum tantò minùs videtur audiendus, ſi poſt præſtitum ab aduerſario iuſiurandum reſtitui velit in integrum, cùm ex ea reſtitutione futurum ſit, vt nouis allatis probationibus periurium detegatur, quod ne eueniat, ſummopere cauendum eſt, nec damni quod minor incurrit, quódque non niſi pecuniarium eſt, tanta ratio videtur habenda eſſe, quanta honoris, & exiſtimationis illius qui iurauit *arg. l. cùm pater 77. §. cùm exiſtimaret. in fin. infr. de legat. 2.* præter id quod eſſet etiam multò melius non eſſe detectum periurium, quàm vbi detectum eſt, manere illud impunitum, idcóque dicimus de periurio quæri non ſolere *d. l. vlt. infr. tit. proxim.* quia nec de puniendo eo tractari quicquam poteſt *l. 2. C. hoc tit.* DEC. Quicquid cum minore geſtum eſt, ſi ex eo minor læſus ſit ſiue dolo aduerſarij, ſiue ſua nimia facilitate, reſcindendum eſt per in integrum reſtitutionem, vt minor indemnis ſeruetur *l. 1. l. ait prætor 7. in princ. & paſſ. tot. tit. ſup. de minor.* ſiue minor curatorem habeat etiam cuius authoritas in eo negotio interuenerit, ſiue non *l. 1. & 2. C. ſi tut. vel curat. interu.* Atqui minor qui aduerſario iuſiurandum defert ſiue in iudicio, ſiue extra iudicium gerit aliquod negotium, cùm iuſiurandum illud ſuſceptum & præſtitum habeat vim pacti cuiuſdam conuenti *l. 2 ſupr. d. l. tutor §. 1. infr. hoc tit.* Meritò igitur placuit aduerſus delationem huiuſmodi ſi ex ea iurauerit aduerſarius, & minor victus ſit, reſtitui minorem poſſe: at non abſolutè, & omnimodo ex hoc ſolo, quod minor ſit, vt credidiſſe videbatur Pomponius, quem Vlpianus hîc refert, quanquam nec in iure iam certo erraſſe Pomponiū probabile eſt, ſed ita demum ſi captum, id eſt, læſum ſe probet ex ſua delatione: non enim ſubuenitur paſſim minoribus per reſtitutionem in integrum, ſed ita demum ſi capti & læſi non modò dicantur, ſed etiam probentur *d. l. 1. d. l. quòd ſi minor. §. non ſemper. d. l. verum 11. §. ſciendum eſt autem l. non omnia 44. & paſſ. ſupr. de minor.* Nec videri poteſt minor circumſcriptus, qui vſus eſt iure communi *l. vlt. C. de in integrum reſtit. minor.* aut quid fecit quod alius quilibet etiam maior annis vigintiquinque facere potuiſſet, & debuiſſet *l. minor ſe in id 48. §. vlt. ſupr. de minor.* Ergo ita demum poterit reſtitui minor, qui aduerſario iuſiurandum ſiue conuentionale ſiue iudiciale detulit, ſi ex ea delatione aduerſarius iurauerit, & conſequenter vicerit. Nec enim ſola iuriſiurandi delatio minori damnum vllum affert quandiu iuratum non eſt, cùm è contrario poſſit delatio ei prodeſſe, ſi fortè malit aduerſarius referre, quàm iurare, neque rurſum exceptio delati iuriſiurandi vlla eſt, ſed tantùm præſtiti aut remiſſi. Præſtito autem vel remiſſo iureiurando, quod minor detulerat, nec aliter captus, & læſus minor fuiſſe intelligitur, quàm ſi alias probationes habeat quibus cauſam ſuam inſtruere, & ita ius ſuum in tuto collocare poſſit, alioqui non habet quod conqueratur ſi id fecerit, quod etiam tutor pupilli facere ipſius nomine debuiſſet, nam ſi tutor pupilli omnib. alijs probationib. deficientibus iuſiurandum deferat, vtique audiendus eſt, cùm iuſiurandum ex ea delatione præſtitum pupillo quandocunque agenti obſtaturum ſit *d. l. tutor pupilli.* Quid enim aliud, aut meliùs facere poſſit tutor qui videat etiam nullo delato iureiurando in ea cauſa pupillum eſſe, vt defectu probationum omnium certum ſit iamiam condemnatum eum iri? Cur non tentare debeat potiùs an per iuriſiurandi delationem poſſit extorquere relationem, & per relationem vincere? Porrò quicquid tutor nomine pupilli ſui facere poteſt, idipſum poteſt minor ſuo nomine facere ac citra ſpem reſtitutionis, ſi tale ſit in quo nec pupillo aduerſus id quod à tutore geſtum eſſet, dari reſtitutio deberet: nec enim reſtitutio puberis fauorabilior aut plenior poteſt eſſe quàm impuberis. Idque adeò verum eſt, vt nec aliud admittendum putē, tametſi aliquæ fortè probationes poſt iuſiurandum præſtitum ſuperuenerint minori, qui delationis tempore nullas habuerat: nullus enim hac parte minoris fauor eſſe poteſt, qui iuſiurandum detulit nō expectatis probationibus, quas nec ſperare tum potuiſſet, præſertim ſi iā tum vel in iure, vel apud iudicem vrgebatur, vt intentionem ſuam vel tum probare vel vinci cogeretur. Excipio caſum illum quo etiam maior poſt præſtitum iuſiurandum audiendus eſſet nouas afferens probationes, vt in ſpecie *l. admonendi 31. infr. hoc titul.* Sed ſi alias probationes minor habuit, ex quibus certam propemodum victoriam ſperare potuerit, dubitari non poteſt, quin læſus ſit, & hoc ipſo reſtituendus ſi iuſiurandum deferre maluerit atque ita victus ſit. Quid enim periculoſius quàm aduer-

aduerſarium ſuum in cauſa propria iudicem conſtituere? quod tamen fit ab eo qui iuſiurandum defert *l.1.infr.quar.rer act.non det.* Nec ſanè maior quiſquam prudens ac benè conſultus id faceret, vt iuris ſui aleam mallet ancipiti periurio aduerſarij committere, quàm certiorem litis victoriam ex certis probationibus ſibi parare. Minor igitur hoc caſu reſtituendus eſt *d.l.48.§.vlt.de minor.* Et quamuis hoc etiam caſu potuerit euenire vt minor qui iuſiurandum detulit ex relatione vinceret, minùs tamen ſperandum id fuit quàm vt ex delatione vinceretur, cùm faciliores vulgo ſint homines, & à communiter accidentibus procliuiores ad iurandum quàm ad referendum. Inſpiciendum autem eſt ab initio id quod probabiliùs poteſt euenire *dict. leg. verum 11.§. item ſi locupleti ſupr. de minor.* Et quamuis minor victus ſit non tam propter delatum, quàm propter præſtitum iuſiurandum, delatio tamen à minore facta, illa eſt, quæ damni cauſam attulit, cùm non aliud iuſiurandum præſtari poſſit, quàm quod delatum fuit: vt proinde fatendum ſit læſum fuiſſe minorem non eo tempore quo iurabatur, ſed quo iuſiurandum deferebatur, quamuis non niſi in caſum præſtiti poſtea iuriſiurandi: vt diximus, exemplo eius, quod ſcriptum eſt *in l.ii cui 18. infr.quand.dies legat ced.* Ergo minori qui in delatione iuriſiurandi captus & læſus fuit, neceſſaria eſt in integrum reſtitutio. In eóque Vlpianus reprehendit Pomponium, qui minori captum ſe dicenti dabat replicationem quaſi ſufficeret minori vt læſum ſe diceret ſi modo minorem ſe apud iudicem pedaneum probaret, non quaſi crediderit Pomponius, contra quàm prudentibus cæteris omnibus viſum ſit minori ſuccurrendum eſſe, tanquam minori, etiamſi læſus non ſit, ſed potiùs quaſi fieri nequeat, vt non ſit læſus minor hoc ipſo quod iuſiurandum aduerſario detulit, ſi iuratum ſit, cùm non poſſit non vinci. Idque ſignificant verba illa Pomponij, *& hoc ipſo captus ſit.* Et ſanè vix eſt vt non lædatur is qui aduerſarium ſuum in cauſa propria iudicẽ conſtituit. Et verò læditur quoties habet alias idoneas probationes, per quas certiorem poſſit ſperare victoriam, nec tantùm hoc caſu qui tamen vnicus tãquam ſingularis notatur ab Accurſio cæteriſq; interpretibus, ſed etiam ſi qua iuſta exceptione potuit aduerſarij intẽtionem elidere, cùm minor ipſe conueniretur, aut ſi actore intentionem ſuam non probante minor qui etiam nihil præſtando, tamen abſolui deberet *leg.4.C.de edend.l.vlt.C.de rei vindic.* actori iuſiurandum vltro detulerit, quem tamen poterat nulla quoque obiecta exceptione ſummouere tanquam aut nullo iure agentem, aut fortaſſis etiam ſine actione. His ergo caſibus & aliis ſi qui ſunt ſimiles quos non multo difficilius eſſet inuenire, quàm quærere, cùm lædatur minor qui iuſiurandum defert, ſi ex ea delatione iuratum fuerit, putabat Pomponius non eſſe illi neceſſariam reſtitutionem, ſed poſſe illi ſufficere replicationem aduerſus exceptionem iuriſiurandi ſi contra eum ageret qui iuraſſet, itémque exceptionem ſi ab eo qui iuraſſet conueniretur. Sed cùm varij ſimiliter caſus ſint in quibus fieri poteſt vt non ſit læſus minor qui iuſiurandum detulit, tametſi aduerſarius iurauerit, benè monet Vlpianus non ita indiſtinctè probandam eſſe Pomponij ſententiam, nec ſemper dandam eſſe minori replicationem illam quam dabat Pomponius, ſed plerumque ipſum Prætorem debere cognoſcere an captus ſit minor, & ſic, id eſt eo demum cognitio in integrum eum reſtituere. Nec enim vtique, inquit, qui minor eſt, ſtatim circumſcriptum ſe docuit. Admittit ergo Vlpianus aliquo caſu quod volebat Pomponius ei ſufficere replicationem aduerſus exceptionem iuriſiurandi, ſed vult tamen plerumque neceſſariam eſſe reſtitutionem, de qua tamen Pomponius nihil dixerat. Nec eſt quod cum Accurſio noſtro cæteriſque interpretibus pugnantes iſtas Vlpiani & Pomponij ſententias ſic concilies, vt dicas minori dandam eſſe replicationem, ſed data illi priùs in integrum reſtitutione. Nam quo caſu dabis locum replicationi, neceſſe eſt excludi reſtitutionem in integrum, & contra inducta neceſſitate petendæ reſtitutionis excludes replicationem. Ratio eſt quam non potuerunt videre interpretes ignoratione eorum, quæ circa reſtitutionem in integrum minorum, & ea iudicia quæ iuris ordinarij habebant executionem iure vetere obſeruabantur. De minorum reſtitutione in integrum ſolus cognoſcebat Prætor, & in prouinciis Præſides vel Proconſules qui partibus Prætoris fungebantur, vt diximus *ad d.l.1.ſupr.de minor.* ideóque ex edicto illo Prætoris de minoribus nulla propria actio vel cautio proficiſcitur, ſed totum id pendet ex cognitione Prætoria *d. l. quòd ſi minor 24.§.vlt.l.Aemilius 41.eod.tit.* At iudicia ordinaria per datos iudices & pedaneos expediebantur vſque *ad l.2.C.de pedan.* In extraordinariis cognitionibus nullæ vſurpabantur formulæ, nec proinde vllus actioni aut exceptioni, aut replicationi locus relinquebatur *leg. actio 47.ſupr.de negot. geſt.* vbi dixi, *& tot.tit.C.de formul. & impetr. act ſublat.* At in ordinariis ſicut actio à Prætore dabatur actori & formula, ita & exceptio reo quæ actionem, ſi æquum eſſet, emendaret, itémq; replicatio actori quæ exceptionem ſi opus eſſet corrigeret *leg. in duob. 28. § ſi ei qui infr.hoc tit.l.2.3.& paſſ.infr.de except.* Proinde de replicationis, aut exceptionis veritate & æquitate, nemo alius cognoſcebat quàm datus iudex nominatus in formula, qui tamen non poterat de in integrum reſtitutione minoris cognoſcere quæ maiores, vt dicimus, iudices exigebat, vt de cauſa liberali ſcriptum eſt in *leg.non diſtinguemus 32. §.de liberali ſupr. de recept. Qui arbitr.recep.* nec ſi in alia ſpecie quæ per iudicem datum iure ordinario expediebatur, quæſtio reſtitutionis incidiſſet. Hoc enim primus induxit Iuſtin.in *leg.vlt.in fin.C.vbi & apud quem cognit.in integr.reſtit.agit.ſit* vbi & aliis pleriſq; magiſtratib. qui antea de huiuſmodi reſtitutione cognoſcere non poterant, cognitionẽ hanc dedit, ſed Magiſtratibus non pedaneis iudicibus, niſi hactenus vt de ea incidenter cognoſcerent. Quod ita accipiendum videtur, vt de ea pronuntiare etiã poſſint, quãuis regulariter aliud ſit in iis qui non niſi incidenter quæſtionem aliquam ad ſe non pertinentẽ examinant *l.1.C.de ordin.iudic.* Quonam igitur caſu dicemus cũ Põponio & Vlpiano poſſe minorem adiuuari per replicationem? Nimirum eo caſu quo appareat & in cõfeſſo aut notorio ſit læſum fuiſſe minorem, cùm detulit iuſiurandũ, puta ſi probet apud iudicem datum eas ſe iã tum habuiſſe probationes ex quibus haud dubiè potuerit vincere, & ad quas nihil penitus etiamnum reſpõdere aduerſarius poſſit. Nam ſi altiorẽ indaginẽ & prolixiorẽ tractatum ea res exigat, ad Prætorẽ neceſſario remittenda res eſt, quia & ſuper reſtitutione in integrum antea pronunciandum eſt, vt Vlpian. noſter ſignificat his verbis, *ſed plerunque ipſum Prætorem debere cognoſcere an*

*captus ſit & ſic in integrum reſtituere.* Illa enim verba *& ſic* non aliter à prudentib. noſtris accipiuntur quàm ſi ſcriberent, *atq; ita ex ordine.* Et notãdum eſt, quod ita loquitur Vlp. vt dicat *ipſum prætorem debere cognoſcere*, vt ſignificet cognitionem hanc adeo propriã eſſe Prætoris, vt illam exercere per ſe debeat, nec ſit in eius arbitrio & poteſtate iudici pedaneo eam committere. Prætori enim ea res cognoſcenda & inquirenda conceſſa eſt, non neglıgẽda aut alij cõmittenda, vt in ſimili noſter idem Vlp. loquitur in *l. cùm hi 8. §. ſi Prætor aditus ſupr. de tranſact.* etſi ſpecies quæ ibi tractatur de cognitione tranſactionis alimentorum, huic noſtræ diſſimilis in eo eſt, quod cognitionem de alimentorum tranſactione Diuus Marcus Prætori mandauit. Vnde eſt quod nec mãdare ex hac cauſa iuriſdictionem ſuam Prætor poteſt *d. l. cùm hi in princip. & §. ſed nec mandare* ex regula *leg. 1. ſupr. de offic. eius cui mandat. eſt iuriſd.* Cognitionem verò de minorum reſtitutione Prætores ipſi ſibi reſeruarunt verbis illis edicti, *Vti quæq; res erit animaduertam d. l. 1. de minor. l. 1. l. 4. §. duas infr. de damn. infect.* ideóq; mandare iuriſdictionem ſuam ex hac cauſa poſſunt *leg. ſolet 16. & ſeq. de iuriſd.* ſed iudicem pedaneum dare ea de re non poſſunt, quia iudex datus iuriſdictionem nullam habet, ſed tantùm iudicationem *leg. ait Prætor 5. infr. de re iudic.* Nec illud quoq; defendi poteſt, quod volũt interpretes, poſſe cum replicatione coniungi reſtitutionem in integrum per modum contradictionis vt in *l. Papinianus 8. §. ſi filius ſupr. de inoff. teſtam.* Nam in querela inofficioſi teſtamenti de qua eo loco agitur, erant iidem iudices qui & in petitione hereditatis, nimirum centumuiri. Erat enim vtrumq; iudiciũ Centumviuorum ab initio, vt nos docuimus *ad l. 5. §. vlt. ſupr. de hered. petit. ex l. vlt. C. eod. tit.* licèt immutatum illud poſteà fuerit, vt de hereditatis petitione etiam iudex pedaneus cognoſcere & dari poſſet, quò nos reſpeximus, cùm negauimus de hereditatis petitione cognitionem Centumvirorum fuiſſe ad *d. §. ſi filius ex l. 1. C. de ordin. iudic.* ſecundum eam illius loci emendationem quam nos in Coniectutarum noſtrarum libris attulimus, aliiſq; quã plurimis iuris locis, in quibus mentionem fieri videas iudicis de hereditate & eius petitione cognoſcentis. Eo namque nomine non alium ſignificare prudentes ſolent, quàm qui à Prætore vel à Præſide datus ſit. At reſtitutionis minorum alia ſemper ratio fuit: nec enim de ea cognoſcere alij potuerunt quàm Prætores in vrbe & Præfecti vrbis ex appellatione, vt in *d. l. Aemilius.* Præſides verò in prouinciis ad legem vſq; Iuſtiniani quæ extat in *d. l. vlt. C. vbi & apud quem cognit. in integr. reſtit. agit. ſit.* Ergo nec per modũ contradictionis proponi potuiſſet apud iudicem pedaneum qui de principali alia cauſa ordinaria cognoſcendi & pronunciandi ius habuiſſet, quamuis non negem poſſe hodie hoc fieri poſt *d. l. vlt. in fin.* Sed Pomponium, & Vlpianum ex eo iure, quod ipſorum temporib. obtinebat, explicamus, non ex eo quod nunc obtinet. Nam & morib. noſtris paſſim admittitur reſcindentis & reſciſſorij iudicij cumulatio, vt pragmatici loquuntur, quæ tamen ex iuris communis ratione admitti certè nũquam poteſt, ſed reſcindens iudicium abſolui neceſſe eſt antequàm ad reſciſſorium perueniatur *l. in cauſa 13. §. 1. in illis verbis, vel reſciſſa alienatione dato in rem iudicio ſupr. de minor.* vbi dixi & *in part. 1. Chiliadis noſtræ de error. pragmat. & interpret. iur.* Eodémq; modo intelligendũ eſt, quod in hoc §. ſequitur *Prætertà exceptio iſta ſine cognitio.* Non vt exceptio iſta & cognitio ſint idẽ quid & vnũ, ſed vt exceptio, id eſt, vt benè Accurſ. explicat, replicatio (nam & replicationes omnes ſunt exceptiones quædã ſecundariæ) referatur ad eũ caſum quo admittit Vlp. ex Pomponij ſententia replicationi locum eſſe poſſe, cognitio autem ad eũ caſum, quo velit Vlp. nõ replicationi, ſed reſtitutioni in integrum locum eſſe debere. Inter quos caſus illa etiam differẽtia eſt, quod petita per cognitionem prætoriam reſtitutione in integrum ſpeciale mandatum requireretur ſi eam petere minor per procuratorem vellet quod oppoſita replicatione non requireretur, quoniam idem eſſet iudicium, eadémq; inſtantia vt benè hîc Caſtrenſis notat, *ex l. illud 25. §. vlt. & l. ſeq. ſupr. de minor. & ex notat. per Innoc. in cap. coram de in integr. reſtit.*

a *Iuſiurandũ detulerit.* Intellige cum authoritate curatoris, ſi quem habuit: alioqui non valeret delatio, nõ magis, quàm ſi à pupillo facta eſſet, cùm minor curatorem habens æquiparetur pupillo quantum ad ea quæ ad bonorũ adminiſtrationẽ pertinent ex *l. ſi curatorem habens 3. C. de in integr. reſtit. minor.* ſi credimus interpretibus, contra quos tamen vide quæ ſcripſimus in Chiliade *de error. pragmat. decad.*

b *Aduerſus exceptionem iuriſiurandi.* Ponit ergo Iuriſconſultus egiſſe minorem ex prima ſua actione quæ ante præſtitum iuſiurandum ei competebat, eo ſcilicet caſu, quo non fuerit ipſo iure ſublata per iuſiurandum, aut potiùs quo ſit obreptum prætori impetrata actione tacito iureiurando, aut etiam eo caſu quo minor non voluerit haberi eam pro ſublata. Iuſiurandum enim habet ſpeciem quandam nouationis & delegationis, vt diximus ad *l. ait Prætor 7. ſupr. ex l. qui iuraſſe 26. §. vlt. infr.* ſcilicet cùm hoc actũ eſt: nam nec aliter fiebat iam olim nouatio *l. 2. infr. de nouat.* Nam ſi iuſiurandum modus eſt tollendæ obligationis etiam naturalis *l. vlt. infr. eod. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de ſolut.* multo magis obligationis ciuilis, ex qua naſcitur actio *l. licèt 42. § ea obligatio ſupr. de procurat.* Quòd ſi cum Caſtrenſi poneres alium caſum, quo ſublata fuiſſet ciuilis obligatio & conſequenter actio, puta ſi minor debitorem ſuum liberaſſet per acceptilationem aut vſucapta eſſet res mobilis & ita dominium rei ſuæ perdidiſſet, (nullo enim caſu volunt noſtri actionẽ priſtinam tolli per iuſiurandum, vt dicemus ad *d. l. qui iuraſſe 26. §. vlt.*) non poſſet minor incipere à prima actione quæ ampliùs nulla eſſet, ſed petere in integrum reſtitutionem deberet, vt ei reſtitueretur actio quæ nõ iam directa vt antea ſed vtilis dicenda eſſet & reſciſſoria & prætoria, proindéq; annalis tametſi rei perſecutoria. *ex reg. l. in honorariis 35. de oblig. & action.* vt benè Caſtrenſis notat. In qua reſtitutione de eo quærendum & cognoſcendum erit an læſus fuerit minor cùm iuſiurandum detulit, & iureiurando præſtito debitorem ſuum per acceptilationem liberauit, aut rem ſuam vſucapi paſſus eſſet, neque ſeparatim de exceptione aut replicatione vlla tractandum eſſet. Itaq; non eſt hic caſus, de quo egit Pomponius, & poſt eum Vlpianus.

c *Statim & circumſcriptum ſe docuit.* RAT. DVB. Minor plerumq; læſus præſumitur ita vt probatione onerandus ſit potiùs is contra quem reſtitutio in integrum poſtulatur: puta ſi minor in eo læſum ſe dicat, quòd pecunia in rẽ eius verſa non ſit, vt in *l. prædiorum 10. l. ſi prædium 16. C. de præd. minor.* Nõ eſt igitur probatione onerãdus minor vt ſe non modò minorem docere debeat, de quo equidẽ non dubitatur

Digitized by Google

tur *l. minor 32. l. de ætate 43 ſup. de minor.* ſed etiam circumſcriptum. Dec. Generale eſt vt actor quilibet ſuam intentionem probare debeat, alioqui ſummouendus ſit etiam ſi aduerſarius nihil præſtet *l. 4. C. de edend. l. actor 23. C. de probat. l. vlt. C. de rei vindic.* Atqui minor qui petit reſtitutionem in integrum etiã per viam exceptionis & contradictionis actor eſt *l. in exceptionib. 19. infr. de probat.* Ergo minori incumbit onus probandi ſe, & minorem & læſum fuiſſe. Alia quæſtio eſt, An pecunia in rẽ minoris verſa ſit: probatio enim ei iniungitur, qui cum minore contraxit, ſi contra legis prohibitionem & non ſeruatis ſolemnib. contraxerit nec adhibito curatore vt in *d. l. prædiorum & d. l. ſi prædium.* Secus ſi ſeruatis ſolemnibus, & authore curatore. Sed & ſi ſolutio facta ſit curatori ipſi, non cogitur diſputare is, qui ſoluit an pecunia verſa ſit in rem minoris *l. ait Prætor 7. §. ſed etſi ei ſupr. de minor.* De quo videnda ſunt quæ ſcripſimus in Codice noſtro *defin. 1. & 4. Si tut. vel curat. interuen.* Separant noſtri creditorem à cæteris, quaſi cauſa eius durior eſſe debeat, vt probare ſemper teneatur verſam eſſe pecuniam in rem minoris ex *l. 1. C. ſi aduerſ. credit.* Sed excipiendus tamen ille caſus eſt, quo quis crediderit minori authore curatore, vt ſcripſi *defin. 1. & 2. C. ſi aduerſ. credit.* Subinde quærunt de minore qui renunciauit appellationi aut paſſus eſt labi tempora ad appellandum præſtituta, aut cõpromiſit in arbitrum vel in arbitratorem, an poſſit ſtatim reſtitui in integrum, an verò probandum habeat ſe bonam cauſam fouere, vt ſe læſum probet, quemadmodum in ſpecie huius §. probare cogitur ſe alias probationes habuiſſe, vt probet ſe læſum in delatione iuriſiurandi. Et Bartolus quidem variauit, ſed eo iure vtimur, vt minori quidem detur reſtitutio ſtatim & ſine cauſæ cognitione ad fines vt aiunt agendi aut appellandi, ſed tamen non aliter vincat quàm ſi bonam ſe cauſam habere probauerit, ideóq; in finem iudicij differtur pronunciatio de iure & æquitate reſtitutionis. Idque certè multo æquius & expeditius eſt, nec minùs ſi compromiſſum ſit in arbitratores quàm in arbitros iuris, licèt Caſtrenſis diſtinguat. Nam etiamſi malam cauſam habens minor, nec ſatis idoneas probationes, potuit tamen vincere compromiſſo facto in arbitratorem qui ſecundùm ſuam conſcientiam ferre ſententiam poteſt, non eo minùs tamen læſus intelligitur, qui auxiliũ iuris communis ſibi ademit, ideóq; reſtitui ſtatim & indiſtinctè poteſt quãuis fieri poſſit, vt poſt impetratam reſtitutionẽ ſuccũbat in lite: ſibi namque imputet qui reſtitutionẽ maluit impetrare, quàm arbitri expectare ſententiã aut arbitratoris, per quem vincere fortaſſis potuiſſet *l. ſi minor 34. §. 1.* vbi dixi *ſupr. de minor. iunct. l. ſi dictum 56. § ſi cõpromiſſero de euict.* Quemadmodum enim nõ læditur minor qui iure cõmuni vtitur *l. vlt. C. de in integr. reſtit. minor. l. inter eos 51. §. pen. inf. de fideiuſſ.* ita è cõtrario læditur, qui iuris cõmunis auxiliũ ſibi præripit quale eſt appellationis *l. 3. § falſus procurator infr. rat. rẽ haber.* ſibi autẽ præripit qui in arbitriũ compromittit, quia ſtandum eſt ſententiæ arbitri ſiue æqua ſit ſiue iniqua *l. dum proferre 27. §. ſtari ſup. de recept. qui arbitr. recep. l. 1. C. eod.* licèt morib. noſtris magno reipublicæ malo permiſſa ſit appellatio & petitio reductionis ad arbitrium boni viri ex iuris canonici vt vocant æquitate *Can. iudic. 2. quæſt. 6. ca. 2. & cap. expoſita de arbit. c. cauſam Extr. de elect.* Quod iure ciuili nũquam permittitur niſi per oppoſitam exceptionem doli in ſingulari caſu *l. non diſtinguemus 32. §. cùm quidam ſupr. de recept. qui arbitr. recep.* Eſt autem tanto abſurdius quod volunt interpretes minorem non aliter poſſe reſtitui ad appellandũ, aut aduerſus cõpromiſſum quàm ſi probet ſe iuſtam appellandi aut non cõpromittendi cauſam habuiſſe, quod volunt probationes in hanc rẽ factas prodeſſe in principali negotio nõ debere. Sic enim Caſtrenſ. poſt alios, quia, inquit, probationes iſtæ ad aliũ finem producuntur *Ex cap. veniens. Extr. de teſtib.* Atq; ita duplici incommodo & diſpendio minorẽ afficiunt, quod iniquum eſt. Aliud eſſet ſi ſummariã illã cognitionẽ quam exigunt ad dandam minori reſtitutionem ex ſola actorum & inſtrumentorũ inſpectione perfici ſufficeret, nullis allatis nouis probationibus. Poſſet enim id fieri cõmodè ac ſine ſumptu. Sed cùm iudicium nullum ſit adeò ſummariũ, nulláq; cognitio tam ſummaria vt non ſit neceſſe fieri quicquid ſit vocatis omnib. qui ex eo actu lædi poſſent *l. de vnoquoq. 47. infr. de re iudic. l. nam ita 39 ſup. de adopt.* apparet nouas probationes quas noſtri à minore exigunt nõ ſine magno ipſius incommodo ſumptúq; fieri poſſe, quæ nihil ei in principali negotio ſint profuturæ, vt ei actum iterum agere ſit neceſſe. Cur ergo, inquies, cauſæ cognitionẽ requirit Vlpianus, ſi velit minor in integrum reſtitui aduerſus delationem iuriſiurandi? An non etiam appellationis auxilium ſibi præripit is, qui aduerſario iuſiurandum defert, cùm ex ſua velut confeſſione ac voluntate condemnetur? Eóq; ſanè videtur reſpexiſſe Pomp. cùm minori ſuccurrendũ eſſe dixit per replicationem ſolam, nulla reſtitutionis facta mentione, quod nec Vlp. negat in quibuſdam caſib. ſequendũ eſſe. Sed addit tamen, quod Pomp. prætermiſerat, plerunq; Prætorem ipſum debere cognoſcere an minor captus ſit. Non quaſi in dubio non ſit præſumendus captus & læſus, hoc ipſo quòd aduerſariũ in cauſa ſua iudicem conſtituerit (in eo namq; videtur Vlp. cum Pomponio ſentire: alioqui non plerunq;, ſed ſemper & omni caſu cognoſcere Prætor deberet, cùm nunquam poſſit ei ſubueniri tãquam minori ſi non & læſus ſit.) Sed vt intelligamus nõ ob id ſolùm quod quis minorem ſe docuit, videri etiam docuiſſe ſe captũ vt prohibendus ſit aduerſarius probare contrariũ: eſt enim hæc tantùm præſumptio iuris qua Pompon. nitebatur, vt minor qui iuſiurandum detuliſſet, hoc ipſo quo probatur minor fuiſſe delationis tempore pro capto quoq; habeatur, ſed quæ tamen non tanta probatio eſt, vt nõ admittat probationem in contrarium, ſi fortè is qui ex minoris delatione iurauit alleget velitq; probare non fuiſſe læſum minorem, ſed ſe non minus ex veritate, quàm ex delatione iuraſſe? An non neceſſaria eſt hoc caſu prætoria cognitio, ſi minor perſeueret dicere ſe & minorem, & læſum fuiſſe? Debet quidem minor docere ſe captum & læſum eſſe, ſed tamen docet aliquãdo ſola iuris præſumptione niſi aduerſarius probet contrarium vt in *d. l. prædiorum & d. l. ſi prædium.* Aliquando verò probare cogitur, Idque quoties præſumptio nulla eſt quæ pro eo vrgeat cõtra aduerſariũ, & eo caſu ſi probauerit haud dubiè vincit. Sic dicimus dotem quæ in prius matrimonium data eſt non aliter videri conuerſam in poſterius quã ſi id actũ fuerit vt Paulus loquitur in *l. dote 30. infr. de iur. dot.* ſed tamẽ *dum hoc agi ſemper interpretemur niſi probetur aliud conuentum eſſe,* vt ibidẽ ſubijcitur. Similiter & minor qui ſe captũ dicit in delatione iuriſiurandi, docere quidem debet ſe captum fuiſſe, ſed docet tamẽ ſatis ſola præſumptione iuris

Digitized by Google

hoc ipſo quod iuſiurandum detulit, niſi contrarium ab aduerſario probetur.

c *Præterea exceptio iſta ſine cognitio.* Rat. dub. Quæ ſunt ad agendum temporalia, ſunt perpetua ad excipiendum *l.purè 5. §.vlt.inf.de doli mali exc pt.l. petenda 6.Cod.de tempor in integr.reſt.l.licèt 5.C.de except.* Ergo quamuis reſtitutio in integrum ex capite minoris ætatis ſit petenda intra annum vtilem ſi ius vetus inſpiciatur, aut intra quadriennium continuum ab eo die numerandum quo incipiebat olim annus vtilis currere poſt Iuſtiniani conſtitutionem in *l.vlt.Cod de tempor.in integr.reſtit.* ſi tamen petatur per viam exceptionis, debet eſſe perpetua. Dec. Non poteſt aut perpetua eſſe aut tempore finiti exceptio quæ nunquã nata eſt: prius enim debet quid habere initium quàm vt finẽ habere poſſit vel debeat *l.Titio vſuſfructus 96.de condic. & demonſtr.l.non poteſt videri 208.de regul.iur.* Atqui non poteſt naſci exceptio, aut replicatio, antequàm actio propoſita ſit, quamuis naſci ſperetur. Meritò igitur Vlp. hîc ſcribit ſiue per modum exceptionis, id eſt, replicationis ſiue per viam cognitionis prætoriæ velit minor iuſiurandum ex delatione ſua præſtitũ improbare: neutrum ei poſt præſtitutum tempus elapſum permitti debere, quaſi non iã extincta, finitáq; exceptione quàm nunquam nata, vt non inſubtiliter Bartolus & Caſtrenſis tractant: at non meliùs quã Accurſ. qui benè diſtinguit inter exceptionẽ & replicationem, vt exceptiones quidẽ ſint perpetuæ, at replicationes non item, quia cùm ſint exceptiones ex parte actoris in cuius poteſtate fuit quãdo ageret, non maior in iis ratio ſit cur non finiantur tẽpore quàm in actionib.*d.l.petenda l.quæſitum 30.§.in dolo infr de pecul.* (etſi locus ille de replicatione doli nõ eſt vt vulgo putant, ſed de actione de dolo domini, quæ inſeri ſolet actioni de peculio *leg.in bona 36.eod.tit.* vt bene Cuiac.docuit *ad l.17.ſupr.de dolo*) *l.nec non 28.§.exemplo* vbi dixi *ſupr.ex quib.cauſ.maior. & ad l.in cuius 31.eod.tit.* quamuis alioquin, cùm actio perpetua eſt etiã doli replicationes ſint nõ minùs perpetuæ quã exceptiones *l.ſi pactum. 6.C.de except.* Et tamen in ſpecie huius §. vt Caſtrenſis argumentatur, ſi actor minore iuſiurandũ deferente iuraſſet, minorem ſibi debere, & cõuentus minor vellet excipere de minori ætate, & læſione nõ eſſet ei permittendum extra tẽpus petendæ reſtitutioni præſtitutum. Eſſet enim exceptio iſta reſciſſoria vt ita dicã, & reſtitutoria exẽplo actionis vti proinde intra idẽ tẽpus proponi deberet, quoties daretur nõ poſſeſſori *arg.d.§.exemplo.* Nec vnquam eſt actio perpetua domino, niſi cùm nactus eſt poſſeſſionẽ rei ſuæ ab alio vſucaptę ſi eam poſteà amiſerit *l ſi in cuius 31.eod. ill.tit.* nec proinde exceptio, niſi cùm poſſidet. Non diſplicet etiam quod Caſtrẽſis tradit, eas exceptiones nõ eſſe perpetuas quæ de ea re ſunt de qua etiã actio competere potuiſſet, ſed eodem tempore finiri quo actio ipſa finiretur, vt cernere eſt in exceptione non numeratæ pecuniæ *l.in contractib. 14.& l.vlt.C.de non numer.pecun.* Eiuſmodi eſt exceptio de qua in hoc §. nec obſtat, quòd exceptio doli ſit perpetua, cùm actio de dolo ſit annua iure vetere, hodie verò biennalis. Doli enim exceptio competit etiam ei qui dolum paſſus non eſt *l. 2.§.planè de doli mal. except.* ac proinde qui de dolo agere ipſe vltro nõ poſſet, præter id quòd aliquãdo dolus nullus eſt actoris niſi tũc cũ incipit agere *vt in l.2.§.circa eod ti.*

5 ¶ Sed & ſi quis in fraudem creditorum iuſiurandum detulit debitori: aduerſus exceptionem iuriſiurandi, replicatio fraudis creditorib. debet dari. Præterea ſi fraudator detulerit iuſiurandum creditori, vt iuret ſibi decem dari oportere: mox, bonis eius venditis, experiri volet: aut denegari debet actio, aut exceptio opponitur fraudatorum creditorum.

*Ad §. 5. Sed & ſi quis.*

Rat. dub. Exceptio iuriſiurandi non poteſt habere locum, nec proinde aduerſus eam replicatio, niſi in ea ipſa actione in qua iuratum eſt. Nec enim iuſiurandum de actione aut re aliqua præſtitum ad alias res aut actiones extendi poteſt non magis quàm ad alias perſonas *l. ait Prætor 7. ſupr. & §.vlt.huius l.cùm l.ſeq.l.de rebus 14.infr.rer.amot.* ſicuti nec pactum *l.ſi vnus 27.§.pacta quæ turpem verſ.ante omnia ſupr.de pact.* nec res iudicata *l.cùm quæritur 12. & ſeqq. infr. de re iudic.* Atqui ponimus in actione directa quæ debitori aduerſus debitores eius directo competebat iuratum fuiſſe nihil deberi. Actio autem quæ huius debitoris creditoribus competit aduerſus ipſius debitores non alia eſſe poteſt quàm vtilis, cùm detur tanquam obligatis prætorio pignore nominibus per miſſionem in poſſeſſionem rei ſeruandæ cauſa factam in bona omnia debitoris, & conſequenter in nomina, quæ bonorũ quoque appellatione continentur. *l.bonorum 49.de verb. ſignific.* ac ſi conuentione generali bona omnia debitoris pignori data proponerentur, quo caſu haberet creditor non directam ſed vtilem actionem in nomen debitoris *l. nomen 4.C.quæ res pignor.oblig. poſſ.l.ſi conuenerit.18.infr.de pignor.act.* ſicut & emptor nominis *l.5.l.poſtquam 7.& ſeq.C.de hered.vel act.vendit.* Ergo creditoribus hac vtili actione agentibus aduerſus debitorem debitoris, non poteſt opponi exceptio iuriſiurandi aduerſus debitorem ipſum in actione directa præſtiti, cùm & alia ſit actio, & alia agentis perſona: nec proinde creditoribus aduerſus hanc iuriſiurandi exceptionem neceſſaria vel vtilis videri poteſt replicatio doli mali. Dec. Actiones directæ & vtiles licèt diuerſæ ſint ſpeciei, tum quoque cùm de eadem re competunt, eiuſdem tamen poteſtatis ſunt eundémque habent effectum *l.actio 47.ſupr de negot.geſt.* nempe cùm aduerſus eãdem perſonam exercentur: nec poſſunt creditores tui habere plus iuris ex tua perſona contra debitores tuos, quàm tu ipſe habeas *l.nemo plus iuris 54.de regul.iur.* Atqui noceret tibi exceptio iuriſiurandi ſi contra aliquem ex tuis debitoribus experireris qui te deferente iuraſſet nihil tibi deberi. Ergo & creditoribus tuis eadem exceptio iuriſiurandi nocere debet. Quod tamẽ quoniam iniquum eſt, cùm in fraudem creditorum tale iuſiurandum, & à debitore delatum ſit, & ſuſceptum ab eius debitoribus, quos ponendum eſt fraudem participaſſe, vt interdicto fraudatorio, & Paulianæ actioni locus eſſe poſſit, æquiſſimum è contrario eſt doli replicationem creditoribus tuis accommodari ne ipſis noceat quod in fraudem ipſorum factum eſt. Non ergo debet hic locus intelligi de creditorib. agentib. Pauliana, vt malè putat Accurſius, in hoc meritò à Caſtrenſi reprehenſus, ſed de creditorib. agentibus vtili actione ex nomine debitoris tanquã obligato

per pi-

per pignus prætorium: nec enim poſſet in Pauliana actione locus eſſe exceptioni iuriſiurandi, quandoquidem in ea iuratum non fuit nec iurari potuit, cùm nec debitori competat qui alienauit aut qui iurauit, ſed ipſius creditoribus in quorum fraudem alienatum fuit. Planè, ſi creditores tui vellent agere Pauliana ad reuocationẽ iuriſiurandi poſſent vtiq; hoc facere, & vltrò petere vt iuſiurandũ in ipſorum fraudem delatum & præſtitum pro nec delato nec præſtito haberetur: reſcinditur enim per Paulianã, quicquid in fraudem creditorum quoquomodo malo more geſtũ eſt *l.1.& 2.& paſſ infr. Quæ in fraud. credit.* Sed eo caſu nihil eſſet quod de iuriſiurandi exceptione aut de replicatione aduerſus exceptionem danda tractari poſſet. Ratio tamen dandæ tuis creditorib. replicationis aduerſus exceptionem iuriſiurandi in ſpecie huius §. tota ex eo pendet, quod cui daremus actionem Paulianam multo magis danda ſit agẽti replicatio, ſicuti daretur ei exceptio ſi conueniretur, vt ad hunc §. Bartol. notat *l minus 156.§.1.de regul.iur.l.1.§.ſi autem infr.de ſuperfic.* Dicat aliquis, replicationem hanc non poſſe competere, niſi reſciſſo prius iureiurando quaſi nec delatum fuerit nec præſtitum, non poſſe autem reſcindi iuſiurandum niſi per Paulianam: prius igitur agendum eſſe Pauliana, exemplo eius quod in ſpecie §. præcedentis placere interpretib. diximus de replicatione minori danda poſt petitam ab eo in integrum reſtitutionem. Reſpondeo tunc neceſſariam eſſe Paulianam, cùm tale quid alienatum eſt quod in bonis debitoris eſſe deſiit, ſi quidem prius eſt vt reſcindatur alienatio facta in fraudem creditorum, quàm vt quod alienatum eſt habeatur pro nõ alienato, credatúrq; manſiſſe in bonis debitoris §. *item ſi quis in fraudem Inſtit de action.* Nec rurſus fieri poteſt, vt miſſio in poſſeſſionem bonorum debitoris facta rei ſeruandæ cauſa poſtulantib. creditoribus, ea quoq; bona comprehendat quæ per alienationem deſierunt eſſe debitoris, quin priùs reſtituantur quæ alienata ſunt in maſſam bonorum debitoris. At in propoſito, cùm debitore iuſiurandum deferente in fraudem creditorum ſuorum iuratum eſt, non ideò ſublata videri poteſt ipſo iure actio ciuilis, quę debitori in debitores ſuos competebat, cùm iuſiurandum non ſit modus tollendæ ciuilis obligationis, nec proinde actionis quæ ex ea naſcitur, ſed naturalis tantùm vt dixi ad *l.ait Prætor 7 ſup. ex l vlt infr. hoc tit. l.Stichum 95 §.naturalis infr.de ſolut.* Remanet igitur in bonis debitoris etiam poſt iuſiurandum ciuilis illa actio & quidem directa. Proinde vtilem quoque actionem ex eius perſona creditorib. competere non ambigitur, quæ extincta etiam directa nihilominùs danda iis eſſet, cùm neque ex facto neq; ex fato vnius alteri actio adimatur *l.Granius 71.§.vlt infr de fideiuſſ.l.3.de ſepar.l.1. C de oblig & act.* Non ergo indigent actione Pauliana, vt poſſint ſibi conſulere, ſed tantum æquitate actionis Paulianæ vt habeant replicationem: euſdem enim æquitatis eſt dare actionem, & replicationem. Nec ſimile eſt quod obiicitur ex §.præcedente, de replicatione danda minori per reſtitutionem in integrum. Nam neq; verum eſt dari replicationem illam, poſtulatã priùs reſtitutione, vt ibi docuimus, neq; hîc accidit, quod in ſpecie *d.§ præced.* vt alius debeat cognoſcere de æquitate replicationis, alius de æquitate Paulianæ actionis: quomodo alius eſt qui cognoſcit de reſtitutione minoris, alius verò de replicatione aduerſus iuſiurandum danda. Nam de replicatione iudex datus ſolus cognoſcit, de reſtitutione verò ſolus Prætor.

a *Præterea ſi fraudator.* Diuerſus eſt hic caſus à ſuperiore, eandem tamen habens rationem. Dictũ enim eſt de iureiurando delato à creditore debitori vero in fraudem creditorum, qui tamen debitor verus iurauerit ſe nihil debere. In hoc autem verſu agitur de iureiurãdo quod debitor in fraudem creditorum ſuorum detulerit falſo creditori, qui ex delatione iurauerit aduerſarium dare oportere.

RAT. DVA. Ex iureiurando non minùs naſcitur actio in factum ei qui iurauit, quàm exceptio *§.prox. infr. leg. actori 8. C. hoc tit.* & à nobis iam dictum eſt ſæpius in præcedentibus. Ergo ſi fraudator detulerit iuſiurandum falſo creditori, & is iurauerit decem ſibi dari oportere, mox bonis eius venditis ex edicto *de reb.author.iudic.poſſid.ſeu venund.* non vt mittatur in poſſeſſionem bonorum debitoris cum cæteris creditoribus, quomodo malè interpretatur Accurſius (debet enim miſſio in poſſeſſionem præcedere non ſubſequi venditionem bonorum, & cùm vnus ex creditoribus miſſus eſt in poſſeſſionem, cæteri quoque omnes miſſi intelliguntur *leg.cùm vnus 12.infr.ill.tit.de reb.author.iudic.poſſid.*) ſed vt in diſtributione precij ex venditione redacti concurrat ſuo ordine cum cæteris, non eſt ei deneganda actio, neque danda exceptio contra iurantem, cùm iuſiurandum pro veritate habeatur, ne alioqui quærendum ſit de periurio, quod detectum tamen nec puniri poſſit, nec impunitum remanere debeat. DEC. Dolum & factum cuique ſuum nocere oportet, non alteri *leg.1 ſupr.de alien.iu.ic.mut. cauſ.fact. leg.factum 155.in princip.de reg.iur.* nec debet fraus & dolus debitoris iuſiurandum deferentis in fraudem creditorum iis nocere, quos fraudare debitor voluit participante fraudem eo qui iurauit. Hoc enim omnimodo requiritur, vt Paulianæ actioni locus eſſe poſſit, & æquitati quæ Paulianam induxit *leg.1.leg ait Prætor 10.§.ait Prætor ..& paſſ.inf. Quæ in fraud cr.dit.* Ergo ſi debitore in fraudem verorum creditorum iuſiurandum deferente falſus creditor iurauerit dari ſibi oportere, non debet ea res nocere cæteris creditoribus nec falſo prodeſſe quamuis iurauerit, cùm de debiti fide conſtare non poſſit *vt in leg 1. C.de non numer.pecun.* Proinde quãuis ſtricto iure prætorio danda ſit actio ex iureiurando, Prætor tamen aut denegare illam debet ne faciat contra edictum ſuum, ſi iuſiurandum adprobet, quod delatum & præſtitum fuerit in fraudem creditorum, vel ſaltem ſi de fraude tam euidenter non appareat vt eam abſolutè denegare Prætor nõ poſſit, dare illam debebit ſub exceptione fraudis & doli, atque ita formulam actionis emendare vt loquitur Vlpianus in *leg.duob. 28 §.ſi ei qui debitorem infr. hoc tot.* quomodo & aliæ exceptiones quæ ad hanc ſpeciem propiùs accedunt, qualis eſt non numeratæ pecuniæ, creditoribus debitoris dari ſolent etiam inuito debitore *leg. pen. C. de non numer.pecun.* Sed in hac ſpecie hoc diſſimile eſt, quòd habent creditores aduerſus iuſiurandum exceptionẽ, quam non haberet debitor ipſe qui detulit fraudandorum ſuorum creditorum gratia, quoniam ei factum ſuum nocere deberet, nec fraudem & turpitudinem propriam allegans audiendus eſſet.

6 ¶ Iuſiurandum defenſoris, vel procuratoris ei ab aduerſario delatum pro-

deſſe, exceptionémque domino parere, Iulianus ſcribit. Idem ergo dicendum erit, & ſi datus ad petendum procurator, reo deferente, iurauerit dari mihi oportere: nam actionem mihi parit. quæ ſententia habet rationem.

*Ad §. 6. Iuſiurandum.*

RAT. DVB. Per liberam perſonam neq; actio neq; exceptio acquiri nobis poteſt, neq. aliud quicquam extra cauſam poſſeſſionis *l.1. Cod per quas perſon. nob. acquir. & extra caſum l.2. C. eod.* Ergo etiamſi defenſor quis vel procurator alterius iurauerit aduerſario deferēte vel nihil deberi actori vel abſenti eidémq; actori aliquid dari oportere, dicendū eſt nullam ex eiuſmodi iureiurando aut actionem aut exceptionem domino quæri poſſe. Atq; ita ex Pōponio idem Vlpianus noſter diſertè ſcribit in *l. non ſolùm 39 §.1. ſupr. de procurat.* ſi actoris procurator ex delatione vel relatione aduerſarij iurauerit abſenti dari oportere, agere illum debere hoc iudicio ſuo nomine propter ſuum iuſiurandum. *Aequè enim*, inquit, *hæc actio competere domino potuit*, ſed tamen non eo minùs de rato cauere illum oportere.

DEC. Tam per procuratorem qui mandatum à nobis habeat, quàm per defenſorem, id eſt, eum qui pro nobis vltro litem ſuſcipit, acquirere nobis actionem poſſumus non quidem directam ſed vtilem, in iis nimirum quæ circa litem in iudicio fiūt, adeò vt nulla ſit in eam rem opus ceſſione, vt noſtri vulgo tradunt ex *leg. in cauſa 27. §. ſi ex parte, iunct. l. ſeq.* vbi tamen vide quæ dixi *ſupr. de procurat.* Alioqui dicendum eſſet neque procuratori, neque defenſori permittendum eſſe, vt in iudicium rem deduceret, ſi non poſſet ſimiliter ea facere omnia quæ ad tractandi & finiendi iudicij cauſam pertinent *arg l.2. ſupr. de iuriſdict.* In quo numero eſt delatio & relatio iuriſiurandi, tum quoq; cùm iuſiurandum ex conuentione extra iudicium defertur cùm inſtar iudicij habeat & rei iudicatæ *l.1. ſup l qui iuraſſe 26. §. vlt. l. tutor pupill. 35 §.1 infr.* Nemo autē dubitat, quin & procuratori & defenſori liceat rem in iudicium deducere, vnde & illud placuit ex eorum pacto etiā domino acquiri exceptionem poſſe *l nam & nocere 12 cum præcedentib. & ſeq. ſupr. de pact.* non quidē pacti ſed doli vt ad eas leges notauimus. Quidni ergo etiam ex ipſorum iureiurando, quod pacti quoq;, & tranſactionis vim obtinet *d l.1 ſupr. d. l. tutor 35. §.1. & d. l qui iuraſſe 26. § vlt. inf.* Atqui ita ex Pomponio ſcriptum eſt in *l. vlt. §. pen. infr hoc tit.* præſertim cùm faciliùs ſit vt per procuratorem vel defenſorem acquiratur domino exceptio, quàm vt actio, quia exceptio prodeſt ad retentionem, quæ ſemper facilior eſt *l. 1 in princip. infr. de pignor.* Debet enim ſibi imputare is, qui procuratori alterius dato ſiue ad petendum ſiue ad defendendum aut detulit aut retulit iuſiurandum: niſi fortè dicat ſe & iudici & iudicio illudere voluiſſe, quod non eſſet ferendum. Directa ſanè actio per procuratorem acquiri non poteſt ex alterius iureiurando, vt interpretes omnes conſentiunt, ſed vtilis tamen pleriſq; caſibus acquiritur, maximè ſi ex re domini procurator ſtipuletur aut quid aliud tale faciat mandato non refragante *l. quod procurator 68.* vbi latiùs dixi *ſupr. de procur. l. ſi procuratori 79. infr. de verb. oblig.* Hic autem acquirit procurator ex re domini cùm de ea re iuratum ſit quæ ad dominum non ad procuratorē pertinet. Nec aliam fuiſſe ſententiam Pomponij quem Vlpianus refert & probat in *d. l. non ſolum 39. §.1. de procurat* apparet ſatis ex hoc §. qui eiuſdem Vlpiani eſt, & qui aliter cum *d. §.1.* conciliari nō poteſt, itēq; ex *d. l. vlt* quæ eiuſdem Pōponij eſt *§. pen infr.* quāuis eo loco non de actione tractetur, ſed de exceptione tantùm, quę vt dixi, faciliùs acquiritur, & ſine diſtinctione vtilis, & directæ. Etſi cadit hæc diſtinctio in exceptiones quoque. *l. quoties 21. de praſcr. verſ.* quāuis exceptiones omnes ſint ex æquitate, æquitas autem, vt ſæpius monui, ex publica vtilitate. Cæteræ interpretationes & cōciliationes quas noſtri adferūt poſt Accurſiū, vt actio quidē directa nō acquiratur domino, ſed tamē exerceatur à procuratore ad domini nō ad ſuam vtilitatē, aut vt hæc lex loquatur de procuratore in rē ſuam dato, ſunt improbabiliores quā vt admitti poſſint. Itē illa, quam de ſuo ingenio addit Bartol. vt loquatur Pomp. in *d l.39. §.1.* de procuratore quē non conſtaret habere mandatum Vlp. verò in hoc §. de procuratore habente verū, & certū mandatū planè cōmentitia eſt vt nemo non videt, nec Bart. ipſe negat qui aliam veriorē eſſe putat quā probamus de differentia vtilis actionis & directæ & in ea tandem conquieſcit.

7 ¶ Si petitor iurauit, poſſeſſore deferēte, rem ſuā eſſe: actori dabitur actio. ſed hoc duntaxat [a] aduerſus eū, qui iuſiurandū detulit, eóſq;, qui in eius locum ſucceſſerūt, ceterū aduerſ. aliū ſi velit prærogatiua iuriſiurādi vti, nihil ei proderit.

*Ad §. vlt. Si petitor.*

RAT. DVB. Non nuda voluntate amittuntur rerum dominia vel acquiruntur, ſed tantùm traditionib. iiſq; à domino factis *l. Si quis vi 17. §. differētia infr. de acquir. poſſ. l. traditio 20. de acquir. rer. domin. l. traditionib. 20. C. de pact.* Nemo autē dixerit iuſiurandū eſſe pro traditione, aut etiam pro titulo qui ſit habilis ad transferendū dominiū etiā coniuncta traditione vt in *l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Ergo etiamſi petitor iurauerit poſſeſſore deferente rem ſuam eſſe, non ideo tamen dari ei debet actio in rem ſiue directa, qualis eſt vindicatio ciuilis ſiue vtilis, id eſt, Publiciana, de qua tamen Vlpianū hîc intelligendū eſſe cōſtat ex eodē Vlp. in *l. ſed etſi 7. aliàs l. eum qui §. ſi petenti ſupr. de public. in rem act.* vbi etiam dixi, quamuis Accurſius & poſt eum cæteri locum hunc intelligant de actione in factum, quam naſci volunt etiam ex iureiurando iudiciali nō minùs quàm ex voluntario ad exēplum actionis quæ naſcitur ex iudicato *l. actori 8. C. hoc tit.* DEC. Iuſiurandū pro veritate habetur nec poſtquàm iuratum eſt, quæritur ampliùs quicquam aliud, niſi an iuratum ſit *l.5. §. dato iureiurando ſupr. & hac l in princip. 11. l. ſed etſi 11. § vlt. l. eum qui 30. in princip. inf.* Ergo quāuis petitor, qui aduerſario deferente iurauit rē ſuā eſſe, nō idcirco fiat dominus, ideóq; nec directā rei vindicationē habere poſſit quæ nō datur alij quā qui ſit dominus iure gētiū vel ciuili *l. in rem 23. ſupr. de rei vindic.* vtilē tamē habere debet, hoc eſt Publicianā *d. §. ſi petenti* quippe quæ ex eadem eſt iuriſdictione Prætoris ad quā pertinet iuſiurādū etiam tueri. Cui cōſequēs eſt vt actio in factū, quā petitori huic dant interpretes, locū habere nō debeat, cùm nō ſit niſi ſubſidiaria, vt cæteræ omnes in factū actiones, deficiētib. aliis quę certū ac ſpeciale nomē habēt: cuiuſmodi eſt Publiciana. Tantū abeſt vt verū ſit quod

vult

Digitized by Google

vult Accurſius, duplicem hoc caſu actionem in factum competere, vnam ex iureiurando, alteram ex ſententia poſt iuſiurandum præſtitum lata *arg. l. non eſt nouum 10. inf De act. empt.* Etſi enim aliàs tam ex iureiurãdo, quàm ex iudicato naſci ſoleat in factum actio, vtrumq; tamen fit ex neceſſitate, ne alioqnin eſſet inutilis ſententia & inutile iuſiurandum, ex quo agi non poſſet. At cùm alia poteſt actio competere, vt Publiciana in propoſito, nihil eſt quod de in factum actione tractari oporteat, niſi quod poſt ſententiam de Publiciana redditam, cùm per iudicatum fiat nouatio *l. vlt. Cod. de vſur. rei iudic.* cõſumpta eſt Publiciana & agendum neceſſariò in factum & ex iudicato. Nam etſi ex iureiurando in factum actio competeret, ſecuta tamen poſtea quãdocunque ſententia, eſſet illa quoque in factum actio perempta, nec alia poſſet ſupereſſe, quam ex iudicato, quæ, licet idem haberet nomen, alia tamẽ eſſet. Nec enim actiones in factum minus nouantur per iudicatum, quàm cæteræ etiam reales & vindicationes, ex quibus quiſquis condemnatus eſt, iam conueniri poſt iudicatum non poteſt actione vlla in rem ſiue directa ſiue vtili, ſed ſola illa in factũ actione, quæ naſcitur ex iudicato quolibet *d. l. actori 8. C h t.* vt proinde ſtulta ſit quæſtio, quam hîc noſtri tractant, an in ſpecie huius §. actio, quæ datur iuranti, ſit datiua an natiua. Nec dici poteſt cum Accurſio Publicianam, ſi qua hoc caſu competeret, fore vt daretur contra quemlibet, cum tamen actio in factum, quæ datur ex iureiurãdo, non detur niſi contra iurantem Repugnat enim Vlpian. in *d. § ſi petenti* vbi diſerte ſcribit, nec Publicianam iſtam dari contra quemlibet, ſed contra iurantem ſolùm, & habentes ab eo cauſam, vt ſequitur in hoc §. Refert ſanè, an petitor ſit, qui ex aduerſarij delatione iurat, an poſſeſſor. In petitore iurante id obtinet, quod diximus. At in poſſeſſore iurãte rem ſuam eſſe, cuius poſſeſſionem poſtea quoquomodo amiſerit, aliud eſt, nec aliam, quàm in factum actionem habere poteſt aduerſus eum qui detulit, ſi eiuſdem rei poſſeſſionem quouis modo nactus ſit *l. ſed ſi poſſeſſori 11. verſ. proinde infr.* quia ſcilicet non poteſt naſci Publiciana in fauorem eius, qui iam ipſo iurandi tẽpore poſſidebat, & cui nec poteſt tunc videri tradita res per petitorem non poſſidentem: nam nec è contrario per poſſeſſorem videtur tradita petitori, qui iurauit rem ſuam eſſe, ſcilicet eo tempore quo iurauit: ſed fingitur tradita iam prius quàm iuraretur, & quàm peteretur: nam cum non poſſit res eſſe petitoris, quin & titulus & traditio præceſſerit *d. l. nunquam nuda*, quiſquis iurat rem ſuam eſſe, perinde haberi debet ac ſi iuraret, & titulum habilem & traditionem iam antea præceſſiſſe. Nec proinde adhibẽda quoque illa diſtinctio eſt, quam adhibet Accurſ. *ad d. §. ſi petenti* an dominus fuerit, qui iuſiurandum detulit, an non dominus, cum ex eo iureiurando non aduerſus alium, quàm eum qui detulit, ius acquiratur: nec illa rurſum in qua Bartolus quoque poſt Accurſium conquieſcit, an is qui iurauit ex iureiurando ſolo, an verò ex traditione quoque ſibi facta, vt priore caſu actio duntaxat in factum competat, poſteriore verò etiam Publiciana. Nam & quiſquis nititur ex iureiurando, quo iurauit rem ſuam eſſe, nititur etiam ex traditione, quam ponit ſibi aut ſuo authori factam eſſe ſuppoſitis ſcilicet terminis habilibus, qui ſemper ſupponendi ſunt *l. tutor 35. §. 1. inf. l. 1. §. vlt ad SC. Tertyll.* cum nonniſi per traditionem dominia transferri poſſint *d. l. traditionibus 20. C de pact.* Quare nec ad rem pertinet quod Accurſio Bartolus obiicit, ex ea traditione, quæ per poſſeſſorem facta ſit petitori, qui iurauit rem ſuam eſſe, non potuiſſe transferri dominium, etiamſi verè res fuiſſet tradentis, quia tradidiſſet quaſi rem, quæ iam eſſet accipientis ex *l. 3. §. ſubtilius inf. de condict. cauſ. dat.* ergo nec Publicianam nec vſucapiendi condicionem, ſi non fuit dominus is, qui detulit iuſiurandum ex *l. clauibus 74. de contr. empt. §. namque Inſtit. de action.* Non enim damus Publicianam hanc petitori quaſi fingamus rem ei traditam à poſſeſſore, quem ponimus etiam poſt præſtitum iuſiurandum manere adhuc poſſeſſorem, ob idq; Publiciana conueniendum eſſe, ſed quaſi verum ſit & iuratum, habuiſſe illum & titulum anteriorem & quidem iuſtum habilémque ad transferendum dominium, & traditionem ſibi ſuiſve authoribus factam ſiue à domino ſiue à non domino, ſed cum bona fide. Itaque nec eſt neceſſarium, cum eodem Bartolo huius obiectionis effugiendæ gratia ad abſurdam illam eiuſdem Bartoli opinionem confugere; quæ vult ſpeciale eſſe in cauſa iudicati, vt ex ea dominium ſine traditione transferatur. Quam opinionem nos abundè refutauimus *in Error. Decad. vlt. de error pragmat.* Cætera, quæ ad huius §. interpretationẽ pertinẽt, explicauimus ad *§. ſi petenti.* vide & iunge quæ dicemus ad *l. ſed ſi poſſeſſori 11. v. proinde infr. hoc tit.*

a *Sed hoc duntaxat.* RAT. DVBIT. Iuſiurandum tire delatum pro veritate, adeóque pro veritatis probatione habetur, & contra quam non poſſit admitti probatio in contrarium, vt toties diximus ex *§. 1. ſupr. & l eum qui 30 inf. hoc ti.* Atqui veritas ſemper vna, eadémque & ſibi ſimilis eſt. Ergo quo caſu naſcitur actio ex iureiurando contra eum qui iuſiurandum detulit, naſci etiam debet contra alium quemlibet, cùm id quod reſpectu vnius verum eſt, falſum alterius reſpectu videri non poſſit. DEC. Prærogatiua iuriſiurandi illa quidem eſt, quomodo hîc Vlpianus loquitur, vt pro veritate habeatur, quoties ex delatione vel relatione præſtitum eſt; quia quiſquis defert, is aduerſarium ſuum iudicem teſtémque in propria cauſa conſtituit, vt diximus ad *l. 1. ſupr. ex l. 1. 1. ff. quarum rer. act. non det. &c.* Ergo nonniſi contra deferentem eiuſque ſucceſſores eiuſmodi prærogatiua vti poteſt is qui iurauit, non aduerſus alios, quia imputari poteſt is qui detulit, cur detulerit, non etiam aliis qui non detulerunt *l. iuſiurandum & ad pecunias 34. §. datur autem inf. hoc tit.* nunquam enim ex vnius facto lædi ius alterius debet *l. id quod noſtrum 11. §. non debet 74. de regul. iur. l. ſup. de alien. iudic. mut. cauſ. fact.* Eadem ratio facit, vt nec alij iuſiurandum proſit etiam illi ipſi qui iurauit, aut iis qui in locum eius ſiue vniuerſali ſiue ſingulari aliquo titulo ſucceſſerunt *l. cui Prætor 7. & ſeq.* vbi diximus *ſupr. hoc titul.* Vtroque enim caſu iuſiurandum & prodeſt & nocet ſucceſſoribus etiam ſingularibus, ſi modo poſteriorem cauſam habeant ab eo, qui iurauit aut contra quem iuratum eſt, quia iuſiurandum non tam perſonam afficit, quàm rem ipſam de qua iuratur. Et conſequenter alienatio fit cum ſua cauſa *l. alienatio 67. de contr. empt. l. 3. in princip. & §. 1. inf. de pignor.* nec enim poteſt melior eſſe cauſa ſucceſſoris quàm ſui authoris *l. iudicata 29. §. 1. de except. rei iudic.* dixi ad *l. 8. ſupra.*

10. Pavlvs libro18. ad Edictum.

QVia non deberet alij nocere, quod inter alios actum eſſet.

*Ad l. Quia uondeberet 10.*

Rat. dvb. & dec. eadem eſt quæ ad §. *vlt. legis præcedentis.* Hic enim ratio tantùm redditur generalior eius quod in *d. §. vlt.* ſcriptum fuerat actionem ex iureiurando dandam non eſſe niſi contra eum ipſum qui detulit, aut eos qui in ius ipſius ſucceſſerunt, nempe quia generaliter verum eſt non debere aliis nocere quod inter alios actum eſt, *Tot. tit. C. inter alios act. aliis non nocer. l. de vnoquoque 47. infra de re iudic. l. nam ita 39. ſupra de adopt.* Sic enim natura comparatum eſt, nec minus iure ciuili, vt melior condicio noſtra per alios fieri poſſit, ſed deterior non poſſit *l. ſoluendo 39. ſupr. de negot. geſt. l. melior 131. de regul. iur.* Aliqui tamen caſus ſunt in quibus ſententia etiam inter alios lata aliis nocet de quibus in *l. ſæpe 63. inf de re iudic. l. à ſententia 5. de appellat.*

11. Vlpianvs libro 22. ad Edictum.

SEd ſi poſſeſſori fuerit iuſiurandum delatum, iurauerítque rem petitoris non eſſe: quamdiu quidem poſſidet, aduerſus eum, qui detulit iuſiurandum, ſi petat, exceptione iuriſiurandi vtetur: ſi verò amiſerit poſſeſſionem, actionem non habebit: nequidem ſi is poſſideat, qui ei iuſiurandum detulit. non enim rem ſuam eſſe iurauit, ſed eius non eſſe. Proinde ſi cùm poſſideret, (&) deferente petitore rem ſuam iurauit: conſequenter dicemus, amiſſa quoque poſſeſſione, ſi is, qui detulit iuſiurandum, nactus ſit poſſeſſionem, actionem in factum ei dandam & fructus perceptos ex re[2], quam meam eſſe iuraui, reſtitui mihi placuit. ſed & partum editum, fœtúſque pecorum reſtituendos conſtat poſt iuſiurandum delatum.

*Ad l. Sed ſi poſſeſſori 11.*

Rat. dvb. Non debet poſſeſſor deterioris condicionis eſſe quàm petitor, cùm quiſquis poſſidet hoc ipſo plus iuris habeat etiam in pari iure quàm qui non poſſidet *l. 2. infr. Vti poßid.* præſertim cùm fauorabiliores ſint rei quàm actores *l. fauorabiliores 125. de regul. iur. l. Arrianus 41. infr. de oblig. & act.* poſſeſſor autem ſemper ſit reus, præſertim verò in actionibus in rem quæ nunquam vltro dantur poſſeſſori *§. 1. Inſtit. de action.* Cùm ergo petitori qui iurauit, non tantùm exceptio detur, ſi rei de qua iurauit, poſſeſſionem nactus ſit, ſed etiam actio ſi non poſſideat, vt dictum eſt in *§. vltim. legis præcedentis*, quidni eadem prærogatiua dabitur etiam poſſeſſori qui iurauerit? Dec. Alia ratio eſt hac parte petitoris, alia poſſeſſoris ob diuerſitatem formulæ concepti præſtitíque iuriſiurandi. Petitor enim nunquam ſic iurare debet, vt dicat rem quam petit, non eſſe poſſeſſoris, nihil enim ipſi tale iuſiurandum prodeſſet, cùm ei ad litis victoriam neceſſe ſit probare rem ſuam eſſe, alioqui ſuccumbet in rei vindicatione *l. vlt. C. de rei vindic.* ſiquidem non eſt bona conſecutio, vt res quæ non eſt poſſeſſoris ideò ſtatim ſit petitoris, cùm poſſit neutrius eſſe *leg. ſi inter me 15. infra de except. rei iudic.* quo caſu vincere tamen poſſeſſor deberet iure poſſeſſoris *d. l. 2. vti poſſid.* & vt interpretes loqui ſolent, per non ius actoris etiamſi nihil ipſe præſtaret *l. qui accuſare 4. Cod. de edend.* At poſſeſſori non eſt inutile iuſiurandum, etiamſi non iuret rem ſuam eſſe, ſi modo iuret non eſſe petitoris: hoc enim ſufficit, vt petitorem ſummoueat, qui non aliter poteſt in rei vindicatione vincere, quàm ſi probet rem ſuam eſſe *l. in rem 23. & paſſ. ſuprà de rei vindicat. l. Quintus 27. §. argento infra de aur. & argent. legat.* quod tamen probare amplius non poteſt, poſtquam iurauit poſſeſſor non eſſe rem petitoris. Melior igitur eſt etiam hac parte condicio poſſeſſoris quàm petitoris, cùm leuiore, & vt ita dixerim, negatiuo quoque iureiurando poſſit vincere. At ſi ponas eodem modo iuratum eſſe à poſſeſſore, quo poſuimus iuratum à petitore, ſcilicet rem ſuam eſſe, par & æqualis erit condicio vtriuſque, quia non tantùm exceptionem habebit contra petitorem qui detulit, ſi pergat ille petere, ſed etiam actionem aduerſus eundem petitorem, ſi quo caſu poſſeſſor amiſerit poſſeſſionem, eamque quoquomodo nactus ſit petitor, contra quem iuratum eſt, vt ſubiicitur in hac lege *verſ. proinde.* Differentia tantùm illa eſt, quod actio quæ datur petitori, qui iurauit rem ſuam eſſe, non alia eſt, quàm Publiciana, *l. eum qui 7. §. ſi petenti ſupr. de Public. in rem act.* vbi hæc ipſa ponitur antitheſis, quæ in hac lege, *& in §. vlt. l. prox. præced.* inter iuſiurandum delatum petitori à poſſeſſore, & illud quod poſſeſſori delatum eſt à petitore: quæ autem datur poſſeſſori iuranti ſimiliter ſuam rem eſſe, non Publiciana eſt, quippe quæ poſſeſſori nunquam acquiritur, ſed in factum, quæ cùm ſit ſubſidiaria, nunquam deficit quoties actionis dandæ aliqua æquitas ſupereſt, *l. quoties 21. infra de præſcript. verb.* In propoſito autem ideo deficit directa actio, quia poſſeſſori nulla acquiri potuit eo tempore quo iurauit, eadem ratione, qua Publicianam impediri diximus, quòd poſſidenti nulla vnquam acquiratur actio, qua nec indiget. Nam nec iurauerat poſſeſſor, vt acquireret ſibi actionem, ſed vt exceptionem ſolam ex iureiurando, qua indigebat ad ſummouendum petitorem. Non tamen deficit æquitas dandæ actionis, cum poſſeſſor iurauerit rem ſuam eſſe, mutatúſque ſit hodie ſtatus, facto iam poſſeſſore eo qui antea petitor erat, & petitore illo qui fuerat poſſeſſor, atque ita ceſſante iam cauſa quæ faciebat, ne iuriſiurandi tempore acquiri aliqua actio

poſſet

poſſet. Iuſiurandum enim per ſe tam aptum eſt ad producendam actionem, quàm ad pariēdam exceptionem, ſi modò concurrant cætera, quæ ſunt ad actionem inducendam neceſſaria. Quemadmodum autem exceptione vti non poteſt is qui non poſſidet, ita nec actione is qui poſſidet. Vnde fit, quod Accurſius hîc notat pro mirabiliſſimo, vt actio hæc in factum, quæ tempore præſtiti iuriſiurādi nec nata fuerat, nec naſci potuerat in fauorem poſſidentis, naſcatur tamen poſtea, deniqueà Prætore ſi poſſeſſor ille qui iurauit, poſſeſſionem ſubinde amiſerit, quæ quoquomodo peruenerit ad deferentem: vtque quod factum eſt ad exceptionem, proſit etiam ad actionem, vt & in ſpecie *l. quod mihi 12. inf. de liber. leg. l. ſi cum ante 7. C. de donat. ante nupt.* Nec proinde cauta viſa eſt, cur dicamus cum Accurſio ſpeciale eſſe in hac actione in factum, vt ex poſtfacto quoque incipiat competere, quaſi ſequatur in hoc naturam actionum realium, exemplo eius quod de actione ad exhibendū ſcriptum putat in *l. 3. §. eſt autem ſupr. ad exhib.* vbi tamen nihil tale eſt. Nam & actio ad exhibendum eſt perſonalis, vt ibidem ſcriptum eſt, & actiones omnes perſonales naturam propriam habent à realibus diſtinctam, in eo præſertim quod non dantur contra poſſeſſorem quemlibet, ſed contra eum duntaxat qui contraxerit, vel quaſi, aut deliquerit, vel quaſi, aut qui in contrahētis vel delinquentis ius ſucceſſerit, ſi actionem illam ad exhibendum excipias, quæ quoniam præparatoria eſt actionis in rem non aduerſus alium dari poteſt, quam qui poſſideat, & exhibendæ, ac ſubinde reſtituendæ rei habeat facultatem *d. §. eſt autem & §. vlt. euſd. leg. cum legib. ſeqq.* Idq; ita eſſe apparet in hac ipſa actione in factum, de qua tractamus: non enim datur contra poſſeſſorem quemlibet, quomodo daretur, ſi naturam actionis in rem imitaretur, ſed cōtra eum ſolum, qui detulit. Denique actiones in rē omnes naſcuntur ex præſenti poſſeſſione *l. non alias 24. §. ſed ſi poſt latum ſupr. de rei vind.* hæc verò in factum actio licet non detur niſi contra deferentem factum ex poſtfacto poſſeſſorem, non tamen naſcitur ex præſenti poſſeſſione, ſed iureiurādo tanquam quod ab initio fuerit aptum ad producendam actionem non minus quàm exceptionem, habens ſe indifferenter ad vtramque, & vt dicam apertius, hoc iuſiurandum producit quidem etiam ab initio actionem ſed potentia magis quā actu. nō.n. actu ipſo producitur ſtatim, ſed eſt producibilis, tamen ab illo ipſo inſtāti, quo iuratū eſt, dilata tantū ꝓductione ipſa in id tēpus, quo nulla erit ex parte materię repugnātia, quominus actio vel exceptio naſcatur: quod & Bartolus ſenſiſſe videtur, niſi quod male hoc ipſum refert ad ſimilitudinem actionum realium, quę non eo minus domino competunt aptitudine, quod rei ſuæ poſſeſſor ſit, quamuis actu non competant, quamdiu poſſeſſor eſt. Sanè in actionibus ciuilibus difficilius eſt, vt ex poſtfacto competant, quæ ab initio non competierunt, habent enim cauſam magis præciſam, & ad id tempus reſtrictam, quo debet aut nunquam naſci actio, quod & in prętoriis actionibus obtinet, quę certum nomen naturámque habent, vt Publiciana: ſed actiones in factum ſubſidiariæ, quæ maximè ex æquitate proficiſcuntur, qualis hæc eſt, facilius poſſunt in aliud tempus potentiam ſuam & aptitudinem extendere, dummodo earum æquitas ſemper duret, & ab initio ſtatim nata fuerit obligatio, quomodo in hac ſpecie nata fuit ex iureiurando. Actionem namque facilius eſt ſuſpendi aut extendi in certum vſque tempus, vt *in l. ſi finita 15. §. vlt. inf. de damn. infect.* quàm obligationem, tum quoque cùm obligatio pura eſt, vt *in l. interdum 73. de verb. oblig.* quanquam nec obligationem ipſam ſuſpendi quicquam vetat, vt cernere eſt in ſtipulatione conditionali *l. cedere diem 213. de verb. oblig. l. pecuniam 36 ſup. tit. 1.* Planè quod hîc tractat Bartolus etiam poſt factam executionem ſententiæ contra reum condemnatum ſi à poſſeſſione victor ceciderit, & res ad condemnatum redierit, poſſe iterum fieri executionem eiuſdem ſententiæ implorato iudicis officio quaſi adhuc duret contra eundem cōdemnatum, neque verum eſſe puto, neque probari ex hac lege: nulla enim hîc facta fuerat executio iudicati, quia nec iudicatum quicquam fuerat poſt iuſiurandum præſtitum, nec ſi iudicatum fuiſſet, vlla tamen executio fieri potuiſſet, cùm ſententia nō potuiſſet eſſe abſolutoria, quæ, vt pragmatici ſolēt dicere, ſuam ſecum ſemper trahit executionem. Cæterum facta ſemel executione ſententiæ, & per eam executionem victore facto poſſeſſore ſi poſtea poſſeſſionem amiſerit, non ideo redintegrari executio debet, ſed aliis actionibus aut remediis poſſeſſoriis vti victor debet, ad poſſeſſionem ſuam vel retinendam vel recuperandam, nec vllum iudicis officium ſupereſſe amplius in eam rem poteſt, non magis, quàm vlla iudicati actio *l. à Diuo Pio § ſi poſt addictum infr. de re iudic.* nec minus aduerſus condēnatum ipſum, quàm contra extraneum, quia ſicuti ſingulis controuerſiis ſingulæ actiones propoſitæ ſunt, ita ſingulis actionibus vnum iudicati finem, & vni iudicato vnam executionem ſufficere placuit, ne alioqui res abitura eſſet in infinitū *l. ſingulis 6. inf. de except. rei iudic. cum d. l. à Diuo Pio § ſed ſi emptor.* niſi poneres incontinenti, aut ſaltem modico interuallo interpoſito condemnatum eripuiſſe victori poſſeſſionem animo retractandæ, aut potius impediēdæ executionis, potius quàm nouæ committendæ violentiæ. Hoc enim caſu facile admitterem, quod Bartolo Caſtrenſis concedit, durare adhuc non modò iudicis officium, ſed ipſam quoque iudicati & in factum actionem, ad vrgendam ex integro executionem, quaſi ea necdum facta ſit, quæ facta nō durauit *arg. l. ſi pro patre 10. § verſum inf. de in rem verſ. cum ſimilib.* iunge quæ diximus ad *§. vlt. l. nam poſteaquam 9 ſupr. & ad d. l. cum qui 7. § ſi petens de Public. in rem act.*

a *Et fructus perceptos ex re.* RAT. DVBIT. Fructus percipiuntur & acquiruntur iure ſoli & dominij, *l. qui ſcit 25. §. 1. infr. de vſur.* Atqui poſſeſſor, qui rem ſuā eſſe iurauit, non ideo ſuam illam fecit, cum iuſiurādum non ſit modus transferendi dominij, adeóque nec titulus habilis ad tranſlationem inducendam dominij etiam ſecuta traditione. Ergo nec fructus ab alio fortaſſis vero domino percepti, contra quē iuratum eſt, reſtituendi fuerit ei, qui iurauit, idémque de partu ancillæ, & de fœtu pecorum iuris eſt, cùm fœtus quoque in fructu ſit *leg. in pecudum 28. de vſur.* partus verò licet nō ſit in fructu, vt ibidē ſcriptū eſt, & in *l. vetus fuit quæſtio 68 ſup. de vſufr.* eodē tamē ferè in omnibus iure quo fructus cenſetur *l. præterea 20. ſupr. de rei vindic.* DEC. Abſurdum eſt lucro condemnati cedere fructus rei, de cuius dominio victus ſit *l. ex diuerſo 35. §. 1. eod. tit.* vbi eleganter Paulus ſcribit, ſi alienum fundum petierim, & iudex ſententia ſua declarauerit meum eſſe, debere illum etiam de fructibus eodem tenore poſſeſſorem condemnare, vt cauſa fructuū in omnib. cauſam dominij ſequatur,

quandoquidem, vt in dubitandi ratione diximus, fructus in re ſoli & dominij, non ſeminis percipiuntur. Atqui cùm poſſeſſor iurauit rem ſuam eſſe, perinde eſt, acſi per ſententiam iudicis idipſum pronunciatum eſſet, cùm iuſiurandum habeat vim rei iudicatæ *l.1. & 2.ſup. l. poſt rem iudicatam 55. inf. de re iudic.* ideóque pro veritate habeatur exemplo rei iudicatæ *l. res iudicata 207. de reg. iur.* adeóque pro certiſſima veritatis probatione contra quam nec admitti probatio vlla poſſit *l.5. §. dato iureiurando l. nam poſteaquàm 9. in princip. & §.1. ſup.* Ergo etiamſi petitor vicerit, qui falſo iurauit rem ſuam eſſe, eodem tamen ſiue errore, ſiue periurio, idem de fructibus conſtituendum eſt, quod de re ipſa petita, vt ad eum pertineant, qui iurauit rem ſuam eſſe, licèt nihil de fructibus iurauerit, [de iis ſiquidem loquimur de quibus nec iurari potuerit, & qui percepti ſint poſt præſtitum iuſiurandum] cùm fructus ſint acceſſiones, & quidem naturales quæ proinde veniunt in conſequentiam neceſſariam *d.l. & ex diuerſo 35. §.1. de rei vindic.* Idq; obtinet nō ſolùm ſi poſſeſſor rē ſuam eſſe iurauerit, vt in ſpecie huius legis, ſed etſi petitor vt in *§. vlt. d.l. 9 ſup.* Eadē enim hac parte vtriuſq; caſus ratio eſt, quod & Accurſi⁹ noſter bene hîc notat.

1 ¶ Item ſi iurauero, vſumfructum alicuius rei vel meum eſſe, vel dari mihi oportere: eatenus mihi competit actio, quatenus, ſi verè vſumfructum haberem, duraret, quibus verò caſibus amitteretur [a], non competit mihi actio. Sed etſi rerum [b], in quibus vſusfructus, propter abuſum conſtitui non poteſt, iurauerit vſumfructum ſe habere, vel ſibi deberi: effectum iuriſiurandi ſequendum arbitror, ideóque tunc quoque videri eum rectè iuraſſe puto, & ex eo iureiurando poſſe petere vſumfructum, cautione oblata.

*Ad §.1. Item ſi iurauero.*

RAT. DVB. Vſusfructus non niſi certis modis conſtituitur *l.3. ſup. de vſuf.* inter quos modos non eſt iuſiurandum. Ergo ſi iurauero vſumfructum alicuius rei vel mihi dari oportere, non poteſt mihi eatenus dari actio quatenus ſi vſusfructus verè meus fuiſſet: prius enim eſt, vt vſusfructus ſit ritè rectéque conſtitutus, quàm vt peti & vindicari per confeſſoriam poſſit, ex *Tit. ſup. ſi vſuſ. pet.* DEC. Iuſiurandum pro veritate habetur, & pro veritatis probatione, vt toties diximus *l. eum qui 30. in prin. & §. ſi mulier inf. hoc tit. l. nam poſteaquam 9. in pr. & §.1. ſup.* nec poſtquàm iuratum eſt, de alio quærendum ſupereſt, quàm verum iuratum ſit, & quid iuratum: ſi ergo iurauerim vſumfructum alicuius rei vel meum eſſe, vt eum vindicem, vel mihi dari oportere, vt poſſim eum ex teſtamento petere, aut alia qualibet actione perſonali, dicendum eſt, perinde dandam mihi actionem de vſufructu, ſiue realem, ſiue perſonalem, acſi reuera meus eſſet, ſed non aliter tamen quàm ſi caueam boni viri arbitratu me vſurum, & finito vſufructu reſtituturum *d.l. eum qui §. vlt.* nam etſi vſusfructus verè conſtitutus eſſet, eadem cautio præſtari deberet *l.1. & tot. tit. ſup. vſufr. quem. caueat.* Sic mulier quæ iurauit dotem ſibi deberi, aut à ſe datam eſſe dotem, petere poteſt nulla etiam probata traditione vel numeratione, *d. §. ſi mulier* quamuis dotem ſola numeratio & traditio faciat, non ſcriptura, non confeſſio nuda, vel iuſiurandum *l.1. C. de dot. caut. non numer.* Sic dicimus, depoſiti obligationem non niſi re contrahi *l.1. §. is quoque inſ. de oblig. & action.* ſed tamen contractam probari ex ſola depoſitarij confeſſione *l. Publia 26. §. vlt. inf. depoſit.*

a *Quibus verò caſibus amitteretur.* RAT. DVB. Non poteſt finiri vſusfructus, qui nunquam conſtitutus fuit, necdum initium accepit *l. Titio vſumfructus 95. de condic. & demonſtr.* DEC. Non poteſt fictio plus operari in caſu ficto, quàm veritas in caſu vero *l. confeſſionibus 13. ſup. de interrog. in iur. fac.* & probatur optimè ex hoc loco, atqui vſusfructus quem meum eſſe iuraui: aut dari mihi oportere, ſi tam verè conſtitutus eſſet, quàm habetur pro conſtituto finiretur, iis modis quibus vſumfructum finiri & amitti placuit, de quibus dictum eſt *ſup. Tit. quib. mod. vſufr. amitt.* Ergo & cùm fictè conſtitutus eſt, per iuſiurandum æquè dicendum eſt iiſdem modis finiri eum quibus finiretur, ſi eſſet verè conſtitutus. Alioqui potentior eſſet, ac longioris vitæ vſusfructus fictitius quàm verus, quod abſurdum foret.

b *Sed etſi rerum* RAT. DVB. Confeſſiones aliæque falſæ & fictitiæ probationes ita demum admittendæ ſunt, ſi ius & naturam recipiant *l. ſi is cuius 14. §.1. ſup. de interrog. in iur. fac.* id eſt, ſi tale quid ſit, quod per rerum naturam, aut per iuris rationem, tale eſſe poſſit, quale fingitur. Ergo quamuis iuſiurandum pro veritate, adeoq; pro confeſſione habendum ſit, attamen tale eſſe debet id quod iuratur, vt verum eſſe poſſit. Atqui earum rerum quæ in abuſu magis quàm in vſu conſiſtunt, id eſt, quæ vtendo ſeruari non poſſunt, vſusfructus verus eſſe non poteſt, cùm vſusfructus ſit ius vtendi fruendi alienis rebus, ſalua earum ſubſtantia *l.1. ſup. de vſufr.* Ergo neque per iuſiurandum conſtitui poterit, aut pro cōſtituto haberi, ne plus poſſit fictio in caſu ficto quā veritas, vt diximus ad verſic. præcedētem. DEC. Poſt Senatuſconſultum de quo *l.1. & ſeqq. ſup. de vſufr. ear. rer. quæ vſu conſum.* cœpit quaſi vſusfructus huiuſmodi rerum conſtitui, introducto remedio cautionis de reſtituendo tantundem, vt ait *l.2. §. eod. tit. l.1. C. de vſufr. l. vxori 24. inf. de vſufr. legat.* ac proinde ſi effectum rei magis quàm ſubtilitatem iuris inſpicias, nihil intereſt inter verum vſumfructum & hunc quaſi vſumfructum, verba autem cum effectu magis quàm ex ſubtilitate iuris ſunt accipienda *l.1. §.1. quod quiſque iur. l. pen. §. docere ſupr. Ne quis eum qui in ius vocab. vi exim.* præſertim vt periurij ſiue ſuſpicio, ſiue calumnia euitetur: ſemper enim odioſa eſt præſumptio delicti *l. merito 51. inf. Pro ſocio.* Ergo ſi iurauero earum rerum, quæ in abuſu cōſiſtunt, vſumfructum meum eſſe, vel mihi deberi rectè iuraſſe videor, nō minùs quàm ſi iuraſſem de quaſi vſufructu, vt ex eo iureiurando poſſim quaſi vſumfructū petere, oblata cautione licèt in iurando nihil de cautione dictum ſit, quippe quam ſufficit præſtari ante perceptionem *d. l. vxori 24. de vſuf. legat. & d.l.1. C. de vſufr.* Ideoque offerri eam neceſſe eſt, priùs etiam quàm petatur, vt probant huius §. verba illa *cautione oblata. §. conſtituitur Inſt. de vſufr.* Effectus igitur iuriſiurandi ſequendus erit, vt Vlpianus hic ſcribit, nec nouum eſt,

quod

Digitized by Google

quod hîc notat Accurſius, vt ſi non valet quod ago, vt ago valeat, vt valere poteſt. §. *vlt. Inſtit. de adopt.* de quo noſtri tractant ad *l. 1. de iur. codicillor* itémque vt verba improprientur, potiùs quàm vt nihil operentur: debent enim intelligi ſecundùm ſubiectam materiam, *l. ex conducto 15. §. Papinianus aliàs l. ſi vno. verſ. ſed etſi. infr. locat.* præſtet enim verò vt actus valeat, potiùs quàm pereat *l. ſi tibi 20. ſupr. tit. proxim. l. quoties in ſtipulationibus 80. de verbor. obligat. l. quoties 1. de rebus dub.*

2 ¶ Si, cùm de hereditate inter me, & te, controuerſia eſſet, iurauero hereditatem meam eſſe: id conſequi debeo, quod haberem, ſi ſecundùm me de hereditate pronuntiatum eſſet: & non ſolùm eas res reſtituere debes[a], quas tunc poſsidebas. ſed & ſi quas poſtea cœpiſſes poſsidere: perindéque haberi, quod iuratum eſt, atque ſi probatum eſſet, idcirco vtilis actio mihi competit. Quòd ſi ego ex eadem hereditate poſsiderem[b], túque cœpiſſes petere eam, cùm aduerſus te iuraſſem, exceptione me vti debere iuriſiurandi. Planè ſi alius à me hereditatem petere cœperit[c], dubium non erit, (vt & Iulianus ſcribit) nihil mihi iuſiurandum prodeſſe.

*Ad §. 2 Si cùm de hereditate.*

RAT. DVB. & DEC. eadem eſt quæ ad §. præcedentem. Quod enim ibi traditur de vſufructu hîc proponitur de hereditate, vt ſi cùm de hereditate inter me & te controuerſia eſſet, iurauero te deferente hereditatem meam eſſe, ea omnia conſequi debeam quæ haberem, ſi ſecundùm me de hereditate pronunciatum eſſet. Quamuis enim hereditatis petitio ciuilis non alij poſſit competere, quàm ei qui verè heres eſt ſiue ex iure vetere, ſiue ex nouo *l. 2. & 3. ſupr. de hered. petit.* haberi tamen debeo pro vero herede, ac ſi probaſſem me verum heredem, ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato, cùm id quod iuratum eſt, perinde haberi debeat, ac ſi probatum eſſet, & ſuper eo pronunciatum, vt bene addit Accurſius: non enim probatio ſufficeret in petitione hereditatis, vt hereditatem conſequi actor poſſet, niſi de hereditate pronunciatum quoque proponeretur: ſententia enim illa eſt, quæ ius tribuit, aut ſaltem quæ ius quod competit declarat in cauſis ciuilibus *l. & ex diuerſo 35. §. 1. ſupr. de rei vindic. l. ſi fundus 16. §. ſi pluris infr. de pignor.* ſicut & in cauſis criminalibus, ex qualicunque crimine quantumlibet atroci & probato, non naſcitur infamia, niſi ſecutâ demum condemnatione *l. infamem 7. infr. de public. iudic. l. poſt contractum 15 infr. de donat.* Iuſiurandum ergo habet vim non tantùm probationis, ſed etiam ſententiæ *l. 1. & 2. ſupr.* quia ſcilicet habetur pro confeſſione facta in iure *l. poſt rem 56. de re iudic. l. 1. infr. quarum rer. act. non det.* Confeſſus autem ſua quodammodo ſententia damnatur *l. 1. l. 3. de confeſſ.* Ille autem qui iuſiurandum detulit, condemnatur ipſius aduerſarij ſententia *d. l. 1. quarum rerum act. non dat.* Proinde dicendum eſt actionem mihi ex iureiurando contra te competere: non quidem petitionis hereditatis vt malè interpretatur Accurſius (tota enim de hereditate quæſtio & controuerſia iureiurando iam decisa eſt *dict. l. poſt rem.* nec debet litis vnius finis alterius eſſe exordium *l. 3. C. de fruct. & lit. expenſ.* quod eueniret ſi pacta iam quaſi ex cauſa iudicati, perſecutio ad initium alterius petitionis redigeretur, vt Vlpianus noſter loquitur in *l. minor annis 40. in princip. ſupr. de minor.*) ſed actio illa in factum quæ ex iureiurando naſci ſolet qualis ex iudicato ipſo naſceretur *l. actor 8. C. hoc tit. & hac ipſa lege in princip. verſ. proinde.* Quamquam Accurſij quoque interpretatio defendi poteſt, vt actio vtilis petitionis hereditatis mihi competat aduerſum te ad conſequenda ea omnia, quæ in petitionem hereditatis venire ſolent, dum ne amplius quæratur in ea actione vtrum hereditas mea ſit, ſed de illo tantùm: an aliquid adhuc penes te habeas quòd poſſeſſorem dare oporteat, petitori vincenti in petitione hereditatis, quomodo & iuraſti mihi rem meam eſſe quam vſu capere cœperam, datur Publiciana, vt diximus ad *l. nam poſteaquam 9. §. vlt. ſupr. ex l. cum qui 7. §. ſi petenti. ſupr. de public. in rem act.* Nimirum, quia in huiuſmodi iudiciis, quæ ex iurando dantur, non id agitur, vt principalis cauſa exerceatur, quæ iam decisa eſt, vt modò dicebamus, ſed vt iuſiurandum conſeruetur *l. eum qui 30. in princip. infr. hoc tit.* ideóque non directa hæc actio eſt, ſed vtilis, quemadmodum Vlp. hîc ſcribit: nimirum quia non directa probatione nititur, ſed ficta. Nec tam ſum verè heres, quamuis iurauerim hereditatem meam eſſe, quàm habendus pro herede, ſatíſque mihi eſſe debet quod per actionem hanc vtilem tantundẽ conſequor quantum ſi directa hereditatis petitione egiſſem & viciſſem, cùm vtilis actio eiuſdem poteſtatis ſit, eundémque habeat effectum *l. actio 47. ſupr. de negot. geſt.* Non enim ob id ſolum, quod quæſtio de hereditate, de qua lis inter nos erat iureiurãdo meo decisa ſit, facere poteſt, vt petitio hereditatis conſumpta ſit, quomodo eſſet ſi eam ſemel exercuiſſẽ: præſertim cùm non poſſit iuſiurandum eam vim habere, vt eiuſdem actionem tollat ipſo iure *l. ait Prætor 7.* vbi diximus *ſup. hoc tit.* Ex quo intelligimus iuſiurandum hoc olim præſtari ſolitum in iure, id eſt, apud Prætorem in ipſa litis conteſtatione, antequàm daret actionem Prætor qui nunquam dabat, niſi poſt litem conteſtatam. Idque apparet euidentius ex verbis ipſis edicti De iureiurando, quib. ait Prætor ſe actionem non daturum eius rei nomine, de qua iuratum fuerit *l. ait Prætor 7. ſupr.* Itémque ex eo quod dicimus iuſiurandum habere vim confeſſionis & ſententiæ. Non etiam alius confeſſus habetur pro condemnato, quam qui in iure confeſſus eſt, & ante litis conteſtationem *l. 1. & 3. l. qui Stichum 5. infr. de confeſſ. 4. C. de repud. vel abſtin. hered.*

a Et *non ſolum eas res reſtituere debes.* RAT. DVB. Iuſiurandũ non ad alias res pertinere poteſt, quàm quæ ſunt penes deferentem eo tempore quo iuſiurandum vel defertur vel ſaltem præſtatur. Nam nec alias res tum reſtituere poſſeſſor potuiſſet ſi litigare noluiſſet. Vnde eſt, quod in omnibus ferè cauſis ſolemus inſpicere tempus litis conteſtatę, vt dixi ad *l. vinum 22. ſup. tit. prox.* quia quale quid eſt, quãtumque cum petitur, tale tantũmq; dari debet *l. 2. infr. de*

*vſur.* Sufficit igitur, vt cùm iuraui hereditatẽ meam eſſe, eas res mihi reſtituas, quas tũc poſſidebas, nec præterea vrgendus es, vt eas quoque reſtituas quas cœpiſti poſtea poſſidere. Quemadmodum ſolemus dicere, nõ poſſe videri in iudicium veniſſe id, quod poſt iudicium acceptum accidiſſet, ideoq́ue alia interpellatione opus eſſe *l. non poteſt 23. ſupr. de iudic.* Quidni enim bona ſit comparatio cùm iuſiurandum iudicij inſtar habeat *l. qui iuraſſe 26. §. vlt. l. tutor pupilli 35. §. 1. inf.* hoc quomodo eandem ob rationem ſolemus argumentari à iudiciis ad compromiſſa *l. 1. ſupr. de recept. Qui arbitr. recep.* Dec. Hereditas nomen iuris eſt *l. hereditas 50. ſupr. de hered. petit.* & quidem vniuerſale comprehendens res omnes hereditarias, non tantùm quæ defuncti fuerunt mortis tempore, ſed etiam quæ poſtea acceſſerunt, recipit enim augmentum & diminutionem *l. item veniunt 20. § item non ſolùm eod. tit.* Ergo cùm iuraui te deferente hereditatem meam eſſe, de rebus omnibus hereditariis iuraſſe intelligor ſiue à te ſiue ab alio tunc poſſiderentur: & quamuis non alias reſtituere poſſis, quàm quas poſſides, perinde tamen potes hodie reſtituere illas, quas à tempore iuriſiurandi præſtiti poſſidere cœpiſti, atque illas quas iam tum poſſidebas. Perinde igitur omnes reſtituere mihi debes *l. 4. l. item videndum 18. § pen. eod. ill. tit.* Nec tantùm in vniuerſalibus iudiciis hoc obtinet, quale eſt etiam actionis de peculio *l. quæſitum 30. in princ. inf. de pecul.* verùm etiam in actione in rem ſpeciali, & in actione ad exhibendum, vt ibidem ſcriptum eſt, & in *l. ſin autem 27. §. 1. ſupr. de rei vindic. l. tigni 7. §. ſi quis non poßideat ſupr. ad exhib.* Ergo ſi eas res, quas iuriſiurandi tempore poſſidebas, deſieris poſtea poſſidere, ſine dolo malo tuo, dicendum è contrario eſt abſolui te oportere. Nam & in actionibus in rem, & ad exhibendum idem contingeret, quamuis poſſit imputari tibi cur non ſtatim, & ipſo iuriſiurandi tempore eas reſtitueris *dict. l. tigni §. ſi quis cùm, & d. l. 27. §. 1. de rei vindic.*

b *Quòd ſi ego ex eadem hereditate poßiderem.* Rat. dvb. Multum diſtat hereditas à re aliqua hereditaria. Nam cùm hereditas ſit nomen iuris, vt diximus, non corporis, adeò vt etiam ſine vllo corpore poſſit ſubſiſtere *d. l. hereditas 51. de hered. petit.* eſt quid incorporale *l. 1. §. vltim ſup. de rer. diuiſ.* Res autem hereditariæ, ſiue ſint mobiles, ſiue immobiles, dum ne ſint iura & actiones, ſunt res corporales, ideoq́ue nec hereditas in re aliqua corporali & ſingulari, nec pars hereditatis vlla conſiſtere intelligitur, *l. quamuis 14. inf. ſi quis omiß. cauſ. teſtam.* imò, quod magis eſt, fructus hereditatis, non tam hereditati, quàm rebus ipſis hereditariis accepto feruntur *l. in fideicommiſſaria 18. infra ad Senatuſconſultum Trebellianum.* Ergo aliud eſt, iurare hereditatem meam eſſe, aliud verò rem aliquam ſingularem, licèt hereditariam: & quamuis iurauerim hereditatem meam eſſe, non ideo iuuandus ſum exceptione iuriſiurandi, ne cogar reſtituere rem ſingularem quam poſſideo.

Dec. Hereditas ab eo peti poteſt, qui vel vnam rem aliquam hereditariam iure hereditario poſſidet, quamuis minimam *l. etſi non totam 13. cum tribus ſeq. ſi quis omiß. cauſ. teſtam. l. regulariter 9. & ſeq. ſupr. de hered. petit.* Ergo ſicuti conueniri poteſt petitione hereditatis, quaſi poſſideat hereditatem, ita & permittendum ei eſt, vt deferente aduerſario iuret hereditatem ſuam eſſe, atque ita acquirat ſibi exceptionem iuriſiurandi pro ea re, non minùs quàm ſi in ea re tota hereditas vel hereditatis portio aliqua conſiſteret. Nam etſi quis non totam hereditatem, nec hereditatis portionem aliquam, ſed vnam rem vel minimam iure hereditario poſſideat ab inteſtato, cùm poſſidere eam ex teſtamento poſſet, placet ob eandem rationem teneri eum Edicto, *ſi quis omiß. cauſ. teſt.* perinde ac ſi totam hereditatẽ in fraudem legatariorum ab inteſtato poſſideret *dict. l. etſi non totam 13. iunct. l. cùm enim 16.* vbi hęc ipſa ratio adfertur *eod. tit.* Etſi enim res corporales, quæ in hereditate ſunt, efficiunt partem bonorum non hereditatis quæ valde inter ſe differunt, *l. ſi quis ſeruum 8. §. vlt. & l. ſeq. de legat. 2. l. ſubſignatum 39. § bona de verbor. ſignific. iunct. l. cogi 16. §. inde quæritur ad Senatuſconſultum Trebellianum.* hereditas tamen in ſe & ſub ſe continet materialiter, vt loquuntur, ac eminenter res omnes ſingulas hereditarias, vnde fit, quod diximus, vt qui rem vnam hereditariam vel minimam tenet, rectè hereditatis petitione conueniatur, denique quo caſu non poſſidenti actio ex iureiurando quæritur, multò magis exceptio poſſidenti acquiritur *arg. l. 1. infr. de pignor. & ex regula l. ſuuitem 156. §. 1. de reg. iuris.*

c *Planè ſi alius à me hereditatem petere cœperit.* Ratio dvb. Qualitas heredis indiuidua eſt, ſicut & perſona ipſa quam afficit, nec fieri poteſt, vt quis heres ſit quod ad vnum, quin heres ſit, quod ad omnes cæteros, non magis quàm vt quis alicuius rei ſit dominus, & non dominus, qui enim heredem dicit, ſignificat dominum *§. vltim. Inſtit. de hered. qualit. & differ.* Implicat autem contradictionem vt quis heres ac dominus ſit, & non ſit, ergo ſi te deferente iurauero hereditatem meam eſſe, debet iuſiurandum meum mihi prodeſſe, etiam quod ad omnes cæteros, ſiue petam ab illis hereditatem, ſiue illi à me. Dec. Non debet aliis nocere, quod inter alios actum eſt, vt Paulus ſcribit in lege præcedente, vbi diximus, nec iuſiurandum vera eſt probatio ſimpliciter, & indiſtinctè quantum ad omnes, ſed duntaxat quantum ad eum qui detulit, quíque imputare ſibi debet, cur detulerit, & aduerſarium ſuum iudicem, & teſtem in cauſa fecerit *l. 1. infr. quarum rer. act. non det.* Non igitur eadem prærogatiua vti poteſt, contra eos qui non detulerunt is qui iurauit, vt idem Vlpianus noſter loquitur in *l. nam poſteaquam 9. §. vlt. ſupr.* Sic dicimus interrogatoriam actionem, ex confeſſione illius qui interrogatus, in iure confeſſus eſt ſe heredem, non aliis dari poſſe quàm ei ipſi, qui interrogauit *l. vlt.* vbi dixi *ſup. de interrog. in iur. faciend.* Verum igitur eſt, quod Vlpianus hîc ex Iuliano ſcribit, ſi poſteaquàm te deferente, iuraui hereditatem meam eſſe, alius eandem à me petere cœperit, nihil mihi iuſiurandum prodeſſe. Accurſius tamen noſter aliam rationem adfert ex Azone cur hoc iuſiurandum mihi prodeſſe non debeat, quia, inquit, aut probatur de dominio, & tunc mihi non prodeſt Publiciana quam oppono iure exceptionis, ex regula *l. vlt. ſupr. de public. in rem act.* aut non probatur de dominio, & tunc nulla etiam oppoſita iuriſiurandi exceptione debeo vincere: ſed non erit bonum dilemma, niſi priorem eius partem adiuues, ratione illa quam attulimus, quod iuſiurandum inter alios præſtitum aliis nocere non debeat, nam contra deferentem ipſum, quamuis reuera eſſet dominus, certum eſt, poſſe opponi Publicianam per viam exceptionis, quandoquidem etiam per viam actionis proponi contra eum poſſet, vt diximus in ſuperioribus ad initium huius legis ex *l. eum qui 7. §. ſi petenti ſupr. de Public. in*

*rem*

*rem act.* Ideo ergo non poteſt opponi Publiciana per eum qui iurauit contra extraneum, poſtea agentem, non tantùm quia ſit dominus, ſed quia cùm ſit dominus, & heres, non ille eſt, qui iuſiurandum detulit, vt proinde nulla conſeruandi iuriſiurandi neceſſitate ſubſiſtente, at ne quidem ratione, conſequens omnino eſt, vt principalem cauſam exerceri, & ſuo marte currere oporteat, *d.l.eum qui 30.in princ.infr.hoc tit.*

12. IVLIANVS libro 9. Digeſtorum.

IDem eſt, & ſi ego à quolibet alio poſſidente res hereditarias petere vellem. quia & ſi petiſſem à te hereditatem, & probaſſem meam eſſe, nihilominus ab altero petendo, id ipſum probare neceſſe haberem.

*Ad l. Idem eſt 12.*

RAT. DVB. & DECID. eadem eſt quæ ad verſ. vltimum legis proximè præcedentis: nam ſiue is qui iurauit hereditatem ſuam eſſe contra Titium, qui res aliquas ex ea hereditate poſſidebat, eandem hereditatem petat à Mæuio alias res hereditarias poſſidente, qui caſus eſt huius legis, ſiue conueniatur ipſe ab alio, vt in *dict. verſ. vltim.* non poteſt iuſiurandum iis nocere, qui non detulerunt. Eiúſque rei nouam rationem Iulianus hîc adfert, quia, inquit, etſi petiſſem à te hereditatem, & probaſſem meam, nihilominus ab alio petendo idipſum probare neceſſe haberem. Senſus eſt non poſſe maiorem vim eſſe huius iuriſiurandi quàm vt habeatur pro vera, certáque probatione. Atquin etiamſi probaſſem me heredem contra Titium, non poſſet tamen ea probatio mihi prodeſſe contra Mæuium tanquam res inter alios acta. Nam nec probationes in vno iudicio contra vnum factæ poſſunt in alio iudicio, & aduerſus alium prodeſſe: nec parua altercatio eſt inter noſtros interpretes, an acta in vno iudicio faciant fidem, in alio etiam inter eaſdem partes, de quo alio & commodiore loco fortaſſe ſcribemus: at per alias partes non prodeſſe nec fidem facere certiſſimum eſt, probátque hic locus optimè: quod ergo non poſſem aſſequi per veras certáſque probationes, multo minùs poſſum aſſequi per fictam, qualis illa eſt, quæ per iuſiurandum inducitur *l.eum qui 30.in princip. infrà hoc tit.* Quod autem Accurſius noſter addit, hanc Iuliani ſententiam & rationem procedere, ſi agam petitione hereditatis, aut actione in factum ex iureiurando, nō etiam ſi agam Publiciana, nimirum quaſi Publiciana danda ſit, contra quemlibet ei, qui aliquo deferente iurauerit rem ſuam eſſe, contrà quàm ſcriptum ſit in *l.eum qui 7. §.ſi petenti ſupra de Public. in rem act.* Hoc verò nos iam refutauimus ad eum locum & ad initium huius legis.

13. VLPIANVS libro vicenſimoſecundo ad Edictum.

SI duo patroni eſſent, & libertus; altero deferente, iuraſſet, ſe libertum eius non eſſe, vtrum alteri totius debitæ patronis portionis, an verò dimidiæ debitæ eis partis bonorum poſſeſſio competeret? & ait, ſi is, cui iuratum eſt, patronus fuiſſet, alteri ſuæ partis bonorum poſſeſſionem competere: nec ei prodeſſe, quòd aduerſus alterum libertus iuraſſet, multum tamen fidei, & auctoritatis [a] apud iudicem, patronum habiturum, quo magis ſolum ſe patroni probaret, quod libertus iuraſſet, alterum patronum non eſſe.

*Ad l. Si duo 13.*

Pendet etiam hæc lex, vt ſuperiores duæ ex eo quod dictum eſt in *§.vlt. l.nam poſteaquàm 9. & l. ſeq.* iuſiurandum inter alios præſtitum, aliis nec prodeſſe nec nocere. Tractat enim hîc Vlpianus de duobus patronis eiuſdem liberti, qui altero ex patronis deferente iurauerit eum patronum non eſſe, & quærit vtrum alteri qui non detulit, antè ſibi debitæ tantùm partis bonorum poſſeſſio poſt mortem liberti competeret contra tabulas de qua in *tit. de bon. libert.* an verò alterius quoque portionis alij patrono debitæ cui iuratum fuit: hanc enim quæſtionem eſſe quæ hîc proponitur, conſtat inter omnes, ſed non quibus verbis: aliter enim habet vulgata lectio, aliter Florentina: vulgata ſic concepta eſt, *Vtrum alteri antè ſibi debita portionis an verò dimidia debita et ſua partis bonorum poſſeſſio competeret*, in quibus verbis conſtruendis, quæ certè nec conſtrui commodè poſſunt, mirum eſt quantopere Azo & Accurſius ſe torqueant. Florentina verò in hunc modum, *vtrum alteri totius debita patronis portionis, an verò dimidia debita eis partis bonorum poſſeſſio competeret.* Vtraque, niſi me fallo, vicioſa eſt: prima enim pars quæſtionis non eſt de tota portione patronis debita, id eſt, de tota dimidia, quæ inter patronos, quoties plures ſint, diuidenda eſt, *leg. ſi ex patronis 10. in princip. leg. ſi libertus 34. infrà de bon. libert.* ſed de parte ante debita, quàm alij patrono iuratum eſſet, id eſt, de dimidia parte dimidiæ: poſterior autem pars eſt de tota dimidia, duobus patronis ſimul debita. Itaque ex duabus lectionibus hanc vnam conflare malo *vtrum alteri antè ſibi debita portionis* quomodo habet vulgata lectio *an verò dimidia, debita eis partis* vt habet Florentina, id eſt, quæ dimidia tota, pars eſt debita duobus patroni *bonorum poſſeſſio competeret.* Nihil enim eſt quod inexplicabilem faciat vulgatā editionem, præter illa verba *et ſua* quæ nos tollimus & pro iis reponimus ex Pand. Flor. dictionem vnicam *eis* quæ non ad alterutrum ex patronis, ſed ad ambos referatur. Reſpondet autem Vlpianus ad pro-

poſitam quæſtionem, ſi is cui iuratum eſſet, patronus verè fuiſſet, alteri ſuæ tantùm partis, id eſt, ante ſibi debitæ, quàm excluſus eſſet alius patronus, bonorum poſſeſſionem competere, nec ei prodeſſe cui iuratum non eſt, quod aduerſus alterum libertus iuraſſet. RAT. DVB. Qui libertum ſe confitetur, is vt patronum aliquem habeat neceſſe eſt, & quidem in ſolidum, ſi non plures habeat patronos, nec enim magis fieri poteſt, vt pro parte ſit libertus quàm vt ſeruus *l. 1. & 2. C. de comm. ſeru. manum. l. ſi pariter 9. in fin. de liberal. cauſ.* Atquin hic de quo agimus, qui duorum libertus aſſerebatur, non negabat ſe libertum, nec rurſum iurauerat ſe nullius libertum eſſe, quod neceſſitate potuiſſet alterutro duntaxat deferente, ſed tantùm ſe alterius qui iuſiurandum detulerat, libertum non eſſe. Conſequens igitur eſt vt hoc ipſo maneat, & probetur non præſumptiuè ſolùm, ſed etiam concludenter, libertus in ſolidũ alterius, contra quẽ nihil iuratũ eſt. Quidni enim ei liceat totum libertum ſuum dicere qui nullius alterius libertus æquè dici poſſit? *l. rectè dicimus 25. de verb. ſignif. l. illud 46. de rit. nupt.* ſiue ſe alicuius libertum eſſe fateatur, ſiue dicat ſe ingenuum. Ac proinde fatendum eſt iuſiurandum quod ei ea patronis noceat qui detulit alteri patrono qui non detulit, prodeſſe, ſi nõ per ſe & directò, ſaltem per conſequentias neceſſarias. DEC. Iuſiurandum inter alios præſtitum ſicut aliis nocere non debet qui non detulerunt, ita nec prodeſſe *l. quia non deberet 10. ſupr.* ſi eos excipias qui à iurante cauſam poſteriorem habuerunt, etiam titulo aliquo ſingulari, vt ſcriptum eſt in *l. ait Prætor 7. & ſeq. ſup. hoc tit.* aut qui ſint ſocij obligationis, quales ſunt correi debendi *l. in duob. 28. in princip. infr.* Ergo ſi is cui iuratum fuit patronus fuerit, quomodo ponitur in principio huius legis, duos fuiſſe patronos, dicendum eſt alteri patrono prodeſſe non debere, quod aduerſus alterum libertus iurauerit, nec ideo tamen verendum eſt, vt non niſi pro parte libertus maneat ſi alium compatronum oſtendere non poſſit: nec enim iuſiurandum poteſt extinguere iura patronatus ipſo iure, ſed tantummodo patronum cui iuratum eſt, excludere à petitione bonorum poſſeſſionis, & operarum, quia nec aliter iuſiurandum conſeruari & ratum manere poſſit *l. eum qui 30. §. pen. infr. hoc tit.* Sicut è contrario, ſi quis iurauerit ſe patronum alicuius, non ideo tamen fit patronus, adeò vt nec acquirat ſibi ius petendæ bonorum poſſeſſionis defuncti quandocunque liberti, nec petendarum operarum *l. ſi iurauero 14. infr. de iur. patron.* vbi hæc ipſa ratio redditur, quam attulimus, *quia iuſiurandum patronum non facit*, niſi iurauerit aduerſarium libertum ſuum eſſe, *l. adoptiuum 8. §. patronum ſupr. de in ius vocand.* vt dicemus latiùs ad *d. l. eum qui 30. §. pen. inf.* Et in ſumma in hoc iudicio quod ex iureiurando datur, non principalis cauſa exercetur, quæ eſſet de iure patronatus, ſed iuſiurandum ſolummodo conſeruatur *d. l. eum qui in princ.* Nihil ergo vetat, & pro patrono non haberi eum, cuius libertum ſe non eſſe iurauit libertus, & alium pro ſua tantum parte quam habebat in eo liberto ante iuſiurandum præſtitũ iura patroni retinere, & quãtum ad operas, & quantum ab bonorum poſſeſſionem contra tabulas, vt pro alia parte libertus qui iurauit, interim libertate huius iuris patronatus fruatur, exemplo eius quod ſcribit Proculus in *l. aquam 16. in fin. ſupr. quemadm. ſeruit. amitt.* Interim, inquam, id eſt, quouſque patronus alter cui iuratum non eſt probauerit ſe patronum in ſolidum: nam ſi fateatur ſe pro parte duntaxat patronum eſſe, tametſi patronus alius nullus appareat, quæſtioni locus non eſt, ſicuti nec ſi libertus contentiat ſe patronum alterum ſolum & in ſolidum habere, neque item ſi libertus hic fateretur ſe pro parte libertum huius qui ſe ſolum patronũ dicit, nec alium patronum allegaret: argueretur enim ex ſuo mendacio vt bene Caſtrenſis diſputat ex *l. rem alienam 41. infr. de pignorat. action.* Quamquam in ſpecie huius legis ponendum eſt defunctum fuiſſe libertum, & litem à patrono non cum liberto ipſo inſtitutam, ſed cum alio qui ſe patronum æquè diceret, aut cum liberti heredibus de eius hereditate cum patrono contendentibus, alioqui non eſſet tractandum de bonorum poſſeſſione liberti viuentis. Alia ratio eſt communis liberti, à quo alter ex patronis iuſiurandum exegit, contra legem Æliam: Sentiam, ne vxorem vnquam ducat, iniuncto ei præcipuo cœlibatu: alter enim qui extra culpam fuerit, partis vtrique debitæ bonorum poſſeſſionem ſolus habebit liberto mortuo, quemadmodum ſi alter cõpatronus prædeceſſiſſet ſine liberis, & hic ſolus ſuperuixiſſet, vt in *l. à communi liberto 24.* ſic enim legendum eſt, *infrà de bon. libert. l. vnic. C. ſi liberal. imper. ſocius ſine hered. deceſſ. lib. 10. tit. 14.* His enim caſibus extinguitur omnino, & ipſo iure totum ius patronatus in perſona eius, qui aut contra legem fecit aut ſine liberis antè defunctus eſt *l. qui contra 15. iunct. l. adigere 6. §. ſi patronus infr. de iur. patron. l. quæſitum eſt 31. infr. qui & à quib. manum. liber. non fiunt d. l. adoptiuum 8. §. vlt. de in ius vocand.* quæ res inducit facilè ius adcreſcendi, non etiam excluſio quæ ipſo iure non fit, ſed ope tantùm exceptionis, vt poſt Accurſium Bartolus hic docet; addens ſic eſſe interpretandam & reſtringendam Conſtantini conſtitutionem *in d. l. vnic.* quamuis malè Caſtrenſis in hanc rem alleget *l. vnum ex familia 67. §. ſed ſi vno de leg. 2.* vbi per exceptionem doli non deficit portio, ſed retinetur, de iure adcreſcendi quod patrono datur, vide *l. ſed cùm patrono 6. de bonor. poſſ. l. ſiue patronus 2. §. ex duobus de iur. patr.* Certè mirum non eſt, maiorem eſſe poteſtatem legis Sentiæ, quàm hominis aut iuriſiurandi ſiue pactionis & tranſactionis ſiue rei iudicatæ vim obtineat *l. vlt. infr. de ſuis & legit.*

a *Multum tamen fidei & authoritatis.* Senſus eſt, non poſſe quidem hoc liberti iuſiurandum, quod ei nocet ea patronis qui detulit, prodeſſe alteri qui non detulit, vt ei ſufficere debeat ad litis victoriam, quod libertus iurauerit, ſe alterius libertum non eſſe, cùm ſit res inter alios acta, nec ad patroni alterius vtilitatem, ſed ad ſuam libertus iurauerit, ita vt non eo minus vinci debeat, is qui ſe nunc in ſolidum patronum eſſe dicit, ſi alias probationes non adferat, ſed tamen aliis probationibus, ſi quas proferat, vt poſſit vincere, multum fidei & authoritatis acceſſurum eſſe, ex eo liberti iureiurando ad mouendum eum qui de patronatus iure cognoſcet, vt credat facilius hunc eſſe patronum ſolum liberti, cuius nemo alius patronum ſe poſſit hodie dicere aut probare: nempe ſi libertus, alicuius ſe libertum fateatur, nam ſi ideo iurauerit ſe deferentis libertum non eſſe quòd ingenuum ſe diceret, nulla ex tali iureiurando pro alio patrono naſci præſumptio poteſt. Facit ergo iuſiurãdũ hoc eius qui ſe libertinum fatetur, præſumptionem qualem qualem pro altero patrono, contra quem iuratum non eſt, ſed non talem, vt vel ex ea præſumptione ſola

poſſit

Digitized by Google

poſſit vincere, vel probandi onus totum in aduerſarium transferre, vt intelligamus, non eſſe hanc iuris præſumptionem, quomodo videtur ſenſiſſe Zaſius, & cum eo plerique, ſed diſpoſitionem quãdam potius ad inducendam probabilem credulitatem. Nam quemadmodum præſumptio quam noſtri vocant iuris & de iure pro indubitata probatione eſt, ita vt non admittat probationem in contrarium *leg. filium 6. ſupra de his qui ſui vel alien. iur. ſu. t.* ita præſumptio iuris quamuis non ſit æquè probatio, eam tamen vim habet, vt probandi onus totum transferat in aduerſarium *l. ſi chirographum 24 & ſeq. infr. de probat.* Sic dicimus, neque profeſſionem matris negantis ſe grauidam eſſe ex marito nocere filio, neque patris confeſſionem adeò ei prodeſſe, vt hoc ipſo debeat haberi omnimodo pro ſuo herede ac neceſſario, ſed tamen grande præiudicium, aut pro filio, aut contra filium ex eo naſci *l. 1. §. Iulianus infr. de agnoſc. & alend. liber. iun. ct. leg. imperatores 29. §. 1. de probat.* RAT. DVB. Quod inter alios geſtum eſt, nullum omnino præiudicium inter alios generare debet *l. quia non deberet 10. ſupr. hoc tit. l. Lucius 21. ſup. de his qui not. infam.* Generaret autem præiudicium aliquod ſaltem quale quale, ſi leuiores probationes ab alio patrono exigerentur, ob iuſiurandum præſtitum aduerſus alium patronum *leg. prox. ſupr.* præſertim ſi ponas, de hoc iure patronatus contendi, non inter patronum hunc qui ſe ſolum patronum aſſerit, & alium qui ſe pro parte patronum dicat, ſed inter patronum hunc, & libertum, qui ſe alterius libertum non eſſe iurauerit. Nam cùm ad ſuam vtilitatem ita iurauerit, an non perabſurdum fuerit quale quale præiudicium ſentire illum ex ſuo iureiurando, ex quo etiam exceptionem ſibi acquiſierit? quemadmodum ſolemus dicere exceptionem rei iudicatæ, neque ei prodeſſe debere, contra quem iudicatum eſt, nec ei nocere, pro quo lata fuit ſententia *l. ſi à te 9. § 1. l. euidenter 16. inſf. de except. rei iudic. l. ſi fundus 6. §. creditor inſr. de pignor.*

DEC. In his quæ cauſam habent connexam, & quorum alterum ab altero quodammodo pẽdeat, non poteſt fieri, vt non aliquod præiudicium, & ſaltem quale quale alij per alium inferatur, vt in exemplis quæ affert Accurſius ex *l. ſi ſuſpecta 29 ſupra de inoff. teſtam. l. à ſententia 5. l. ſi per luſorio 14. inſr. de appellat. l. 3. ubi idem l. Iulianus 8. inf. de Carbon. edict.* Adeóque præiudicium aliquando tale eſt, vt à ſententia etiam inter alios lata, aliis neceſſe ſit appellare, non tantùm in caſib. de quib. in *l. ſæpe 63. de re iud.* qui ſpecialem habent rationem, ſed etiam in aliis, vt in *d. l. à ſententia & d. l. ſi per luſorio iunct. l. 3. in prin. infr. de pign. l. ſi ſeruum 50. § 1. de legat. 1.* Atqui cõnexa ſunt iura patronorum in perſona vnius eiuſdémque liberti, adeò vt ſi vnus patronus eſſe deſineret, alteri totum ius patronatus quæreretur *d. l. à communi liberto 24. de bon. libert.* Mirum igitur non eſt ex iureiurando liberti contra vnum ex patronis multum fidei & authoritatis accedere probationibus ab alio factis qui ſe patronum ſolum dicit: ſed ita tamen vt nulla probandi neceſſitate exoneretur, qua tenetur quiſquis ſe patronum contendit, tum quoque cum eſt in poſſeſſione patronatus *l. 18. in prin. inf. de probat.* Proderit igitur patrono hæc qualiſquális præſumptio quæ oritur ex hoc liberti iureiurando, hactenus tãtùm, vt ſi alus probationibus idoneis cauſam ſuam inſtruxerit, & nihilominus ob contrarias liberti probationes cauſa ſit dubia, quod ſæpiſſimè ex facto contingit *l. admonendi 31. inſr. hoc tit.* debeat patronus ob hanc ſolam præſumptionem cæteris paribus vincere, nullo etiam præſtito iureiurando, quod tamen alioqui ab eo exigendum & præſtandum eſſet *d. l. admonendi.*

1 ¶ Iulianus ait, eum, qui iurauit fundum ſuum eſſe, poſt longi temporis pręſcriptionem etiam vtilem actionem habere debere.

*Ad §. 1. Iulianus.*

RAT. DVB. Ex iureiurando petitoris, qui rem petitam ſuam eſſe iurauit, aduerſario ſcilicet deferente, naſcitur actio in factum, perinde atque ex re iudicato, vt ſæpius iam diximus *ex l. nam poſteaquam 9. §. vlt. l. ſed ſi poſſeſſori 11. vtrſ. proinde ſupr. hoc titul. l. actori 8. C. eod.* idque licèt nulla longi temporis poſſeſſio aut præceſſerit aut ſecuta ſit: multo igitur magis interueniente poſſeſſione longi temporis, cùm dici ſoleat, quod & veriſſimum eſt, duo vincula eſſe vno fortiora *l. pen. C. de adspt.* Coniuncta enim iureiurando longi temporis poſſeſſio, quo magis non quo minus danda ſit iuranti in rem actio, facit, & abſurdum foret minus iuris habere iurantem, ob id ſolùm, quod longo tempore rem poſſederit, *argu. l. in bello 12. § ſi quis ſeruum infra de captiu. & poſtlim. l. 3. § ſi emancipatus filius vxorem infr. de bonor. poſſ. contr. tab.* Ergo quod Vlpianus ex Iuliano hîc ſcribit, eum, qui iurauit fundum ſuum eſſe, poſt longi tẽporis præſcriptionem etiam vtilẽ actionem habere debere, vel ſtultum eſt tanquam carens omni dubitatione (debent enim reſponſa omnia prudentum ſic intelligi, vt ſint de re dubitabili *l. Domitius 27. inf. qui teſtamen. facer. poſſ. l. quod Labeo 9. infr. de Carbon. edict.*) vel falſum, ſi ſic intelligatur, quomodo plerique interpretum intelligunt, vt is qui fundum iurauit ſuum eſſe non aliter actionem vtilem in rem habeat, quàm ſi poſt iuſiurandum longi temporis poſſeſſionem cõpleuerit cùm iuſiurandum ſolum ſufficiat ad inducendam pro iurante actionem: poſſeſſio autem lõgi temporis nũquam poſſit actionem parere, inſpecto iure vetere, quod Iuliani & Vlpiani temporibus obtinebat & obtinuit vſque ad *l. vnic. C. de vſucap. transform.* ſed tantùm præſcriptionem, id eſt, exceptionem. Quo poſito illa etiam dubitandi ratio ad hunc locum occurrit, quod qui longo tempore rem poſſeſſam cum titulo & bona fide, nec tamen vſucaptam iurat ſuam eſſe, falſum iurat, cùm longa poſſeſſio non ſit modus acquirendi dominij ſicut nec iuſiurandum, vt diximus ad *d. l. 9. § vlt. ſupr.* ſed vſucapio, & traditio *l. traditionibus 20. C. de pact. l. 1. infr. de vſucap.* itémque mancipatio, ceſſio in iure, adiudicatio, & lex vt idẽ Vlpian. noſter refert in *inſtit. tit. 19. de acqu. ſit. rer.* Nullam ergo ex hoc iureiurando actionem in rem habere debet ne quidem vtilem, ſiue ex longi temporis poſſeſſione, quæ in eam cauſam eſt ineſſicax, ſiue ex iureiurando quod falſum eſſe, & ex falſa cauſa præſtitũ inuenitur. Et hæc ratio dubitandi verior mihi videtur, & ad hunc locum accommodatior. DEC. Ex longi temporis poſſeſſione pręſcriptio quidem duntaxat acquiritur, id eſt, exceptio, non actio in rem ſiue di-

recta ſiue vtilis, quia nec dominium per ſolam poſſeſſioοem cum titulo & bona fide coniunctaio acquiri puteſt, quoties à onn domino facta eſt tradítio, nec ſecuta vſucapio quæ ad ſolum I'alicum olim reſtricta erar, vt refert Iuſtinianus in *Tit. de vſucap.* ſed tamen tantam ſecuritatem tribuit poſſeſſori quantam vſucapio ad rem retinendam & ſummouendum petitorem *d. §. diutina*. Proinde inſpecto effectu, qui in iureiurando quoque potiſſimom ioſpiciendus eſt *l. ſed ſi poſſeſſor. 11. §. item ſi iurauero ſup. hoc tit.* non malè nec falſo iurat, qui rem à ſe longo tempore cum titulo, & bona fide poſſeſſam eſſe iurat, cùm perinde poſſit eam retinere innito domino, atque ſi eius eſſet. Quid enim refert, an verus dominus actionem in rem oullam habeat ad rem petendam, ao verò talem habeat, quæ exceptione perpetua & fauorabili poſſit ſummoueri? *l. nihil intereſt 112. de reg. iur. leg. qui exceptionem 40. de condict. indeb. l. 1. & tot. tit. Cod. de long. tempor. præſcript.* Et quemadmodum dicimus, oon videri in totum eſſe falſum, quod veritatis primordio adiuuatur *l. cùm filius 76. §. heres meus de legat. 2.* ita neque id quod veritatis effectum habet. Quamquam nec de eo quæri poteſt, poſtquàm iuratum eſt, an falſo iuratum ſit: eſſet enim id, quærere de periurio, de quo quæri non debet, quoties ex neceſſitate iuris & aduerſario deferente iuratum eſt *l. 1. C. hoc tit. l. vlt. infra tit. prox.* Itaque ſi cùm à te rem peterem quam longo tempore oondum poſſederim, tu mihi iuſiurandum detuleris, & ego iurauero meam eſſe, perinde ex iureiurando dari debet mihi actio vtilis, & in factum, acſi eam rem longo tempore poſſediſſem *d. l. 9. §. vlt. ſup.* nihil enim adiicit longi temporis poſſeſſio, niſi maiorem dubitandi rationem contra actorem qui iurauit, quaſi iurando nihil voluerit iuri ſuo addere, quod longa poſſeſſione iam quæſierat, ſed tantùm ius illud iureiurando ſuo probare atque ita exonerare ſe à probandis cæteris, quæ probare debet, quiſquis loogi temporis poſſeſſione nititur *l. eum qui 30. inf.* & ius ſuum quod habet ſtabilire, non nouum ſibi acquirere. Nam & dici ſolet iuſiurandum quodlibet ſumere naturam eius actus in quo interponitur *l. vlt. Cod. de non numer. pecun. leg. vlt. ſup. qui ſatiſd. cogant. l. vlt. in princip. infr. ad municip.* Proinde cùm ex longi temporis poſſeſſione præſcriptio tantùm naſcatur & exceptio, is qui iurat rem ſuam eſſe, quam longo tempore poſſedit, non alia meote iurare videtur, quàm vt ſuam ſibi exceptionem conſeruet, non etiam vt actionem ſibi acquirat, maximè verò ſi ponas fuiſſe illum poſſeſſorem eo tempore, quo iurauit: alioqui ſi ante iuſiurandum præſtitum à poſſeſſione ſua cecidiſſet, nihil ei ad dandam actionem prodeſſe deberet præterita poſſeſſio, ſoliuſque iuriſiurandi rationem haberi oporteret. Debet igitur hic locus neceſſario intelligi de poſſeſſore, qui poſt completam longi temporis poſſeſſionem conuentus rei vindicatione à vero domino, & eo deferente iurauerit rem ſuam eſſe. Hic enim non taotùm exceptionem ſaluam habere debet, quam habebat iam antea ad ſummouendum petitorem, ſed etiam actionem vtilem, non tamen in rem, vt vulgo creditur, ſed in factum, ſi poſſeſſionem illam aliquo caſu ſine culpa ſua amiſerit, ſed contra eum ſolum qui detulit, ſi poſſeſſor quoquo modo factus ſit, non etiam aduerſus cæteros vt *in d. l. 9. §. vlt. & d. l. ſed ſi poſſeſſor verſ. proinde ſupr.*

Ideoque nimirum hæc actio dicitur vtilis, vt ſunt ſubſidiariæ io factum actiones omnes *leg. quia actionum 11. l. quoties 21. infr. de præſcript. verb.* ad differentiam ſcilicet actioois directæ, quæ datur petitori, iuranti rem ſuam eſſe, quam alius poſſidet. Ita enim directa eſt, quia naſcitur ex iureiurando, eam ob cauſam interpoſito vt actio iuranti acquireretur. In propoſito autem iuratum fuerat animo noo actionis acquirendæ, ſed conſeruandæ exceptionis, vt in *dict. verſ. proinde.* Quare etſi voles cum interpretibus etiam de vtili in rem actione & Publiciana locum honc intelligere, dicendum tamen erit contra ſolum eum, qui iuſiurandum detulit Publicianę hunc locum fore, non etiam aduerſus alium quemlibet *ex l. eum qui 7. §. ſi petenti ſup. de Public. in rem act.* Non enim datur Publiciana directa, niſi eis qui poſſeſſionem amiſerunt earum rerum quas ex iuſtis & legitimis cauſis acquiſiuerint *l. quæcunque 13. eod. ti.* Atqui nec iuſiurandum, nec longi temporis poſſeſſio iuſta cauſa eſt acquirendi dominij vt diximus. Ergo nec Publiciana ex his cauſis acquiri poteſt niſi contra ſolum deferentem, contra quem iuſiurandum pro veritate habetur. Atque ita locus hic intelligi certè debet, & qood nos ex hoc §. ſcripſimus *ad l. pen. ſupr. de mort. infer.* ne quis putet nos tum putaſſe ex longa poſſeſſione acquiri olim actionem vtilem potuiſſe in rem, extra caſum huius §. hoc eſt, niſi iureiurando ioteruenieote, & contra deferentem ſolum. Noli ergo cum quibuſdam ex interpretibus, quos Caſtrenſis refert, ſic locum hunc intelligere, vt etiam is qui rem præſcripſit, ſi iuramentum deferat, perdat exceptionem præſcriptionis: etſi enim hoc veriſſimum eſt, quia ſibi debet imputare is qui detulit, & ita exceptionem quam habebat ſibi ipſi ademit, eſt tamen alienum à mente Iuliani & Vlpiani, ſicuti nec quod alij volunt huius loci ſenſum eſſe, eum qui nondum compleuit præſcriptiooem (ſic enim loquuntur) vel oondum incepit ſi iuſiurandum deferat non poſſe ab eo tempore vel incipere vel complere, quia iuſiurandum habeat vim litis conteſtatæ ad perpetuandam actionem in quadraginta vſque annos *d. l. nam poſteaquam 9. §. ſi ii qui temporaria ſupr.* de quo certè Vlpianus noo cogitauit, qui non de complenda vel inchoanda longi temporis poſſeſſione tractat, ſed ponit completam iis verbis *poſt longi temporis præſcriptionem*, ſcilicet acquiſitam, quæ porrò oon niſi longo tempore completo acquiritur: ponenda enim eſt virgula poſt ea verba, vt ſcilicet determinent præcedentia non ſequentia. Planè quod Caſtrenſis addit poſt Bartolum poſſe aliam quoque adferri huius loci interpretationem, nimirum ex ſolo iureiurando actoris ſecuta traditione dari cauſam præſcribendi, & præſcriptiooe completa vtilem vindicationem cõpetere, contra quemlibet poſſeſſorem, ſed ea nondum completa competere Publicianam, hoc verò mihi omnino improbabile videtur. Iuſiurandum enim non magis habilis titulus eſt ad loogi temporis præſcriptionem quàm ad vſucapionem, proinde nullo penitus caſu poteſt ei qui iurauit rem ſuam eſſe, alia actio competere quàm Publiciana, nec contra quemlibet, ſed contra ſolum deferentem, vt diſertè ſcriptum eſt in *dict. §. ſi petenti* vbi hoc latè explicauimus, & *ad d. l. nam poſteaquam 9. § vltim. ſupr.* Illa igitur omnino ſequenda interpretatio eſt, quam attulimus.

2 ¶ Idem Iulianus ſcribit, eum, qui iurauit furtum ſe non feciſſe, videri de toto iuraſſe, atque ideo neque furti, neque condictitia tenetur, quia cōdictitia, (inquit) ſolus fur tenetur. Numquid ergo, qui iurauit ſe furtum non feciſſe, hoc ſolo nomine, condictione ſi conueniatur, exceptione vtatur? cæterùm ſi contendat, qui condicit, quaſi cum herede ſe furis agere, non debet repelli: & quaſi *μονομερής*, *i. vnimembris*, condictio dari debeat aduerſus furis hæredem: nec pati eum iudex debet, ſi cœperit tentare furem probare.

*Ad §. 2. Idem Iulianus.*

RATIO. A. Iuſiurandum habet vim pacti conuenti & tranſactionis *leg. 2. ſupr. l. tutor pupillum 35. §. 1. infr. hoc tit.* Ergo qui iurauit ſe furtum non feciſſe, videtur de furto pactus fuiſſe & tranſegiſſe, & vt loquuntur noſtri, damnum decidiſſe. Atqui ſi pro fure damnum deciſum ſit, condictio tamen furtiua non impeditur, quia deciſione actio quidem furti, ſed non condictio tollitur, vt diſertè idem Vlpian. noſter ſcribit in *l. ſi pro fure 7. in princip. infr. de condict. furt.* Ergo non poteſt verum eſſe, quod hîc ſcribitur, eum qui iurauit, ſe furtum non feciſſe, videri de toto iuraſſe, id eſt, etiam de condictione furtiua vt poſt ſuum iuſiurãdum non magis ea actione, quam Vlpianus hic condictitiam vocat, quàm furti poſſit conueniri. Ac ſanè manifeſta eſt hac parte inter actionem furti & condictionem furtiuam differentia: nam de furto lex duodecim tabularum locuta eſt, vt de eo paciſci liceret, pactúmque tanquam legitimum tolleret ipſo iure furti actionem *l. ſi tibi 17. §. 1. iunct. l. legitima 6. ſupr. de pact.* quod ſit odioſa tanquam & merè pœnalis & famoſa *§. ex maleficiis inſtit. de action. l. infamem 7. infr. de public. iudic. leg. 1. l. furti 6. ſupra de his qui notant. infam.* quorum neutrum de cōdictione furtiua dici poteſt *d. l. ſi pro fure §. 1. de condict. furt. l. ceſſat 36. infr. de oblig. & action. d. §. ex maleficiis inſtit.* Nec niſi de actione furti lex duodecim tabularum locuta eſt, non etiam de condictione furtiua, quam prudentum interpretatio ad eam legem & authoritas introduxit.

DEC. Condictio furtiua quamuis ſit merè rei perſecutoria ex parte vtriuſque tam rei quàm actoris, nullomodo autem pœnalis, naſcitur tamen ex delicto, & ex furto ipſo *l. ambo 10. §. quoties inf. de cōpenſat. l. ſed ſi damnum . §. ſiue autem infra de pecul. leg. ſi mulier 21. § hac actio infr. rer. amot. l. ceſſat 36. de oblig. & actio l. 1. § illud vtique 6. infr. de vi & vi armat.* vbi quod ſcriptum eſt, interdictum illud non pertinere ad res mobiles, quod pro iis, ex cauſa furti, vel vi bonorum raptorum actio competat, non de furti actione intelligi poteſt, quæ non vt actio vi bonorũ raptorum, mixtam vllam habet rei perſecutionem, ſed de condictione furtiua, quæ non ad aliud datur, quàm ad rem mobilem, quę furto ſubtracta eſt, perſequendam. Iuſtinianus quoque noſter in *§. ex maleficiis inſtit. de action.* poſteaquam dixit ex maleficiis naſci actiones quaſdam merè pœnales, quaſdam etiam mixtas, & partim pœnæ partim rei perſecutorias, addito etiam exemplo actionum merè pœnalium in actione furti, cùm videret condictionem furtiuam, non minus quàm actionem furti ex delicto naſci, & ex furto ipſo, neque tamen eſſe illam vel merè pœnalem, vel mixtam, ſubiicit *eo amplius aduerſus furem etiam condictio eſt rei*: vt ſignificet ex maleficio furti non modo actionem illam furti pœnalem naſci, ſed etiam condictionem furtiuam, ſed ad rem ipſam, non ad pœnam perſequendam. Dictio enim *eò amplius* cùm ſit incluſiua & implicatiua, includit & implicat omnes præcedentis diſpoſitionis qualitates *l. in repetendis 63. de legat. 3.* Nec ſanè de hoc quiſquam ex interpretibus, aut antiquis, aut recentioribus dubitauit, excepto vno, qui vt Iacobi Cuiacij errorem mordicus tueretur exiſtimantis, actiones ex delicto etiam merè rei perſecutorias non eſſe dandas in heredem in ſolidum, ſed de eo tantùm quod peruênit, nec proinde condictionem furtiuam; contra quam tamen diſertis verbis ab Vlpiano noſtro ſcriptum eſt *in l. in condictione 9. infra de condict. furt.* cùm verba Vlpiani, neque cauillari, neque effugere vllo tandem commento poſſet, ad quæ nec reſponderi poſſe fatebatur Cuiacius, petitis ad reſpondendum induciis *lib. 7. Obſer. cap. 37.* audacter affirmare auſus eſt, quod Cuiacio nunquam in mentem venerat, vt diceret, condictionem furtiuam non eſſe ex delicto, nec naſci ex furto contra tot ſupradictos, & alios innumeros iuris locos, quibus idipſum apertiſſimè traditum eſt, ſed ex neſcio qua plane commentitia cauſæ ſuæ figura, quam tamen nec verborum vllis ambagibus poſſunt exprimere, nec intellectu ipſo quiſquam aſſequi, nimirum vti ne turpiter Cuiacij ſui deſertor fuiſſe videretur, cōcedens Vlpiano, & nobis condictionem furtiuam dari in ſolidum contra heredem, ſi non hoc ſaltem retineret ex doctoris ſui ratiocinatione, ex quo maiorem ille ſui ſyllogiſmi propoſitionem conſtituerat actiones ex delicto, quamuis merè perſecutorias, non dari in heredem, niſi de eo quod peruênit, quod tamen æquè falſum & nugatorium eſt, vt cōſtat clariſſimè non ſolùm ex *d. leg. in condictione 9. de condict. furt.* quo ſolo iuris loco dicũt noſtram probari ſententiam, ſed etiam ex *d. l. ſi pro fure 7 §. vltim. eodem titul. leg. Caius Seius 22. de Senatuſconſulto Silan. l. fraudati 8. l. cotem 11. § illicitarum l. commiſſa 14. de public. & vectig. l. donationes 3 . § vlt. de donat. l. pen. & vlt. Cod. ad leg. Iul. maieſt. & §. his verbis 9. Inſtitut. ad leg. Aquil.* vbi dicitur actionem legis Aquiliæ quæ perinde ciuilis, atque condictio furtiua eſt, tranſituram in ſolidum contra heredem (nam de eo quod peruênit, dubitatio nulla eſt quin detur, etiamſi ſit pœnalis *l. inde Neratius 13. § hanc actionem ſupra ad leg. Aquil.*) ſi in ea nunquam lis æſtimaretur ſupra damnum quod actor paſſus fuiſſet, nempe quoniam eo caſu eſſet merè rei perſecutoria nō minus quàm condictio furtiua, id eſt, non minus ex parte illius qui conueniretur, quàm ex parte actoris & tamen non eo minus eſſet ex delicto. Cùm ergo quæritur an aliqua actio rei perſecutoria detur in ſolidum contra heredem, non illud inſpiciẽdum eſt, an ſit ex delicto necne, ſed an ſit merè rei perſecutoria ex vtraque parte tam rei conuenti quàm actoris, ſiue ex delicto ſit ſiue nō ſit. Nam nec aliam ob cauſam

actiones ex contractu tranſeunt in ſolidum contra heredem, quàm quia nihil niſi meram rei perſecutionem continent, tum quoque cùm dolus interceſſit & ob dolũ dantur, cùm hoc caſu dolus ipſe ex contractu reique perſecutione deſcendat, vt ſubtiliter & eleganter Vlpianus noſter ratiocinatur *in l. ſi hominem 7. §. datur infr. depoſ.* Proinde nulla ratio fuit, cur Cuiacius hic tam pertinaciter deſcenderet contra præceptoris ſui ſententiam, condictionem furtiuam non naſci ex furto, vt maiorem illam propoſitionem defenderet, quam Cuiacius imprudenter ſanè & incautè potius quàm prudenter & imperitè effuderat: actiones ex delicto etiam merè rei perſecutorias ex vtraque parte non dari in ſolidum contra heredem. Etſi enim turpius & periculoſius erratur in maiore propoſitione, quàm in minore, fuiſſet tamen honorificentius diſcipulo errorẽ magiſtri agnoſcere, & in Vlpiani qui multo melior iuris magiſter fuit, ſi in noſtras pudebat deſcendere, quàm contra tanti magiſtri prudentúmque omniũ ſententias, minorem illam *Actionem conductitiam* de qua hîc agitur, id eſt, condictionem furtiuam *eſſe ex delicto*, quæ vera eſt, in falſam conuertere, & negare condictionem furtiuam ex delicto eſſe, tótque aliis erroribus ad hunc tuendum, vt euenire ſolet, ſe inuoluere: ſed hæc obiter dictum ſit, ex profeſſo enim hos errores profligauimus *lib. 4. Coniect. c. 1.* & fuſius ac melius vt diligentius in *decad. 7 & ſeqq. Chiliadis noſtræ de erro. pragmat.* & dicemus etiam ad *dict. l. 9. de condict. furt.* Ibi enim probanda & continuanda erit Vlpiani ſententia, de condictione furtiua in ſolidũ contra heredem danda. At in hoc §. tractandũ fuit, an condictio illa eſſet ex delicto: eſſe autem apparebit manifeſtius etiã ex iis quæ mox ſubiiciemus. Iam ergo ad rationem decidendi redeamus. Condictio furtiua licèt ſit merè rei perſecutoria ex vtraque parte, tamen ex delicto eſt & ex furto, non minus quàm actio ipſa furti, tametſi pœnalis hæc ſit merè ac famoſa, condictio verò furtiua, non itẽ, vt iam oſtendimus, & hic locus, ſi quis alius in iure, omnium optimè probat. Atquin is qui ſe furtum nõ feciſſe videtur de toto iuraſſe, id eſt, non de toto furto, quippe quod non potuit pro parte fieri, ſed de tota cauſa furtiua, nec de vna actione, ſed de omni iure, quod ex cauſa furtiua pendêre potuit, ac proinde non ſolùm de actione furti, quæ pœnalis & famoſa eſt, ſed etiam de condictione furtiua, quæ merè rei perſecutoria. Prodeſſe igitur ei debet iuſiurandum, non ſolùm ſi actione furti, ſed etiam ſi condictione conueniatur *l. in duobus 20. §. exceptio infr. hoc tit.* non magis enim poteſt condictio furtiua competere, quàm furti actio, ſi furtum nullum factum ſit. Diuerſum eſt ſi quis affirmatiuè iurauerit furtum ab aduerſario ſibi factum eſſe. Non enim ideò ſtatim acquirit ſibi condictionem *d. l. in duobus §. pen.* quia iuſiurandum affirmatiuum nõ facit rem furtiuam, quomodo negatiuum purgat furem & conſequenter vicium rei furtiuæ, alioqui non poſſet à quoquam vſucapi res cuius furtum factum eſſe iuratum eſſet tanquam hoc ipſo facta furtiua, quod eſſet ridiculum; ita enim fieret vt iuſiurãdum vnius aliis noceret quàm deferenti contra *l. quia non deberet 10. ſupr.* Et præterea actorem dominum eſſe oportet. Imò ſi verum amamus, condictio furtiua magis immediatè pendet à furto quàm actio furti, cùm non detur niſi contra furem ipſum, aut furis heredem, actio autem furti detur contra eum quoque, cuius ope, conſilio furtum factum eſt, licèt is neque fur ſit neque furis heres *leg. ex furtiua 5. & ſeq. de cond. furt.* vnde eſt quod ſi is qui liber eſſe iuſſus erat, aliquid ex hereditate ante aditam eam auerterit (hic enim cùm rei hereditariæ furtum facere non poſſit, ex regula *leg rei hereditariæ 68. infr. de furt.* ob rationem poſitam *leg. 1. §. Scæuola infr. ſi is qui teſt. lib. eſſ. iuſſ.* auertere propriè dicitur non furari aut ſubripere *d. leg. 1. §. ſed & in omnibus*; ſicut & coniunx amouere *l. vlt. & tot. tit. rer. amot.*) atque ita inciderit in edictum, vt conueniri poſſit actione pœnali, in factum prætoria, quæ ad ſimilitudinẽ actionis furti nec manifeſti in duplum comparata eſt, tenetur quidem præterea vindicatione, perinde ac ſi furtum feciſſet, ac furti actione conuentus iam, & condemnatus fuiſſet *d. l. 1. §. præter hanc actionem l. 7. iunct. l. 1. de priuat. delict. l. ſi pignore 54. §. cùm furtis infr. de furt. d. l. ſi pro fure 7. §. 1. de cond. furt.* at non ſimiliter tenetur condictione furtiua, vt apparet ex *d. §. præter*, vbi de ſola vindicatione Vlpianus loquitur nõ etiam de condictione: an quia melioris condicionis ſit, aut eſſe debeat is, qui dolo malo res hereditarias auertit, quàm ſi furtum feciſſet? Minimè. Deberet enim potius eſſe deterioris, qui tam improbũ factũ admiſit, factus ob id ſolùm audacior, quòd videret ſe, neque tanquam ſeruum, coerceri poſſe, propter ſpem imminẽtis libertatis, neque vt liberum damnari, quod hereditati furtum fecerit, quæ tum erat domina, dominæ autem cum ſeruo ſuo neque furti neq; alia vlla poſſit eſſe actio, vt ex Labeone Vlpianus tractat in *d. l. 1. §. 1.* Ergo non alia cauſa eſt, propter quam condictione furtiua non teneatur, quàm quia fur non eſt, quandoquidem ſolius furis odium induxit condictionem, quò pluribus etiam contrariis actionibus teneretur *§. ſic itaque. Inſtit. de actio* In quo differt actio illa in factum ab ea, quam prætor propoſuit aduerſus publicanos in *l. 1. de publ. & vectig.* quæ ſcilicet non magis furtiuam condictionem, quàm vel furti, vel vi bonorum raptorum actionem aut ad exhibendum, aut vindicationem excludit: cùm publicanus qui prætextu vectigalis aliquid vi ademit, verè fur ſit & raptor, quiſquis autem fur & raptor eſt, condictione iſta teneatur. Conſequens igitur eſt, vt qui iurauit ſe furtum non feciſſe, non magis timere debeat condictionẽ furtiuam, quàm actionem furti. De vindicatione & ad exhibendum actione non idem dici poteſt: etſi enim hæ quoque actiones, ſimul cum condictione furtiua aduerſus furem competunt *d. §. ſic itaque d. l. ſi pro fure §. 1. d. l. ſi pignore 54. §. cùm furtis de furt. d. l. 1. de priuat. delict.* non tamen naſcuntur ex furto, neq; ex eo pendeant, vt actio furti, & condictio, ſed ex dominio actoris, & ex præſenti poſſeſſione rei *l. non alias 24. §. ſed ſi poſtulatur ſup. de iudi.* nec odio furis cõtra iuris regulas dantur in furẽ, vt actio furti & cõdictio, ſed eo iure quo darentur actiones illæ, contra quemlibet poſſeſſorem: & tamen nulla inter vindicationem & condictionem hac parte deberet eſſe differentia, ſi cõdictio furtiua non magis quàm vindicatio ex furto ipſo naſceretur. Itaque de vindicatione, non de condictione accipi debet, quod ſcriptum eſt in *l. ſi quis vxori 52. §. ſi quis iurauerit 27. infr de furt.* exemplo eius quod ſcriptum eſt in *d. l. 1. §. præter hanc actionem inf. ſi is qui teſt. lib. eſſ. iuſſ.* præſertim ſi ſequare vulgatam lectionem, quę addita negatione ſic habet *deinde rem furtiuã non contrectet.* Et ea ſanè rectior eſt, iuſiurandum enim non aliud furtum purgare poteſt, quam cui cauſam dedit anterior contrectatio, non etiam illud quod ex poſſeſſione

contre-

contrectatione inducitur, ex qua non minus condictionem furtiuam, quàm furti actionem naſci oportet: nam quod quidam putant, eo nomine actionis furti etiam condictionem furtiuam eo loco, & aliis quibuſdam ſignificari, non poſſum admittere. Etſi enim ambæ naſcuntur ex eadem cauſa, id eſt, ex delicto furti, à quo & nomen vtraque accepit, habent tamen tam diuerſos effectus naturámque diſſimilem, vt vnius nomine aliam contineri fuerit ſine perabſurdum: nec illud quoque probari poteſt quod Accurſius notat, reſponderi poſſe ad *d. §. ſi quis iurauerit*, loqui eo loco Vlpianum de cōdictione furtiua, contra eum qui iurauit, danda, quaſi furis heredem, ſecundum id quod ſubiicitur in hoc ipſo §. cùm nulla in *d. §. ſi quis iurauerit*, heredis mentio fiat, ſed eius tantum qui iurauerit, contra quem rei quidem perſecutio domino ſeruatur contra poſſidentem, quiſquis ille ſit, ſed per vindicationem, non per condictionem. Etſi enim cōdictio rei quoque perſecutionem contineat, attamen rei perſecutionem ſimpliciter cùm dicimus, vindicationem magis proprie intelligimus, quæ in rem ipſam actio eſt, & in qua nonniſi de actoris dominio quæritur, non condictionē, quæ in perſonam actio eſt, vt cæteræ omnes condictiones, nec tantùm probationē dominij ab actore exigit, quamuis non detur niſi domino *l. 1. de condict. furt.* ſed etiam vt furtum ei factum ſit, de quo tamen quæri amplius non poteſt aduerſus eum qui iurauit, ſe furtum non feciſſe, niſi ſpecialiter ac nominatim tanquam furis heres conueniatur, vt ſequitur in hoc §. Et condictionem rei dicimus, non ſimpliciter rei perſecutionem, cum de furtiua condictione intelligimus *d. § ex maleficiis in fin.* Et ſane ſpeciali nota & nomine digna eſt hæc actio, quæ habet tam multa ſpecialia & ſingularia, nempe vt detur domino, vt ſoli domino, & vt cum vindicatione concurrat, quorum duo primum & tertium ſolo furis odio conſtituta ſunt *d. § ſic itaque.* ſecundum verò non quidem fauore furis, qui nullo certè fauore vnquam dignus eſt, ſed minore ipſius odio, ne condictione furtiua teneretur omnibus, quibus & furti tenetur: ſed ſoli domino; cuius vtiq; fauorabiliorem cauſam eſſe æquum eſt, quàm cæterorum omnium, qui cùm non ſint domini, ob eā tamen rationem ſolam ad furti actionem admittuntur, quod ipſorū interſit ex honeſta aliqua cauſa *l. cuius interfuit 10. & ſeq. i. ff. de furt.* Nam nec vllius intereſſe magis poteſt, quàm cuius intereſt ratione dominij, ideóque & aliàs diſtingui plerunque ſolet, an ipſa furti actio iure dominij, an iure tantum eius quod intereſt, deferatur, *l. ſi vendidero 80. § 1. eod. tit.* itemq́ue cum de iureiurando in litem quæritur *l. cùm fur. 9.* vbi dicemus *inf. tit. prox.*

2 *Cæterum ſi contendat quis condicit.* RAT. DVBIT. Is qui iurauit, in ſpecie huius §. iurauit de toto, vt proximè dictum eſt, nec minus quantum ad condictionem furtiuam, quàm quod ad actionem furti. Ergo nullo caſu teneri poteſt condictione furtiua, nec magis tanquam furis heres, quàm quaſi fur, alioqui non de toto iuraſſe videretur, ſi non de omni condictione iuraſſet. Et certè condictio furtiua non alia poteſt competere aduerſus furis heredem, quàm quæ competiit, & dari potuit aduerſus furem ipſum: eſt enim actio hereditaria, quæ non alio iure datur contra heredem, quàm quo dari aduerſus defunctum debuit *l. debitor 99. infr. ad SC. Trebell.* ibi *quoniam hereditaria eſt actio l. vlt. & toto tit. C. de heredit. action.* Ergo ſi non poteſt hic qui iurauit, conueniri furtiua condictione, propter ſuum iuſiurandum, tanquam fur, multo minus tanquam furis heres.

DECISIONO. Tota vis iuriſiurandi æſtimanda eſt ex formula & conceptione verborum, quibus iuſiurandum delatum ac præſtitum eſt *l. 3. §. vlt. & legib. ſeq. ſupr. hoc tit. l. iuſiurandum & ad pecunias 34. §. nō ſemper inf.* At in propoſito non iurauit reus in rem, id eſt, furtum factum non fuiſſe, ſed in perſonam, ſe furtum non feciſſe, vt & in *l. ſi quis vxori 52. §. ſi quis iurauerit infr. de furt.* Ergo quamuis iuſiurandum pro veritate habeatur, nihil tamen ex eo inferri poteſt in hac ſpecie, quàm furem non eſſe illum qui iurauit, non etiam furtum factum non eſſe, vt proinde nihil prohibeat, hunc qui iurauit, furem quidem nō eſſe, ſed furis tamen heredem eſſe: quod non ſimiliter dici poteſt, ſi iuratum eſſet in rem, furtum factū non fuiſſe, id eſt, de ipſo delicto, & de re, non de perſona, vt in *l. ſi duobus 28. § 1. infr.* Tunc enim neq; fur, neque furis heres quiſquam eſſe poſſet, nec aliud eſt in tranſactione, ſi inter tranſigentes actum ſit de toto facto tollendo, vt bene Caſtrenſis contra Accurſium diſputat, itemq́ue in ſententia ſi iudex quod facere poteſt, non tantum de actione, ſed etiam de actionis cauſa pronuntiauerit, ſcilicet inter eaſdem partes, non inter alias. Ex quo idem Caſtrenſis bene infert, ſententiam abſolutoriam, inter priuatos latam, nullum facere præiudicium in criminali, ne quidem inter eoſdem, cùm in iudicio priuato vtilitas priuata, in criminali verò vindicta verſetur publica *l. locatio 9. § quod illicitè inf. de public. & vectig.* id eſt, cauſa rei publicæ, cui per priuatorum conuentionem præiudicium fieri non oportet *l. ius publicum 38. l. inter debitorem 41. ſup. de pact.* Aliud ergo eſt dicere de toto iuratum eſſe, quod veriſſimum eſt, hoc ſenſu, vt de toto furto, quod iuranti obiiciebatur, tanquam furi iuratum ſit, ac proinde de omni actione, quæ ex furto naſci poterat, & conſequenter de furtiua quoque condictione, quæ cōtra eum tanquam furem competebat: aliud verò iuratum eſſe de omni condictione, quæ ex furto naſci poſſet, non modò contra furem, ſed & contra furis heredem: hoc enim non aliter fieri potuit, quàm ſi iuratum eſſet, furtum factum nō eſſe: omnis enim condictio furtiua regulariter habet duas partes, & duo quodammodo membra, vt quiſquis eam proponit, ſi ſe dominum probet, debeat omnimodo vincere, dummodo probet etiam, illum, qui conuenitur, vel furem eſſe, vel furis heredem. Ergo tametſi iureiurando excludatur actor, ne poſſit rem furtiuam ei qui iurauit, tanquam furi condicere, non tamen prohibendus eſt, ſi contendat ſe cum eo velle agere quaſi cum furis herede, nec debet hoc caſu vel denegari ei actio quaſi contra iuſiurandū venienti ex *l. ait Prætor ſupra.* neque contra eum agentem iuriſiurandi exceptio accommodari, cùm nouam cauſam in iudicium deducat, quæ in iuſiurandum deducta nunquam fuit. Si tamen actor impetrata condictione non poſſit probare reum furis heredem eſſe, & tamen, ne ſuccumbat, velit probare eſſe ipſum furem, quod ſatis eſſe ad victoriā ſolet ei, qui agit condictione furtiua, non erit audiēdus, nec talis articulus admittendus, tanquā merè impertinens, id eſt, ad materiā in libellū deductā nil pertinens, & qui etiam qualitercunq; probatus nil releuaret, vt noſtri loquuntur, ex *l. ad probationem 22. & l. neque natales 10. & paſſ. C. de probat.* & ex hoc maximè loco ꝓbatur, quia ſalua iuriſiurādi anthori-



Digitized by Google

iate fieri hoc nõ poſſet. Nõ igitur debet Prætor hoc caſu, contra eum qui iurauit ſe furtum non feciſſe dare condictionem bimembrem, vt ſolet, id eſt, ſub duplici & alternatiua condicione. *Si paret Titium cum quo agitur vel furem eſſe. vel furis heredem*, ſed μονομερῆ & vnimembrem *ſi paret Titium quocum agitur furis heredem eſſe*, vt etiam poſt iuſiurandum à reo præſtitum de furto à ſe non facto poſſit adhuc actor vincere, ſed vno tantùm caſu probando ſcilicet præcisè Titium eſſe furis heredem, cùm ſi iuratum non eſſet, vtique vincere duobus caſibus potuiſſet, probando nimirum aut furem eum, aut furis heredem eſſe. Eſt igitur hic caſus valde ſingularis, in quo furtiua condictio vnimembris eſt, nec quicquam prodeſt actori, quod probet reum ipſum furem eſſe: cùm tamen hæc condictio non niſi contra fures & eorum odio comparata ſit, contra furis autem heredes qui nullo certè odio digni ſunt non niſi per conſequentias. Sed hoc ad tuendam iuriſiurandi religionem & authoritatem. Simile quiddam eſt in *leg in duobus* 28. *§. exceptio & ſeq. leg. ſi actor.* 36. *infr. hoc tit.*

3 ¶ Si quis iurauerit vendidiſſe me ei rem centum: ex empto agere poterit, vt ei cætera præſtētur: id eſt, res tradatur, & de euictione caueatur. an tamen, ad pretium conſequendum [a], ex vendito conueniri poſſit, videndum. & ſi quidem & de hoc ipſo iuratum eſt, quòd pretiũ ſolutum eſt: nulla pro pretio actio ſupereſt. ſi verò hoc non fuerit iuratum: tunc conſequens eſt, de precio eum teneri.

*Ad §. 3. Si quis iurauerit.*

RAT. DVB. Iuſiurandum eatenus duntaxat actionem, aut exceptionem parere poteſt, quatenus iuratum eſt, vt diximus ad §. præcedentem, & dicemus ad ſequentem ex *l. in duobus* 28. *§. ſi quis iurauerit & §. penult. l. ſi actor* 36. *infr. hoc tit.* Atqui is qui iurauit me fundum ei vendidiſſe precio centum aureorum, de ſolo actu & contractu venditionis iurauit, non etiam me tradere fundum ei debere, aut euictionem pręſtare. Ergo non poteſt ex hoc iureiurando naſci actio, ſiue ex vendito, ſiue in factum vt ei res tradatur, ſed multo minùs, vt de euictione ei caueatur. Nam vēditio quidem eſſet inefficax & nullius vtilitatis ſi traditio non ſequeretur, aut ob non factam traditionē, non pręſtaretur emptori id quod ipſius intereſſet *l. 1. infr. de act. empt. l. ſi traditio* 4. *C. eod.* vt non etiam ſi euictio nulla deberetur, quę & conuentione remitti poteſt, hactenus ſaltem vt extra precij reſtitutionem nullam vtilitatem petere emptor poſſet *l. ex empto* 11. *§. qui autem infr. eod. ill. tit. l. qui libertatis* 69. *de euict.* DEC. Iuſiurandum pro veritate habetur quantum ad id, de quo iuratum eſt *l. 5. §. dato iureiurando l. nam poſteaquàm* 9. *in princip. & §. 1. l. ſed ſi poſſeſſori* 11. *§. vlt. ſup. l. eum qui* 30. *infr.* Ergo cùm iuraſti me tibi fundum vendidiſſe certo precio, perinde habendum eſt, acſi reuera vendidiſſem licet non vendiderim. Atqui ſi vendidiſſem, haberet emptor actionem ex vendito contra me & ad rem tradendam, & ad euictionem præſtandam *d. l. ex empto* 11. *in princip. infr. de action. empt.* Idem ergo admittendum eſt, cùm venditio per ſolum iuſiurandum probatur, nam & traditio rei venditæ, & euictionis præſtatio veniunt ex natura venditionis, & eam neceſſariò conſequuntur *d. l. ex empto l. ſi in venditione* 60. *infr. de euict.* Vnde & in hoc §. *cætera venditionis* dicuntur & *in l. magis putes. §. eadem ratione infr. de reb. eor. qui ſub tutel.* vt & *cætera cognitionis in l. intra vtile* 39. *ſupr. de minor.* Planè ſi conuenerit, vt cum fideiuſſore dupla cautio præſtetur extra naturam contractus eſt, & ad contractus adminicula non ad naturalia pertinet *l. pacta conuenta* 72. *de contr. empt.* vbi latiùs dicemus. Ex hoc autem intelligimus non eſſe verum quod volunt interpretes ex huiuſmodi iureiurando naſci actionem quoque in factum, quæ aliàs ex iureiurando naſci ſolet *l. ſed ſi poſſeſſori* 11. *in princ. verſ. proinde ſupr. l. actori* 8. *Cod. de reb. credit.* quaſi non ſit abſurdum eam cum actione ex contractu concurrere. Nam cùm actio in factum quælibet ſit ſubſidiaria, nec poſſit competere niſi deficiente ciuili actione, fieri certè nequit, vt idem iuſiurandum poſſit & actionem ex empto inducere, & actionem in factum: quia nec tam vim habet rei iudicatæ hoc iuſiurandum quo demùm caſu parit actionem in factum exemplo iudicati *d. l. actori*, quàm probationis, ne iam negari poſſit factam eſſe venditionem, qua probata quanam alia actione indigere emptor poteſt, aut quàm aliam vberiorem, & commodiorem quærere? Et verò quis diceret actione illa in factum dandam ſibi contra me actionem, vt & rem tibi tradam & euictionis nomine me obligem? Sunt enim iſta conſequentia venditionis per iuſiurandum probatæ, magis quàm iuriſiurandi ad probandam venditionem tantùm, non etiam ad acquirendam nouam actionem interpoſiti. Proficit igitur hoc caſu iuſiurandum ad probationem duntaxat, non ad actionis vllius nouæ productionem: nam & in ſententia idem dicendum eſſet, ſi fortè iudex condemnaſſet aliquem ad traditionem rei quaſi venditæ, nec de venditione aliter, quàm per ſententiam conſtaret: perinde enim condemnandus eſſet ad præſtandam euictionem, acſi hoc ipſum in ſententia contineretur, vt Caſtrenſ. hîc concludit ſumpto argumento ex hoc §. & ex comparatione iuriſiurandi & ſententiæ *l. ſed ſi poſſeſſori* 11. *§. vlt. ſupr.* quamuis ſententia ſit ſtricti iuris *l. 1. C. ſi plur. vna ſentent. condemn. fuer.* Nam nec iuſiurandum vnquam egreditur formam & materiam iureiurando comprehenſam, & tamen proficit ad illa etiam omnia quæ veniunt in conſequentiam venditionis de qua ſola iuratum ſit. Quare non facile dici poteſt quam rationem habeat, quod Bartolo, Caſtrenſi, aliiſque interpretibus placere video actionem ex vendito de qua Vlpianus in hoc §. vtilem eſſe non directam, quaſi oriatur ex iureiurando, ideóque non niſi ficta ſit. Eſt enim ficta quidem probatio quæ fit per iuſiurandum, ſed venditionis veræ ex qua proinde naſci debet directa actio ex vendito, non vtilis. Et verò quod per iuſiurandum probatur, quamuis falſum eſſe poſſit, attamen etiam verum eſſe poteſt, magiſque præſumendum eſt vt verum ſit, quàm vt falſum. Sed tamen dicitur vtilis hæc actio, quæ naſcitur ex contractu probato per ſolum iuſiurandum, in *§. Marcellus infr. & in d. l. ſed ſi poſſeſſori §. vlt. ſupr.* quia non habeat aliunde cauſam & originem quàm ab ipſo iureiurando, quandoquidem vt iactari vulgo ſolet non entium, & non apparentium idem iudicium eſt *vulg. §. ſi aduerſus Inſtit. de nupt. l. duo ſunt Titij* 70. *infr. de teſtam. tutel.* Ex iureiurando autem

quantum-

Digitized by Google

quantumuis formaliter prçſtito, vt loquuntur, id eſt vt explicant, expreſſa cauſa, quæ ſi eſſet vera, eſſet obligatoria, fieri certè nequit, vt naſcatur actio directa, ſiue ex vendito, ſiue ex empto, ſiue pro ſocio, ſiue de dote, de quibus agitur in hoc §. *& ſeqq.* Vtilẽ ergo eam eſſe, dicique neceſſe eſt, vt & in *l. quod ſi iurauit 29 in fr. hoc tit* iuſiurandum enim conuentionis quidem inſtar obtinet, adeoq; tranſactionis, quæ de lite facta ſit, at non venditionis, niſi ad inducendã eius probationem, quç ſcilicet multo facilius inducitur, quàm ſubſtantia contractus, quem vel mutuo conſenſu, vel re, vel verbis, aut literis perfectum eſſe oporteret anteqnam de probando eo quæratur *l. Publia 26. §. vlt. inf depoſit.* Proinde ſi quæ aliæ adſint probationes contractus prçcedẽtis, actio ex eo contractu competeret directa, qualis competeret, etiamſi iuratum non eſſet, quod nec Bartolus negat: iuſiurandum enim ideo interponitur, vt iuranti proſit, non vt noceat: noceret autem ſi actionem directam extingueret, quod nec facere vllo modo poteſt, vt eam in vtilem commutaret: quinimo nec vtilis dari vlla poteſt, quandiu directa competit *l. 1. Cod. de obl. & act.* Idque non malè noſtri protrahunt ad ſtatuta, ſi quando ex iis, quod ſæpe accidit, aliqua actio inducatur, vt ſi ſtatutum formiter diſponat, locum habeat actio ex illo contractu, aut ex illa, ſuper qua diſponit formiter. Si verò informiter & ſimpliciter agendum ſit, condictione ex lege, vel ex ſtatuto, vt in iis exemplis videre eſt, quæ adfert Bartolus. Bene autem Vlpianus ponit iuraſſe te venditam à me tibi fuiſſe rem centum aureis, quia ſicuti non poteſt fieri venditio ſine certo pretio, ita nec facta probari, ideoque de certa pretij quantitate iurare cogendus eſſet, alioqui nec iuraſſe credendus eſſet *l. in duobus 28. §. ſi is qui inf. hoc tit* ſicuti ſi quis incertum quid confiteatur, vrgeri poteſt, & debet, vt certum confiteatur, & certam quantitatem, nec aliter pro confeſſo haberi poteſt *l. certum 6. in prin. & §. 1. inf de confeſſ* nam nec probatio incertæ quantitatis valeret, ſiue per teſtes fieret, ſiue per inſtrumenta, nec ſententia, quæ certæ quantitatis condemnationem non haberet *l. vlt. C. de ſenten quæ ſin. cert quantit. profer. l 3. C. de inutil. ſtipulat* niſi certitudo quantitatis non expreſſæ in iureiurando poſſit colligi ex iis quæ inter partes acta ſunt ante delationem iuriſiurandi, & ad quæ referri iuſiurandum poſſit *arg l. Titia 134. § idem reſp. ndit 1. de verb. oblig. & l. 2 C. de ſentent. quæ ſin cert. quant* Quòd ſi iurauerit factam tibi à me venditione certo pretio, id quoque pretium ſequendũ erit, & habendum pro vero ac probato tanquam quod conuentum fuerit & formale, vt idem Vlp. noſter loquitur *in l. in lege Falcidia 62. §. 1. inf. ad leg. Falcidiam* vt plane defendi non poſſit, quod Caſtrenſis putat non eſſe ſtandum declarationi iurantis ſi iniuſtum ſit pretium, ſed arbitratu potius viri boni taxandum *arg l. domum 57 infr de contr. empt.* quç ad hunc caſum omnino nil pertinet, nec de re æſtimata loquitur, ſed de æſtimanda.

a *An tamen ad pretium conſequendum.* RATIO DVBIT. Non debet iuſiurandum ei nocere qui iurauit, nec rurſum ei prodeſſe contra quem iuratũ eſt. Vtrumq; enim fieret contra mentẽ Prætoris, & contra ipſius propoſitũ in hoc edicto, quo id agit, vt ſuũ cuiq; iuſiurandum tueatur, nec ei det actionẽ cõtra quẽ iuratum eſt, & aduerſus eum qui iurauit *l. ait Prætor 7. ſup. h. t.* ſicut in exceptione rei iudicatæ dicimus, euidenter iniquum eſſe, vt noceat illa ei pro quo iudicatum eſt *l. euidenter 16. inf. de excep. rei iud.* Atqui ponimus iuraſſe te venditã tibi à me rẽ fuiſſe, de pretio autẽ ſoluto neq; dictum neq; iuratum quicquã eſſe. Conſequẽs igitur eſt, vt ex eo iureiurando danda ſit tibi contra me actio ex empto, non mihi contra te actio ex vẽdito. DEC. Venditionis, & emptionis vnus idẽmq; contractus eſt, licet actiones empti & venditi ſint ſeparatæ adeo vt his nominib. emptionis & venditionis promiſcuè veteres vterentur *l. veteres 19 inf de act. empt.* Eſt enim hic contractus ex numero eorum qui dicũtur vltro citroq; obligatorij, nec poteſt venditor obligari emptori, quin emptor viciſſim venditori obligetur, niſi forte quis cõtraxerit cum pupillo ſine tutoris authoritate *l. Iulianus 13 §. ſi quis à pupillo inf. eod. t* Non tam igitur cõnexitas vt loquitur Accur. quã vnitas & indiuiſa cauſa cõtractus *l. cùm ex cauſa 139. de ver. obl. in. l. rem hereditariam 65. inf de evict.* efficit, vt nõ poſſit ex huiuſmodi iureiurando venditor teneri emptori actione ex empto ad rem tradendam præſtandamq; euictionem, quin pariter emptor teneatur venditori actione ex vendito ad pretium ſoluẽdum, adeo vt ſi ante pretij ſolutionem vrgeatur venditor actione ex empto ad rem tradendã, poſſit iure quaſi pignoris retinere rem à ſe venditã quouſq; ſolutũ ſit ei pretiũ aut alter eo nomine ſatisfactum *d. l. Iulianus §. offerri.* niſi proponas de hoc ipſo iuratum eſſe, quòd pretium ſolutum ſit: tunc .n. nulla de pretio actio ſupereſſet. Extra hunc caſum emptor, qui iurat ſibi factam eſſe venditionem, vt venditorẽ ſibi obliget ad rem tradendã, & euictionem prçſtandã, hoc ipſo ſe obligat venditori, vt pretium ei ſoluere teneatur. Quod tamen Accurſ. noſter ait eſſe mirabile, vt iuſiurandum etiã pacti obligatorij vim habeat non minus quàm rei iudicatç. vt & in *l. vt iur iur. ſin. ãdi 7 §. 1. inf. de oper. lib. l. vlt § vlt. de lib. cauſ.* Sed an poterit venditor cõuentus actione ex empto ad rem tradendã remorari effectum actionis & iuriſiurandi, & excipere de pretio nõ ſoluto, vt interim non cogatur tradere? Bart. negat, quia iuſiurandum habeat vim rei iudicatç, & executionem paratã, ſicut & res iudicata, de quo diximus ad l. 2 *ſup.* non poſſit .a. peti ſolutio pretij ante traditionem, niſi iure cuiuſdã exceptionis peremptoriæ *d. §. offerri*, cui porrò locus eſſe nõ poſſit poſt rẽ iudicatam *l. peremptorias 2. C. ſent reſcind. non poſſ.* ſed alij poſt Caſtrenſ. cõtrà putant, & multo verius, non illa ſolùm ratione, quam adferũt, ꝙ etiam poſt ſententiam admitti poſſint exceptiones peremptoriæ, quæ modò non impugnent iudicatum *l. Neſennius 41. §. vlt. de re iudic l. qui id quod 33. inf. de donat.* maximè verò, ſi iuratum ſit extra iudicium, quo caſu imputari minus poteſt reo cui exceptione omiſerit, quã nec opponere potuit ante propoſitã actionem: ſed etiam quia actio vtilis, quç ex iureiurando naſcitur, non alterius naturæ, & conditionis eſſe poſſit. quã cuius eſt directa *l. actio 47. ſup de neg. geſt. & §. Marcellus inf.* nec rurſum cauſa vlla ſit propter quam denegari debeat exceptio ei cui datur actio *l. 1. §. is autem inf. de ſuperfic. l. inuitus 156. §. 1. de reg. iur.* nec ad rem facit, quod Bart. reſpondet ad *d. § Marcellus*, non fuiſſe ibi natam actionẽ ante ſolutionem debiti: cùm pigneratitia nulla poſſit competere, niſi toto debito prius ſoluto *l. ſi rem alienam 9. § omnis pecunia inf. de pign. act.* nã præter id ꝙ nihil effectu intereſt, an nullá dum ſit nata actio, an verò talis actio ſit nata, quæ per exceptionẽ elidi poſſit *l. nihil intereſt 112. de regul. iur.* dico etiã in venditione, de qua tractat hic §. ſpecialẽ eſſe rationẽ, quã nemo obſeruat, cur pretium ſolui vẽditori oporteat ante traditionẽ, quia nec ſi



Digitized by Google

traditio fieret, dominium tamen transferri poſſet ex ea traditione in emptorem, quouſque ſolutum eſſet precium venditori, aut aliter eo nomine ſatiſfactum: idque iure ita conſtituto per legem duodecim tabularum *l. quod vendidi* 19. *l. vt res* 53. *infr. de contr. empt. l. Paulus reſpondit* 38. §. *quæſitum eſt infr. de liber. cauſ.* §. *vendita Inſtit. de rer. diuiſ. l.* 5. §. *pen. infr. de tribut. act.*

4 ¶ Idem dicemus, & ſi quis ſocietatem feciſſe iurauerit. nam & is pro ſocio poterit conueniri.

*Ad* §. 4. *Idem dicemus.*

RAT. DVB. & DECID. eadem penitus eſt quæ ad §. præcedentem. Eadem enim quæſtio eſt, an ex iureiurando poſſit acquiri actio ei qui non iurauit, contra eum qui iurauit. Niſi quod in §. præcedente tractatum eſt *de actionibus empti & venditi*, hic verò *de actione pro ſocio*, quæ licet naſcatur ex contractu vltro citróque obligatorio, qualis eſt contractus ſocietatis non minùs quàm venditionis, in eo tamen differt, quòd actiones empti & venditi diuerſæ ſunt & nomine & effectu, quoniam & perſonę contrahentium diuerſa habent nomina, & alius eſt emptor, alius venditor, aliud merx, aliud precium *l.* 1. *infr. de rer. permut.* In ſocietate autem omnes, qui contrahunt, vno nomine ſocij dicuntur, & quamuis vtrinque naſcatur obligatio & alij aliis obligentur, vnam tamen duntaxat habent actionem pro ſocio eaſdem vtrinque habentem præſtationes, quia & ſocietatis contractus nihil niſi fraternitas quædam eſt *l. verum eſt* 63. *in princ. infr. Pro ſocio.*

5 ¶ Marcellus etiam ſcribit, ſi quis iurauerit ob decem pignori dediſſe fundum, non aliàs eum pigneraticia agere poſſe, quàm ſi decem ſoluerit. ſed & illud adiici [a], fortaſſis eum etiam in decem ex iureiurando ſuo poſſe conueniri. quod magis probat. cui Quintus Saturninus conſentit. argumentóque vtitur eius, qui iurauit [b], eam, quæ vxor ſua fuerit, rem ſibi in dotem dediſſe. nam & hîc vxori ait vtilem de dote actionem dandam, quæ non eſſe extra æquitatem poſita, non negauerim.

*Ad* §. 5. *Marcellus.*

RAT. DVB. Is qui iurauit ſe ob decem, quæ accepit, pignori dediſſe fundum Cornelianum, non ideò iurat ſe decem debere, nec contra ſe iurat, aut vt ſibi noceat, ſed contra creditorem pignoratitium, vt ſibi aduerſus eum acquirat pignoratitiam actionem. Ergo cùm ſibi ſuo iureiurando quæſierit pignoratitiam actionem, non eſt prohibendus ea experiri tametſi decem non offerat. Alioqui deterioris erit condicionis quàm ſi non iuraſſet, quo caſu creditoris eſſet probare veram & realem numerationem, tametſi pignus ei datum proponeretur *l.* 1. *C. de non numer. pecun.* DEC. Actio pignoratitia vtilis, quæ ex ſolo iureiurando naſcitur non poteſt alterius eſſe condicionis quàm cuius eſſet directa, nec pleniores habere præſtationes *l. actio* 47. *ſupr. de negot. geſt.* ne plus operetur fictio in caſu ficto, quàm veritas in caſu vero *l. ſi ante aditam* 15. §. 1. *ſupr. de interrog. in iur. fac.* Atqui ſi de contractu pignoris conſtaret, ex quo naſceretur pignoratitia, non aliter tamen nec priùs poſſet debitor pignoratitiam exercere quàm totum debitum ſoluiſſet creditori, aut aliter ei ſatisfeciſſet *l. ſi rem alienam* 9. §. *omnis pecunia infr. de pignor. act. l. item liberatur* 6. §. 1. *infr. quib. mod. pign vel hypoth. ſoluit.* Ergo nec ſi ea actio ex ſolo debitoris iureiurando competat. Fit enim hoc non tam ratione connexitatis, vt diximus *ad* §. *ſi quis iurauit ſupr.* quàm ex neceſſaria quadam conſequentia, quia non poteſt pignus dari niſi pro debito aliquo cùm pignoris obligatio acceſſoria ſit quæ principalem aliquam præſupponit ſaltem naturalem *l. res hypothecæ* 5. *infr. de pignor.* Et conſequenter quiſquis agit pignoratitia, cùm hoc ipſo fateatur pignus tenere, fatetur etiam in neceſſarium antecedens eſſe ſe debitorem. Qui enim dicit non fuiſſe ſibi numeratam pecuniam quam cauit ſe accepiſſe, negat tenere intentionem dati pignoris, vt loquitur *dict. l.* 1. *Cod. de non numer. pecun.* ideóque ſecum pugnaret, & allegaret contraria ſi nihilominùs actione pignoratitia experiretur, nec proinde eſſet audiendus *vulg. leg.* 1. *Cod. de furt.* Cùm ergo iurat debitor ſe fundum dediſſe pignori pro decem, vt ſibi acquirat pignoratitiam actionem, præripit ſibi exceptionem non numeratæ pecuniæ, perinde ac ſi debiti portionem aliquam ſoluere cœpiſſet *leg. cùm fidem* 4. *Cod. de non numer. pecun.* nec diſtinguendum eſt cum Accurſio & Bartolo, an in iureiurando adiecerit *pro decem quæ accepi*, an non adiecerit. Quid enim aliud poſſunt hæc verba ad iuſiurandum addere quàm confeſſionem acceptæ, numeratæque pecuniæ? Atqui ea ipſa confeſſio eſt, quæ exceptionem inducit non quæ excludit *dict. leg.* 1. 2. 3. 5. *& paſſ. eodem titul.* Adeò vt nec aliud ſit, quamuis confeſſio ſit iurata in contractu ipſo aduerſus quem obiicitur exceptio non numeratæ pecuniæ *leg. vltim. cod.* niſi deferente aduerſario iuratum eſſet fuiſſe numeratam ex conſilio Bart. *ad l.* 2. *ſupr hoc tit.* Plus enim poteſt iuſiurandum quod aduerſario deferente præſtitum eſt, quàm quod vltro in ipſo contractu licèt inter eaſdem partes. Non enim habet illud vim & authoritatem rei iudicatæ, quomodo habet iuſiurandum præſtitum ex delatione. Intereſt ſanè an iureiurando expreſſa ſit cauſa ex qua decem debita ſint, an non ſit expreſſa ſit. Nam ſi expreſſa ſit fortè ex mutuo, petentur decem illa condictione certi ex mutuo, quia formiter iuratum eſt, vt in *dict.* §. *ſi quis iurauerit* non etiam ſi informiter, id eſt, nulla expreſſa cauſa, vt Accurſius loquitur: tunc enim actio in factum neceſſaria eſt, quæ ex iureiurando naſcitur *leg. actori* 8. *Cod. de reb. credit. leg. ſed ſi poſſeſſor.* 11. *verſ. proinde ſupr.* In propoſito tamen ne ei contra quem iuratum eſt, poſſit opponi exceptio non numeratæ pecuniæ, non tam facit iuſiurandum ipſum, cùm de eo nihil iuratum ſit, quàm quia cùm agit pignoratitia fatetur pignus tenere, vt oſtendimus.

a *Sed & illud adiicit* RAT. DVB. ET DECID. eadem eſt quæ ad verſiculum præcedentem, niſi quod in ſpecie præcedente conſulitur per exceptionem & retentionem ei, contra quem iurauit debitor pignus ſe dediſſe pro decẽ, vt ſcilicet nõ prius poſſit actione pignoratitia conueniri quàm ſoluta ſint tota decem, vt & in § *ſi quis iurauerit ſupr. & in l. Iulianus 13. §. offerri infr. de action. empt. d. l. ſi rẽ 9. §. omnis pecunia infr. de pignor. act.* In hoc autem verſiculo tractatur de danda ei actione vltro ad petenda decem, nõ expectato eo, vt debitor velit agere pignoratitia. In quo certè maior dubitandi ratio ſubeſt, cùm difficilius ſit vt vim iusiurandum alij tribuat actionem, præſertim verò ei contra quem iuratum eſt quàm vt acquirat ipſi exceptionem, quæ ſemper facilius quæritur vt pariat retentionem *l. 1. de pignor. l. heres 21. infr. ad SC. Trebell. l. ſi in area 33. infr de condict. indeb.* Sed tamen cõcludit Vlpianus cũ Marcello licet dubitanter, eum qui iurauit datum ſibi eſſe pignus pro decem etiãſi nondum agat pignoratitia, in decem tamen quæ debet, conueniri poſſe. Nam & hic omninò fatetur debitum cùm iurat ſe pignori fundum dediſſe atque ita pignus tenere, quod alioquin non teneret ſi pignus datum non fuiſſet, vt iam diximus ex *d. l. 1. C. de non numer. pecun.* debcrétque hic debitor pignus, quod iureiurando ſuo probare voluit, improbare potiùs propoſita exceptione aut etiam querela non numeratæ pecuniæ ſi numerationem negare, quod ei ſufficere poterat voluiſſet: eiuſdem enim æquitatis eſt apud Prætorem eiuſdémque facilitatis dare actionem ex iureiurando atque exceptionem *l. ait Prætor 7. ſupr.* cùm id agat omnimodo Prætor vt iusiurandum conſeruet ac tueatur, quod fit data actione non minus quàm exceptione *l. eum qui 30. in princip. ſupr.* Quamuis in pactis nudis quibus etiam iusiurãdum æquiparatur, aliud ſit quæ ſcilicet Prætor non tuetur niſi data exceptione *l. iuris gentium 7. §. ait Prætor & § igitur nuda ſupr. de pact.* quia ex pacto nudo nunquam Prætor pollicitus eſt actionem, niſi de conſtituta pecunia & de hypotheca, quã tamen propoſuit ex iureiurando *d. l. ait Prætor.* In eóque fatendum eſt, vt & in alijs pluribus, longè maiorem vim eſſe iuriſiurãdi quàm pacti, cùm etiã contractus & ſtipulationis vim obtineat *l. qui iuraſſe 26. § vlt inf.* Nec ad rem pertinet quod non iurauerit debitor vt ſibi noceret, ſed vt prodeſſet potius, actus autem nõ debeant operari vltra intentionem agentium *vulg. l. non omnis ſupr. tit. prox.* Fit enim hoc, vt & alia multa de quibus in ſuperioribus, non tantùm ratione cõnexitatis, ſed etiam in conſequentiam neceſſariam: qui enim vult antecedens, vult etiam neceſſarium conſequens & contrà *vulg. l. ad rem mobilem 56. l. ad legatum 62. ſupr. de procurat.*

b *Argumentóque vtitur eius, qui iurauit.* RAT. DVB. Dotem neque ſcriptura facit neque confeſſio, ſed tantùm numeratio *l. 1. C de dot. caut. non numer.* aut traditio fundi ſi dos cõſtituta ſit in fundo non in pecunia. Eſt enim contractus, qui re perficitur, & per quẽ dos marito datur eo animo & voto vt perpetuò remaneat penes maritum *l. 1. infr. de iur dot.* vbi hanc ob rationem dicitur cauſam dotis eſſe perpetuam, non ſicuti cauſa pignoris eſt temporalis. Ergo neque ex iureiurando mariti qui ſoluto matrimonio iurauit fundũ ſibi in dotem datum eſſe (ita enim ponendũ eſt, non vt Accurſius ponit *conſtante matrimonio* vt apparet ex illis verbis *eã quæ vxor ſua fuerit*) poteſt dari mulieri actio rei vxoriæ ad repetendã dotem ſoluto matrimonio, quaſi verè conſtitutam, cùm neque conſtitutio neque traditio vlla interceſſerit, neque animus reſtituendæ dotis induci poſſit ex ſola conſtitutæ dotis aſſertione. DEC. Soluto matrimonio dos reſtituenda eſt aut mulieri, ſi morte mariti ſolutum ſit matrimonium, aut eius heredibus, ſi morte ipſius mulieris ſeruatis olim in ſingulos liberos quintis in infinitum, ſi morte mulieris ſoluebatur matrimonium, aut ſextis vſq; ad dimidiam partem dotis ſi facto diuortio, vt latiùs refert Vlp. noſter in Fragmentis Inſtitutionum *Tit. de dotib. & tot tit. D. & C. ſolut. matrim quemadm. dos petat.* Quæcunque igitur dos peti aut retineri poteſt conſtante matrimonio, ſiue quia verè conſtituta ſit, ſiue quod pro conſtituta habeatur, eam quoque reddi & repeti poſſe neceſſe eſt, ſi non mariti lucro ceſſerit, & cõſequenter eum qui iurauit datũ ſibi eſſe fundum dotis nomine, ſiue conſtante ſiue ſoluto etiam matrimonio iurauerit, vt ſcilicet ſe & dominum, & poſſeſſorem probaret (nam ex dotis titulo ſecuta traditione transfertur & dominium & poſſeſſio, quam non niſi per manus mariti aut heredum ipſius nãciſci mulier poteſt *l. dotis actione 9 C ſolut. matr. iunct. l. in rebus 30. C de iur dot.*) hoc ipſo conueniri poſſe iudicio de dote ſoluto matrimonio ad eum fundum reſtituendum: adeò conſtitutio dotis includit eiuſdem reſtituendæ neceſſitatem ſed ſuo loco & tempore. Eſt tamen actio hæc de dote quæ ex mariti iureiurando contra mulierem præſtito datur ipſi mulieri vtilis non directa, vt hîc ſcriptum eſt, quia iusiurandum non tam modus eſt conſtituendæ dotis quàm probandæ conſtitutionis, vt diximus ad *d. §. ſi quis iurauerit.* Nec rurſus iuratum fuit ad inducendam obligationem reſtituendæ dotis, ſed tantùm ad probandam conſtitutionem. Nunquam autem naſci poteſt directa actio ex eo actu qui non fuerit geſtus ea mente vt pareret actionem, ſed vtilis tantùm, ſi qua æquitas ex eo ipſo actu, non contra, ſed præter mentem contrahentium actionem aliquam dari ſuadeat, vt in propoſito. Totum enim hoc proficiſci ex æquitate potius quàm ex mera iuris ratione oſtendunt poſtrema illa huius §. verba *quæ non eſſe extra æquitatem poſita non negauerim.* Sic enim habet Florentina lectio elegantior quàm vulgata, quæ ad ſolam hanc actionem de dote reſtringit æquitatem, his verbis *quam non eſſe extra æquitatem poſitam*, cùm tamen omnia quæ ſcripta ſunt in præcedentibus à §. *ſi quis iurauerit*, ſint ex æquitate, ideóque non niſi de vtilibus actionibus intelligantur. Placet ſanè quod Accurſius ex hoc §. notat, debere vnumquemque contra ſe admittere id quod pro ſe admitti velit, vt & in *leg. cum fundus 11. §. 1. ſupr. titul. proxim. Facit lex 1. & tot. titul. ſuprà. Quod quiſque iur. in alium ſtatuer.*

6 ¶ Si quis iurauerit in re pecuniaria per genium principis a dare ſe non oportere a & peierauerit: vel dari ſibi oportere: vel intra certum tempus iurauerit ſe ſoluturum, nec ſoluit: Imperator noſter cum patre reſcripſit, fuſtibus eum caſtigandum dimittere: & ita ei ſuperdici, προπετῶς μὴ ὄμνυε. i. *petulanter ne iurato.*

*Ad §. vlt. Si quis iurauerit.*

RAT. DVB. Iuriſiurandi contempta religio ſolum Deum vltorem habet *l. 2. C. hoc tit.* nec de periurio eius qui ex neceſſitate iuris iurauit quæri facilè ſolet *l. vlt. inf. tit. prox.* Nec diſtinguendum videtur cum Accurſio, & interpretibus, an quis per Deum iuret, an per genium aut ſalutem Principis, cùm per Deum iurare videatur quiſquis etiam per ſalutem ſuam iurat, quia reſpectu diuini nominis ita iurare intelligitur *l. qui per ſalutem 33. infr. hoc tit.* Ergo non eſt puniendus tanquam periurus qui per genium Principis iurauit, licèt peierauerit: tantum abeſt, vt etiam fuſtibus caſtigandus ſit, quomodo ab Imperatoribus reſcriptum fuiſſe Vlpianus hîc refert, & præterea ſuperdicto illo Græco dehoneſtandus *προπετῶς μὴ ὄμνυε*, id eſt *petulanter ne iurato*, præſertim cùm prius ſit, vt de periurio inquiri & cognoſci oporteat, quàm vt quis eo nomine ac quaſi periurus condemnari poſſit. DEC. Specialiter ita fuit conſtitutum ab Imperatoribus quos hîc Vlpianus refert, vt ſi quis per genium & venerationem Principis peieraret, etiam corporis periculum & Maieſtatis crimen incurreret, vt apparet non ſolùm ex hoc §. *ſed etiam ex d. l. 2.* vbi tamen Imperator Alexander ab ea conſtitutione illos excipit, qui calore quodam & inconſulto animi motu peierarunt, de quibus hic §. non loquitur. Ita fit, vt quemadmodum cùm per Deum iuratum eſt ſolus Deus vindex eſt, ita & Princeps cùm per Principem, tutiúſque per Deos omnes, vt Tertullianus paganis exprobrabat, quàm per vnius Principis genium peieretur: in hoc nimirum ſeculo. Nam vt benè Accurſius monet, qui per Deum peierat, ſicuti delinquit longè grauiùs, ita & multo maiorem ac duriorem vltorem habet, ſolimm tarditatem ſupplicij grauitate compenſare. Obſeruandum tamen eſt, licèt placuerit eum qui per genium & venerationem Principis peierat crimen maieſtatis incurrere, non eas tamen pœnas pati quæ tanto ſceleri debentur, & quæ conſtitutæ ſunt *in l. quiſquis 5. C. ad leg. Iul. maieſt.* ſed longe mitiùs puniri, vt fuſtibus tantùm caſtigetur, & ei ſiue ſcriptu, ſiue per præconem ſuperindicatur illo quod diximus ſuperdicto, non quod Accurſius malus alioquin Græcæ linguæ explanator ita vertit, *Importunè ne iurato.* Suauis verò eſt idem Accurſius qui genium in neutro genere dicit eſſe Deum Principis, ita dictum, quod ingentem, id eſt, magnam ſuam potẽtiam exerceat, quod eſt ridiculum. Quoties tamen dicimus puniri periurium illius qui per genium, & venerationem Principis peierauit, fuſtibus caſtigandum eſſe, de eo periurio accipi debet, de quo in promptu conſtet ac tam apertè, vt nullus cauillationi, at ne quidem cognitioni & quæſtioni locus relinquatur, vt in ſpecie *l. vlt. C. hoc tit.* Alioqui ſi inquiſitio & cognitio aliqua neceſſaria ſit, non facile de periurio eius qui etiam per Principem peierauerit, quæri oportebit *l. 1. eod. d. l. vlt. infr. tit. prox.* nimirum vt periuriũ ipſum puniatur. Nam ſi quod aliud crimen periurio admixtum ſit, non ideo magis debet manere impunitum, quòd periurium adneaum habeat *l. vlt. infr. ſtellionat.* Punitur autem is qui per Principem peierauit in re pecuniaria, vt hîc Vlp. ſcribit, ad differentiam ſcilicet eius qui peierauit in cauſa capitali, quem etiãſi per Principem peierauerit, puniri tanquam periurum non oportet, vt hic locus manifeſtè innuit, ideò fortaſſe quòd honeſta ſit quælibet ratio redimendi ſanguinis, *leg. 1. infr. de bonis eorum qui ſibi mortem conſciuerunt.*

14. PAVLVS libro 3. ad Edictum.

QVotiens propter rem iuratur: nec parenti, nec patrono remittitur iuſiurandum. propter rem autem iuſiurandum exigitur: veluti de pecunia credita: cùm iurat actor, ſibi dari oportere: vel reus, ſe dare non oportere. idem eſt, cùm de pecunia conſtituta iuſiurandum exigitur.

*Ad l. Quotiens 14.*

RAT. DVB. Parentibus & patronis tanta debetur reuerentia, vt de ipſorum fide ac probitate dubitare piaculum magnum eſſe videatur, vnde eſt quod nec liberis nec libertis contra parentes, vel patronos de dolo agere permittitur, nõ ſolùm quòd ea actio ſit famoſa *l. non debet 11 §. 1. ſupr. de dolo l. ſi ſuperſtite 5. C. de dol.* ſed etiam quia ſola doli mẽtio tum quoque cùm non infamat, vt in doli exceptione habeat in ſe turpitudinem & optimi cuiuſque exiſtimationem apud bonos, & probos viros ſuggillet *l. 4. §. aduerſus infr. de doli mal. except. l. parens 6. §. 1. & legib. ſeq. infr. de obſeq. parent. & patron. præſt.* Atqui ſuggillat etiam exiſtimationem apud bonos & graues viros, ſi quis aut minùs ſe facilem ad iurandum, aut nimis timidum ſi nolit iurare, quòd alterum præ ſe ferat, neſcio quem contemptum diuini nominis, alterum verò vergat ad ſuperſtitionem *l. quæ ſub conditione 8. infr. de condic. inſtit. l. illud 25. §. 1. de conſtit. pecun.* Non debet ergo permitti liberis aut libertis, vt iuſiurandum parentibus & patronis deferant, atque ita eos adigant ad iurandum aut referendum, præſertim cùm formula iuriſiurandi habeat mentionem admixtam doli. Fuerunt enim verba formulæ illa ſolemnia *ſi ſciens fallo, ita me diſpiter ſalua vrbéque arcéque bonis eiciat vt ego hunc lapidem*, quemadmodum iam ſuprà docuimus poſt Cuiacium *libr. 1. Obſer. cap. 21.* ex Marco Tullio, Sexto Pompeio, & Plauto in Aſinaria, cuius formulæ etiam veſtigium quoddam extat *in l. qui iuraſſe 26. in princip. infr.* DEC. Multum intereſt an iuretur propter rem ipſam, id eſt de ipſa re quæ in iudicium deducta eſt, an verò propter perſonam ipſam. Si propter perſonam ipſam quod contingit in iureiurando calumniæ per eum præſtando qui iuſiurandum alij defert, vt ſcilicet iuret ſe non calumniæ cauſa id facere, alioqui delatio inutilis eſt & ſimilis remiſſioni *leg. iuſiurandum & ad pecunias 34. §. qui iuſiurandum & l. ſi non fuerit 37. infr. hoc tit.* remittendum eſt iuſiurandum æquè parentibus & patronis, vt habet vulgata lectio *dict. §. qui iuſiurandum* longè rectior quàm Florentina, quæ nos aliquando decepit, quæ malè habet *neque* pro *æquè*, vt ad eum locum dicemus, & conſtat ex *leg. licet 7. §. 1. de obſeq. parent. & patron. præſt.* Is enim demum iurare debet de calumnia, qui ſi calumniator eſſet, calumniæ reus fieri poſſet aut ſaltem ſuſpectus, quòd à reuerentia quam liberi, & liberti parenti-

Digitized by Google

parentibus ac patronis debent tam alienum eſt, vt nec allegari quidem poſſit. At cùm propter rem iuratur, id eſt, vt interpretati ſumus de re ipſa in iudicium deducenda, & de qua lis eſt, nihil commune habet iuſiurandum cum perſona, nec proinde quicquam tractandum ſuper eſt de reuerentia debita perſonæ, cùm de eo tantùm quæratur an pecunia verè credita ſit aut conſtituta néc ne. Nec poteſt conqueri parens aut patronus quia filio ſuo vel liberto iudex & teſtis in propria cauſa conſtituitur, quod fit per iuriſiurandi delationem *l. 1. infr. quarum rer. act. non dat.* maximè verò cùm in eius poteſtate ſit an iurare malit, an iuſiurandum referre, niſi de eo fortè conqueri parens aut patronus velit, ille quòd filium emancipando, hic quòd ſeruum manumittendo dederit ei deferendi iuriſiurandi poteſtatem: in quo tamen eſt quod ſibi imputent, & de ſe potius quàm de iure ac prætore conquerantur *leg. filio 7. infr. vt legat. ſeu fideic. ſeruand. cauſ. caueat l. ſi manumiſſori 4. C. de obſeq. patron. præſt.* Eſt enim hæc lex intelligenda de liberis emancipatis contra patrem agentibus, cùm filijfamilias in poteſtate maiores non tam reuerentia quàm iure poteſtatis impediantur, ne contra patrem agere, eíque iuſiurandum deferre poſſint *l. a Pomponius 8. in princip. ſupr. de in ius vocand. l. ne cum filiofamilias 16. infr. de furt.* Denique maior fauor eſt veritatis habendæ quàm exhibendæ parentibus patroniſque reuerentiæ. Veritas autem per iuſiurandum probatur *l. 5 §. dato l. ſed ſi poſſeſſori 11. §. vlt. ſupr. & l. eum qui 30. infr. hoc tit.*

15. IDEM libro 6. ad Edictum.

AD perſonas egregias, eóſque, qui valetudine impediuntur, domum mitti oportet ad iurandum.

*Ad l. Ad perſonas 15.*

RAT. DVB. Maior debetur prætori reuerentia, quam perſonis litigantibus quantumcumque ſint egregiæ, cùm ſit Magiſtratus populi Romani & ex eorum numero qui maiores appellantur & quibus ideò maior præſtanda eſt reuerentia *l. 2. ſupr. de in ius vocand. l. cùm prætor 12. §. 1. ſup. de iudic.* Et quemadmodum ſolemus dicere priuatorũ cautiones legũ authoritate non cenſeri *l. vlt. infr. de ſuis & l. git.* ita nec litigatores quicunque tandem illi ſint, dignitate ac honore magiſtratuum cenſeri debent, vt etiam maior dignitatis eorũ quã prætoris ratio habeatur *l. 1. §. unde quæritur inf. de oper. noui nunciat.* Ergo ad perſonas quantumuis egregias quibus iuſiurandum delatũ ac præſcriptum eſt, non debet mitti domum ad iurandum, ſed iubendæ ſunt venire ad prætorem ne alioqui maieſtatem & imperium prætoris negligere videantur. Aliáq; ratio eius eſſe videtur qui valetudine impeditur ne ad prætorẽ iurandi gratiâ venire poſſit, cùm nihil ſit quod huic imputari poſſit *l. 1. inf. de diuerſ. tempor. præſcrip.* Quamquam poſſet tolerabilius videri, vt is qui iurare iuſſus eſſet, per procuratorem iuraret, quàm vt ad eum vel ire vel mittere prętor cogeretur, poſtquam placuit etiam per procuratorẽ iurari poſſe *l. nam poſteaquã 9. §. iuſiurandum ſupr. hoc tit.* Quid n. refert an quis per ſe iuret, an verò per procuratorem iurantem in animam vt fieri ſolet conſtituentis, cùm videatur quilibet per ſe facere quod per alium facit *l. ſi quis 7. §. vlt. ſupra de iuriſd. l. 5. §. quod ſi quis infr. de admin. tutor.* in eá; atq; rẽ potiſſimum procuratorum vſus conſtitutus ſit *l. 1. ſupr. de procurat. l. Papinianus 20. ſupr. de minor.* DEC. Tantus eſt veritatis vndequaque habendæ fauor, tantáque neceſſitas vt nihil non agere bonus prætor boniſque iudex debeat ne probationes intercidant; eæ præſertim quæ ex iureiurãdo naſci poſsũt, quæ tanto ſunt fauorabiliores cæteris, quanto ſunt expeditiores & faciliores. Quoties igitur tam egregia perſona eſt, id eſt, extra gregem, vt ita dicam & ordinem vulgarium hominum poſita, quales ſunt Epiſcopi *Novell 123. de ſanctis Epiſcop. c. 7* Magiſtratus *l. 2. ſupr. de in ius vocand.* & qui magiſtratib. æquiparantur ſenes *l. ſemper 5 infr. de iur. immunit.* item honeſtæ mulieres, quas ad tribunalia accedere, pręſertim iurandi gratia, inuerecũdum nec ſatis honeſtũ eſt *l. 1. ſupr. de poſtul. l. 1. C de offic. diuerſ. iudic. iunct. Auth ſed hodie eod.* quibus adiungit Accurſius etiam legum Doctores, & medicos alióſque huiuſmodi quib. ſimilis reuerentia exhibetur ex *l. medicos Cod. de prof. & med.* mittere debet prætor domum ad iurandum, ne eo prętextu longior probationib. mora fiat. Non equidem cogitur prætor ire ad eum qui iuraturus eſt (nã & id à dignitate prætoris alienum eſſet *l. iubemus 37. in fin. C. de Epiſcop. & cleric.*) ſed mittere aliquẽ debet iudicem ſcilicet pedaneum aut recuperatorem, qui iuſiurandum exigat ab eo ipſo qui iurare debet: nã, vt iuret per procuratorem, non eſt permittendum ne aliter poſito iure facilior reddatur ad peierandum per procuratorem is qui per ſe iurare, fortaſſis erubeſceret. Multum enim refert ad inſtituendam conſcientiam eius qui iudicaturus eſt, vt videat qua conſtantia, vel qua trepidatione iuretur, quod præſtari per procuratorem iureiurando ſeire nullomodo poſſet, vt ſcripſimus latiùs in *Codice noſtro defin. de reb. credit. & iureiur.* Malè vulgata editio hîc habet, *mitti demum oportet iuſiurandum.* Nõ enim mittitur iuſiurandum, ſed mittitur ad iurandum, vt benè ſcriptum eſt in Pand. Florent. Quod autem obiecimus etiam per procuratorem iurari poſſe, tũ demum verum eſt, cùm procuratori ipſi iuſiurandum delatum fuit, ſibi namque debet imputare, qui procuratori detulit, atque ita eum ad iurãdum non modò admiſit, ſed etiam adegit. At cùm ipſi domino iuſiurandum delatum eſt, non debet in ipſius eſſe poteſtate vt inuito deferente iuret per procuratorem. Nam nec eo modo iuſiurandum hoc præſtaretur quo delatum eſſet, quod tamen fieri ſemper debet vt profit iuraſſe *l. 3 § vltim. ſupr.* An verò procurator deferre iuſiurandum poſſit, alia quæſtio eſt, de qua dicemus ad *leg. iuſiurandum quod 17. §. vlt & l. ſeq. infr. hoc tit.*

16. VLPIANVS libr. 10. ad Edictum.

SI patronus libertam ſuam vxorem duxerit, non compelletur iurare de rerum amotarum iudicio, ſed & ſi ipſe deferat iuſiurandum libertæ ſuæ [a], de calumnia non debet iurare.

*Ad l. Si patronuſ 16.*

RAT. DVB. Actio rerum amotarum ſicuti pœnalis non eſt, ſed merè rei perſecutoria *l. ſi mulier 21. §. hæc actio 5. infr. rer. amot.* ita neque famoſa neque turpis eſt: alioqui non daretur contra coniugem ne quidem ſoluto matrimonio in honorem ſcilicet tranſacti matrimonij *l. 1. & 2. tod.* non magis quàm eo conſtante, *l. 2. C. tod. tit.* Ergo non malè inſtituitur hæc actio à liberta contra patronum qui aliquando maritus fuit. Porrò ſi non malè inſtituitur, conſequens omnino eſt, vt nec malè iuſiurandum à liberta patrono deferatur, id enim in actione illa rerum amotarum ordinarij iuris eſt *l. Marcellus 11. §. 1. infr. tod. ill. tit.* In eóque fatendum eſt erraſſe Accurſium qui ſcripſit, ideò actionem hanc rerum amotarum malè inſtitui à liberta aduerſus patronum, quòd ſit famoſa es *l. 2. & l. parens 5. infr. de obſeq. parent. & patron. præſt.* vbi tamen nullum verbum de actione rerum amotarum, quæ ſi famoſa eſſet, non daretur contra eum qui coniux fuiſſet, adeóque nec ſi, quod minùs eſt, turpis tantùm eſſet *d. l. 2. rer. amot.* vt cernere eſt in actione *de ſeru. corrupt. l. vlt. ſupr. ill. tit.* vbi diximus, *iunct. l. nec quiſquam 56. infr. Pro ſocio.* Neque verò Vlpianus in hac lege ait actionem rerum amotarum malè inſtitui à liberta contra maritum, quæ ſi malè inſtitueretur, non eſſet quærendum, an in ea iurare patronus deferente liberta cogeretur. Priùs enim eſt, vt actio aliqua inſtitui poſſit ac benè inſtituta ſit, quàm vt in ea iurari oporteat. Neque rurſum negat Vlpianus poſſe actionem hanc inſtitui à patrono aduerſus libertam, ſed hoc ſupponit potiùs cùm negat cogendum eſſe patronum iurare de calumnia ſi iuſiurandum libertæ deferat in hac ſcilicet ipſa actione, vt iurare alij de calumnia ſolent qui deferunt iuſiurandum. Alia igitur decidendi ratio quærenda eſt quàm quæ adfertur ab Accurſio, quòd actio hæc quia famoſa eſt, malè à liberta contra patronum eundémque quondam maritum inſtituatur. DEC. Cùm res amouentur ab alterutro coniugum quiſquis ille ſit, veritate furtum ſit, licèt leuiùs coerceatur perſona quæ res amouit, ideóque nec vſucapi ab vllo poſſunt res quæ ſic amotæ ſunt, non magis quàm furtiuæ *l. penult. infr. rer. amot.* Proinde cùm liberta defert marito quondam eidémque patrono iuſiurandum de rerum amotarum iudicio, effectu ipſo nihil aliud agit quàm vt furti, aut ſaltem delicti probationem ab ipſius patroni confeſſione extorqueat, ſi fortè maritus nec iurare velit, nec iuſiurandum referre, quod manifeſtæ non modò confeſſionis, ſed etiam turpitudinis eſſe dicitur in *l. manifeſta 38. infr. hoc tit.* Id verò minùs certè durum eſt ſatiſque debet eſſe libertæ, quod ei permittatur actionem inſtituere contra patronum, dummodò cauſam ſuam alijs probationibus poſſit inſtruere quàm quas ſumere velit ex ore ac domo patroni eiuſdémque quondam mariti. Quod ſanè nec permittendum ei eſſet, cùm actio rerum amotarum vi ipſa, vt diximus, exprobrationem quandam furti contineat, quæ licèt nec pœnam, nec infamiam irroget condemnato, re tamen ipſa & hominum opinione inurit quandam infamiæ notam & ſuggillat eius exiſtimationem apud bonos & graues viros *d. l. 2. de obſeq. parent. præſt. leg. 4. § aduerſus infr. de doli mal. & met. except.* niſi iudicium rerum amotarum eſſet ſingulare & in eam rem comparatum, vt ſalua reuerentia inter eiuſmodi perſonas debita, delictum tamen tam improbum coerceretur nec impunitum remaneret *l. 1. & penult. & paſſ. dict. tit. rer. amot.* Melius enim eſt violari in aliquo reuerentiam patrono debitam quàm delictum patroni manere impunitum *argum. l. ita vulneratus 51. ſuprà ad leg. Aquil.* præſertim cùm nulla in factum actio ſit prodita in vicem actionis rerum amotarum, quomodo proditæ ſunt alijs caſibus in factum actiones & exceptiones in vicem actionum & exceptionum quæ contra parentes & patronos opponi non poſſunt *d. l. parens 5. de obſeq. parent. præſt. l. ſi ſuperſtite 5. C. de dolo l. non debet 11. ſupr. eod. ill. tit.* Planè ſi patronus cui iuſiurandum in hoc iudicio rerum amotarum delatum eſt, iurare malit, dubitandum non eſt quin hoc ei permittendum ſit. Non enim negat Vlpianus iurare eum poſſe, ſed cogendum eum iurare, & longè aliud eſt ſubiicere quid alicuius poteſtati, aliud verò iuris neceſſitati *l. non quicquid 40. ſupr. de iudic.* Nec quod fauore patroni & ob reuerentiam ei debitam receptum eſt vt iurare non cogatur, vſque adeò in eius odium retorqueri debet vt nec ſi velit iurare poſſit atque ita vincere *vulg. l. nulla 25 ſuprà de legib. l. quod fauore 6. C. eod. l. pen. C. ad SC. Trebell.* qui tamen vincere nullomodo nullóque caſu poſſet, ſi neque conueniri actione iſta poſſet: prius enim eſt, vt poſſit quis actione aliqua conueniri quàm vt poſſit vincere. Quod ſi vincere poteſt, quidni etiam vinci & condemnari? *arg. l. 3. infr. de re iudic.* Nam & formulæ omnes iudiciorum in condemnationem conceptæ ſunt non in abſolutionem: propter quam cauſam ita regulam iuris concipi oportuit, non vt is qui abſoluere poteſt, poſſit etiam condemnare, ſed è contrario vt qui damnandi ius habet, abſoluendi quoque ius hoc ipſo habeat *d. l. 3. l. penult. de conf ſſ.* & vt nemo qui condemnare poteſt, abſoluere etiam non poſſit *l. nemo qui cõdemnare 37. de reg. iur.* Ex quo intelligimus, priuilegium patroni in ſpecie huius legis non illud eſſe vt actione rerum amotarum conueniri non poſſit, quod Accurſius & Bartolus malè crediderunt (qua enim alia actione conueniri poſſet? cùm iudicium hoc rerum amotarum ſingulare ſit, vt diximus, id eſt, vt ego explico, nullum aliud habeat aut concomitans, aut ſubſidiarium *d. l. 1. infr. rer. amot.*) ſed vt non ſit cogendus iurare aut referre ſi nolit, nec tamen prohibendus ſi velit. Sequitur,

a *Sed & ſi ipſe deferat iuſiurandum liberta ſua.* RAT. DVB. Ordinarij iuris eſt vt quiſquis iuſiurandum alij defert, prius iurare debeat de calumnia *l. iuſiurandum & ad pecunias 34. §. qui iuſiurandum infr. hoc tit.* vbi tamen additur, *ſi hoc exigatur.* Ergo ſi patronus deferat iuſiurandum libertæ ſuæ ſiue in iudicio rerum amotarum ſiue in alio quolibet, cogendus eſt liberta poſtulante & id exigente iurare priùs de calumnia, præſertim ne duo ſingularia concurrãt, alioqui circa eandem ſpeciem eandémque perſonam contra vulgare noſtrorum brocardicum ex *l. 1. C. de dot. promiſſ.* Eſſet enim illud primum ſingulare circa actionem rerum amotarum quod iurare non cogitur de rebus amotis deferente liberta, alterum verò quod nec deferens ipſe iurare de calumnia cogeretur. DEC. Iuſiurandum de calumnia æquè patronis ac parentibus remittitur ob reuerentiam eiuſmodi perſonis debitam, cui non conuenit, vt à liberis & libertis ſuis vel in minimam calumniæ ſuſpicionem adducantur: adeò turpe & infame eſt vel nomen ipſum calumniæ. Meritò igitur placuit nec in iudicio rerum amotarum debere patronum qui libertæ ſuæ iuſiurandum deferat, iurare prio-

rem

Digitized by Google

rem de calumnia, cùm neque aliter præſtari à cæteris hoc iuſiurãdum debeat quàm ſi exigi per libertam poſſit, quin ſuſpicionem ſaltem calumniæ obiiciat patrono, quod non eſt ferendum. Neque eſt quod vereamur, ne duo ſingularia hîc cõcurrãt circa eandẽ ſpeciẽ, cùm aliud ſit agere patronũ, aliud cõuenire, præter id quòd brocardicũ illud ex eorũ numero eſt, quę nobis nõ placent, vt alibi docuimus.

17. PAVLVS libro 18. ad Edictum.

IVſiurandum, quod ex conuentione extra iudicium defertur, referri non poteſt.

*Ad l. Iuſiurandum quod ex conuentione 17.*

RAT. DVB. Non eſt manifeſtæ confeſſionis aut turpitudinis, ſi is cui iuſiurandũ defertur, iurare nolit, ſed ſi nec iurare velit nec referre *leg. manifeſta 38 infr. hoc tit.* Sunt enim plerique tam timidi metu diuini numinis ad ſuperſtitionem vſque vt ne de re quam ſciant eſſe veriſſimam iurare velint *l. qua ſub condicione 8. infra de condict. inſtit.* ſempérque modeſtius eſt iuſiurandum referre quàm iurare *l. illud 25. §. 1 infr. de conſtit. pecun.* Ergo nihil cauſæ eſt, cur non etiam conuentionale iuſiurandum, id eſt, quod ex conuentione extra iudicium defertur, perinde referri poſſit ac ſi in iudicio per aduerſarium, aut per iudicem ipſum delatum eſſet, quaſi conuentio illa iurandi tacitam condicionem in ſe habeat, niſi is cui iuſiurandum delatum eſt, referre malit quàm iurare. Nam iniquum videtur cogi quem præcisè aut iurare aut ſuccumbere, & ex alia parte nullam ſatis iuſtam querelæ cauſam videtur habiturus is, cui iuſiurandum referetur, cùm ea ratione futurus ſit index & teſtis in cauſa propria *l. 1 infr. quar. rer. act. non dat.* DEC. Iuſiurandum conuentionale in eo differt à iudiciali, quod ſicut ex conuentione defertur, ita ex conuẽtione ſuſcipitur. Proinde quemadmodum is qui detulit, reuocare illud non poteſt ſi non aliis probationib. cauſam ſuam inſtruere paratus ſit *l. ſi quis iuſiurandum 11. C. hoc tit.* ita nec is, qui ſuſcepit, recuſare poteſt quominus aut iuret aut ſuccumbat, cùm propria ſua voluntate in eas ſe anguſtias vltrò coniecerit & referendi poteſtatem ſibi præripuerit, atque ita indignus ſit cui ſuccurratur *l. ſi fideiuſſor 7. §. 1. ſupr. qui ſatiſd. cogant. leg. 2. §. vim fluminis ſupr. ſi quis caution.* Nec ſanè aliter ſine ſumma eius qui iuſiurãdũ ex conuentione detulit, iniuria cõſtitui poſſet; nam cùm is cui iuſiurandũ refertur, omnimodo iurandum habeat, nec iterum referre aduerſario poſſit, ne alioqui dandus eſſet progreſſus in infinitum, quis ferat iurandi neceſſitatem præciſam ei imponi qui detulit ſuſcipienti vltrò & ex conuentione, potius quàm ei ipſi qui ſuſcepit? huic ſiquidem imputari hoc ipſum poteſt quod ſuſceperit, illi verò penitus nihil. Deniq; cùm certã legem habuerit iuriſiurandi ex conuentione ſuſcepti delatio, nõ eſt permittendũ iis qui ea lege contraxerunt, vt ab ea reſiliant niſi vtroque cõſentiente *l. vero procuratori 12. §. penult. infr. de ſolut.* cauere itaq; negotiari debuit is qui iuſiurandum ſuſcepit, & delationem iudicialem expectare ſi ſaluam ſibi eſſe volebat referendi facultatem, nam in iureiurando quod in iudicio defertur ab aduerſario, idcirco ſalua eſt referẽdi eius electio, quoniã inuito defertur, nõ ei qui vltrò ſuſcipere id velit *d. l. manifeſta*, nec diſplicere debet iuriſiurandi ſiue neceſſitas ſiue condicio ei qui ipſe detulit *l. iuſiurandũ & ad pecunias 34. §. datur autem inf. hoc tit. iunc. l. 1. ſupr. quod quiſq. iur.* iunge *l. vlt. infr. tit. prox.*

¶ 1 Pupillus tutore auctore iuſiurandum deferre debet. quòd ſi ſine tutore auctore detulerit: exceptio quidem obſtabit [a], ſed replicabitur: quia rerum adminiſtrandarum ius ei non competit [b].

*Ad §. 1. Pupillus.*

RAT. DVB. Suæ quiſque rei moderator eſt & arbiter *vulg. l. in re mandata 21. C. mandat.* nec quicquã magis naturale eſt quàm voluntatem domini quoquo modo de re ſua diſponentis adeóque rem ſuã in alium transferre volentis ratam haberi *l. qua ratione 9. §. hæ quoque res infr. de acq. rer. domin.* Atqui pupillus nõ eo minus rerum ſuarũ dominus eſt quod tutorem habeat, nec enim tutoris datio modus eſt aut acquirendi aut amittendi dominij. Ergo pupillus quoq; ſine tutoris authoritate iuſiurandum deferre poteſt, maximè verò ſi cum Azone hunc §. intelligas de pupillo doli capace, & qui non poſſit videri carere dolo ſi aduerſario iuſiurandum deferat quod prætextu pupillaris ætatis velit poſtea eidẽ eſſe captioſum *l. heredibus 14. §. vlt. iunct. l. ſeq. ſupr. de dolo iunc. l. quod autem 6. §. ſi quis cũ pupillo inf. quæ in fraud. credit.* DEC. Is demũ deferre iuſiurandũ poteſt, qui rerum de quib. agitur adminiſtrandarũ ius habet: ad ius enim adminiſtrationis pertinet ſiue rem quis alienet, ſiue in iudiciũ deducat, ſiue de ea tranſigat, aut aliter contrahat, vt dicemus in §. ſeq. parũmq; eſt quod quis ſit dominus, ſi rei ſuæ adminiſtrandæ ius non habeat, adeò vt etiamſi quis à vero domino emat, quem prætor alienare vetuerit, vt à prodigo, non ſolùm dominium ſibi non acquirat, ſed nec vſucapiendi condicionem *l. ſi ab eo 12. inf. de vſucap.* Atqui pupillus non habet ius rerum ſuarum adminiſtrandarum ſine tutoris authoritate & quidem eius qui rerum pupillarium adminiſtrationem habeat non qui vel honorarius dumtaxat tutor ſit, vt in *l. quod ſi fortè 14. §. 1. infr. de ſolut.* aut pro tutore negotia pupilli gerat quamuis bona fide vt in *l. 2. infr. de eo qui pro tutor.* ſiue de alicuius rei pupillaris alienatione quærendum ſit, ſiue de re in iudicium deducenda, ſiue de ſolutione facienda, ſiue denique de tranſigendo aut de contractu aliquo celebrando, aut enim pupillum cum authoritate tutoris omnia hæc facere oportet *leg. pupillus 5. l. obligari 9. infr. de author. tutor.* aut tutorem ſolum ſine pupillo *d. l. 5. de regul. iur. l. 2. infr. de re adminiſtr. & peric. tutor.* Tutor enim ille eſt qui licèt dominus non ſit, domini tamen loco habetur, quod pertinet ad adminiſtrationẽ, dũmodo benè adminiſtret nec pupillum dolo malo ſpoliet *l. qui fundum 7. §. ſi tutor infra pro emptor. l. 4. in fin. infr. de euict.* Proinde ſiue iuriſiurandi delationem velis æquiparare ſolutioni ſiue rei iudicatæ ſiue tranſactioni & pacto conuento ex *l. 1. & 2. ſupr. l. tutor 35. §. 1 infr. hoc tit.* dicendum eſt pupillum non niſi tutore authore iuſiurandum deferre poſſe, quod & in prodigo iuris eſt *d. l. tutor 35. §. 1. infr.* Nec tantùm ſi

Google

de conuentionali iureiurando agamus quod extra iudicium ex conuentione defeiatur, de quo proximè diximus, qui caſus minorem habet dubitationem, ſed etiamſi de iudiciali *l.1.§.1.inſr. quar. rer. act. non det.* Etſi enim iudicis authoritas ſupplere aliquando poteſt præſentiam & authoritatem tutoris, vt in *l.ſancimus 25. Cod. de admin. tutor. §. at ex contrario Inſtit. quib. alien. licèt vel non.* id tamen non habet locum niſi cùm ſolutio facienda eſt pupillo, nec quiſquam tamen aut tutor. aut curator eſt, qui ſolutionem pupilli nomine poſſit accipere ad liberandum debitorem, quem tamen inuitum in obligatione retineri cùm paratus ſit ſoluere, non minùs iniquum eſſet, quàm ſi eo nomine in ius venire cogeretur *leg ſi reus 73.ſupr.de procurat. l.aut Prætor 7.§.2. verſic. permittitur ſupr. de minor.* Nec quod iuſiurandum etiam loco ſolutionis cedat *l. iuſiurandum etiam 27.inſr. hoc tit. ad rem ſact.* Nam præter id quod de eo iureiurando intelligi hoc debet, quod ritè iam delatum præſtitúmque ſit, non quòd deferre quis velit, nihil cauſæ eſt, cur prætor præſentiam & authoritatem tutoris ſupplere debeat in deferendo iureiurando, cum ea res neque pupillo ipſi profutura ſit, qui ex eiuſmodi delatione periclitaretur potiùs, neque aduerſario pupilli, cuius valde intereſt delationem ritè & cum tutoris authoritate à pupillo factam eſſe, vt ex ea iurare poſſit & iurando vincere: quem proinde melius eſt expectare, vt tutor aliquis adſit, ex cuius authoritate & conſilio fiat delatio, ſi id videat expedire pupillo, quod aliis probationibus & inſtrumentis cauſam pupilli inſtruere non poſſit *d.l. tutor in princip. 35. inſr.* de quo nihil prætor ipſe per ſe conſtituere, aut diuinare poteſt. Quare nec diſtinguendum eſt, an pupillus qui ſine tutoris authoritate iuſiurandum detulit, doli capax ſit nécne: neutro enim caſu poteſt valere delatio, vt ex ea ſequi iuſta condemnatio poſſit, ſufficítque pupillum eſſe impuberem, vt ſcriptum eſt in *leg. videamus 4. inſr. tit. prox.* Quòd ſi obiicias, parum referre an tutoris authoritas interuenerit, nécne, cùm ea quoque interueniente non minùs futurum ſit, vt aduerſus delationem reſtituatur in integrum ex *leg. 1.& 2. Cod.ſi tut. vel curat. interuen.* vt noſter putat Accurſius, dicam imò verò eſſe hunc caſum ſingularem in quo pupillus reſtitui in integrum non poſſit aduerſus delationem, ſiue à tutore ſolo, ſiue cum tutoris authoritate factam, quia nec aliter poteſt valere huiuſmodi delatio, quàm ſi facta ſit omnibus aliis probationibus pupillo deficientibus *d. l. tutor.* Quo caſu non poteſt fieri, vt pupillus ex ea delatione læſus videatur, aut ſe læſum probet, quod tamen ad inducendum beneficium reſtitutionis in integrum omnino requiritur *l. nam poſteaquàm 9. §. ſi minor.* vbi diximus, *ſupr. hoc tit* niſi fortè ponas poſt iuramentum præſtitum ſuperueniſſe pupillo alias probationes quæ delationis tempore deficiebant, qui tamen caſus non caret dubitatione, cùm in danda qualibet reſtitutione in integrum inſpiciendum ſemper ſit quis rei ſtatus fuerit eo tempore quo negotium gerebatur, non quid poſteà ſuperuenerit *l. verum 11 §. ſi locupleti l. quòd ſi minor 24. §. Scæuola ſupr. de minor. l.2. l. ſi voluntate 8. C. de reſcind. vendit. l. ſi quis iuſiurandum 12. C. hoc tit.* nec prætereà tam facilè danda ſit reſtitutio in integrum aduerſus ea quæ pupillus in iudicio tutore authore geſſit, ſi modo indemnitatem conſequi potiùs ab ipſo tutore poſſit *l. properandum 13. §. vlt. C. de iudic.* cuius tamen indemnitatis aduerſus tutorem perſequendæ nulla ſubeſt ratio, cùm tutori imputari nihil poteſt. Quid autem imputare poſſis tutori, qui omnibus aliis probationibus deficientibus iuſiurandum pupilli nomine detulit, aut deferenti pupillo authoritatem præſtitit, vt vel hac vna ſaltem ratione poſſet pupillus vincere, nolente aduerſario iurare, nec referre, aut etiam referente, cùm alioqui pupillum vinci & ſuccumbere omnino neceſſe fuiſſet? Veriùs itaque eſt, quod Paulus concludit in *dict. leg. tutor.* quandocunque agere volenti pupillo aduerſus præſtitum iuſiurandum denegandam eſſe hoc caſu actionem, ac proinde in integrum quoque reſtitutionem. Cùm, vt idem Paulus in libris ſententiarum diffinit, nihil aliud ſit in integrum reſtitutio quàm redintegrandæ rei vel cauſæ actio. Aliáque longè ratio eſt minoris iam puberis, quippe quem nihil vetat etiam alias habentem probationes, iuſiurandum tamen aduerſario deferre quo caſu ſicuti manifeſtè læditur, qui ancipiti periurio aduerſarij quàm certis probationibus exitum iudicij committere maluit, ita reſtitutionem in integrum implorare meritò poteſt, tanquam euidenter captus inſpecto etiam eo tempore quo detulit. Nec diſtinguo cum Accurſio, an minor hic qui iuſiurandum detulit, habeat curatorem nécne, quaſi cùm habet curatorem, non magis deferre iuſiurandum poſſit aut debeat ſine curatore, quàm pupillus ſine tutore, proptereà quod minor curatorem habens pupillo æquiparandus ſit aut prodigo, ex *l. ſi curatorem habens 3. Cod. de in integr. reſtit. minor.* Etſi enim bona æquiparatio eſt, quod ad alienationem bonorum minoris pertinet, non tamen quantum ad contrahendam obligationem cùm puberes etiam ſine curatoribus ſuis obligari rectè poſſint *l. puberes 101. de verb. oblig.* quod in pupillis diuerſum eſt *d. l. obligari.* Iuriſiurandi autem delatio pactionis & conuentionis inſtar obtinet *l. qui iuraſſe 26. §. vlt. & d. l. tutor §. 1. hoc tit.* potiùs quàm alienationis aut ſolutionis, cùm nec obligationem ciuilem tollat, quam ſolutio vera tolleret, vt noſter hîc ratiocinatur Accurſius ex *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis inſr. de ſolut.* ſicuti nec res iudicata tollit obligationem naturalem, quamuis pro veritate & ſolutione accipiatur, vt hîc idem Accurſ. notat ex *l. Iulianus 64. inſr. de condict. indeb.* Planè ſi pupillo quis detulerit iuſiurandum, & is iurauerit, quamuis ſine authoritate tutoris, valebit iuſiurandum tanquam ritè præſtitum, & ex eo debebit pupillus vincere, quia ſibi imputare debet is qui detulit *d. l. qui iuraſſe 26. in princip. inſr.* nec quod in fauorem pupilli conſtitutum eſt, vt iuſiurandum ſine tutoris authoritate deferre non poſſit, in eius odium retorqueri debet, ne poſſit etiam ſuſcipere atque ita victoriam litis ſibi comparare *l. non eo minùs 14. C. de procurat.*

a *Exceptio quidem obſtabit.* RAT. DVB. Iuriſiurandi delatio à pupillo facta ſine authoritate tutoris ipſo iure nulla eſt, vt proximè diximus, ne contra iuris ciuilis regulas pupillus ea ratione ſine tutore obligetur *l. contra 30. ſupr. de pact.* Nullum igitur effectum habere poteſt, nec proinde exceptionem vllam parere non magis quàm actionem. Atque ita Vlpianus noſter diſertè ſcribit in *l.1. §.1. inſr. quar. rer. act. non det.* in propoſita ſpecie exceptionem pupillo non obſtare, quod cum Pauli ſententia, quæ hîc extat pugnare ex diametro videtur. DEC. In actionibus verſatur ius, in exceptionibus factum *l. ſi vnus 27. §. pactus ne peteret ſupr. de pact.* cùmque iuriſiurandi delatio ipſa ſit facti, & ex iureiurando iuxta for-

formam

tiam delatam præſtito prætor & actionẽ & multo magis exceptionem polliceatur, vix eſt vt ei qui ex delatione iurauit denegare prætor exceptionẽ poſſit, cùm habeat pro ſe verba edicti. Sed iniquitatem huius exceptionis quæ nõ niſi verbis edicti nititur, temperat, & emendat data replicatione, vt in *leg in duobus 18. § ſi ei qui infr. ho. titu. & d. §. pactus ne peteret.* Cuius replicationis æquitas tota ex eo pẽdet, quòd pupillus rerũ ſuarum adminiſtrandarum ius nõ habeat. Proinde obſtat exceptio inſpectis verbis formulæ in qua cogitur prætor exceptionẽ apponere, ne quid contra edictum ſuum facere videatur, ſed in effectu non obſtat, quoniã exceptio per replicationem eliditur. Et ita benè Accurſ. explicat, nulla etiam petita, inquit, per pupillum reſtitutione, ſicuti & ſi pupillus aliquid ſine tutoris authoritate in iure confeſſus eſſet *l. certum 6. § pen. infr de confeſſ.* Sed hoc diſſimile eſt, quia ex confeſſione quã pupillus in iure ſine tutoris authoritate fecerit, nulla exceptio contra eum naſci poteſt ad quã elidendam indigeat replicatione, cũ eiuſmodi confeſſio ipſo iure nullius ſit momenti, ſi quidem inſtar condemnationis obtinet, *l. 1. eod.* Pupillus autem indefenſus, & ſine tutore ſicut condemnari non poteſt, ita neque haberi pro condemnato *leg contra pupillum 54. infr. de re iudic. d. l. 2. de adm. tutor.* Aliàq; longe ratio eſt delati iuriſiurandi. Etſi namque ex delatione iuriſiurandi à pupillo facta ſi valeret ſine tutoris authoritate poſſet pupillus æquè vinci & condemnari iurãte aduerſario ſi eſſet reus, aut ſuccũbere ſi actor: poteſt tamen aliquo etiam caſu vincere, nimirũ ſi aduerſarius iurare nollet, ſed referre iuſiurandum mallet, vt ſuprà explicauimus. Non fuit autem prohibendum pupillo ne id faceret ex quo lucrum aliquo caſu ſentire poſſet, licèt aliis caſibus poſſet etiã ex eo damnum ſentire: ne dum id agimus, vt pupillo conſulamus, ei potius noceamus contra *l. penul. C. ad SC. Trebell.* Sic dicimus contra iuris ciuilis regulas facere illum qui à pupillo ſine tutoris authoritate ſtipulatur *d. l. contra 30. de pact.* quia non poteſt fieri vt pupillus promittendo fiat vnquã locupletior, niſi per ſpeciẽ nouationis promittat transfuſa obligatione ciuili in naturalẽ, vt in *l. 1. in fin de nouat.* at non eum qui mutuã pecuniam dat pupillo ſine tutoris authoritate, cùm poſſit pupillus eam pecuniam in rem ſuã vertere, atq; ita locupletior fieri ex mutuo, vnde eſt quod mutuã pecuniam accipiendo naturaliter obligatur etiãſi locupletior factus non ſit *d. l. Stichum aut Pamphilũ 95. § aliquando inf. de ſolut. leg. illud 15. § heres meus infr. quand. dies legat. ced.* quãuis non de iure naturali *l. penult. de oblig. & actio.* vt pluribus docuimus ad *d. l. contra.* Ideóque bene Paulus in hoc §. ita loquitur, vt dicat pupillũ ſine tutoris authoritate iuſiurãdũ deferre nõ debere, non autẽ ita vt dicat non poſſe: nam ſi non poſſet, vtiq. nec dãda eſſet ex iureiurando poſt eã delationem præſtito vlla exceptio. Sed aliud nõ poſſe quid facere, aliud non debere. Nõ omne quod fieri poteſt, fieri etiã debet: quẽadmodũ nec omne quod licet, expedit aut honeſtum eſt *l. non omne 144. de reg. iur.* Et fruſtra quæritur an quod fieri non poteſt, fieri debeat, ſiue per rerum naturam ſiue per leges aut edicta aut conſtitutiones fieri prohibeatur, quoniam quicquid tale eſt æquè apud prætorem impoſſibile cenſetur *l. filius 15. iunct. l. praeced. infr. de condict. inſt.*

b *Quia rerum adminiſtrandarum ius ei non competit.* Hinc notat Accurſius in omnib. contractibus quos ineunt ij qui iure electi nõ ſunt, caſſari omnia ex *l. decernimus 16. C. de ſacroſ. eccl. l. qui neque 8. infr. de reb. eor. qui ſub tutel.* ſecus verò eſſe ſi inſtitutio ab initio tenueris, ſed poſtea in irritum deducta ſit: tunc n. tenent quæ medio temporis geſta ſunt bona fide ex *l. ſi non expedierit 6. §. 1. infr de reb. author. iudic. poſſid.* cui potuit addere *l. quoties 44 inf. de acquir. hered.*

2 ¶ Si tutor, qui tutelam gerit: aut curator furioſi prodigíve, iuſiurandum detulerit: ratum id haberi debet. nam & alienare res, & ſolui eis poteſt: &, agendo, rem in iudicium deducunt.

*Ad §. 2. Si tutor.*

RAT. DVB. Tutor etiam qui tutelam gerit, non eſt dominus rerum pupillarium, nec curator furioſi prodigíve rerũ furioſi aut prodigi: habent. n. iſti nudam rerum alienarum adminiſtrationẽ non dominiũ. Ergo nõ poſſunt res alienare, cùm alienationis nomine is tantùm actus ſignificetur per quẽ dominiũ transfertur *l. 1. C de fund. dotal. l. alienationis 28. de verb. ſignif.* nemo autem plus iuris in alium transferre poſſit quã ipſe habeat *vulg l. nemo plus iuris 54 de regu. iur. l. traditio 20 de acquir. rer. domin.* & conſequenter nõ poſſunt accipere ſolutionẽ, quandoquidẽ quiſquis accipit ſolutionẽ iuſtè, hoc ipſo alienat debitorẽ quẽ amittit § *nunc admonendi inſt. quib. alien.* licet vel non multo minus poſſunt rem in iudicium deducere, quia quiſquis deducit, amittit etiã actionẽ quã exercet, ac proinde alienat, proinde nec iuſiurãdu deferre poſſunt, ſicuti dicimus nec alium in litẽ iurare poſſe quã qui ſit dominus litis quiq litẽ ſuo nomine cõteſtatus ſit *l. vulgo 7. inf tit. prox.* DEC. Lex ſicuti reginá ita domina eſt & perſonarũ & rerũ omniũ, quæ ſunt in republica *l. 1. & 2. ſup. de legib.* proinde poteſt diſponere de bonis priuatorum prout vult, & quatenus videt intereſſe, & ipſorũ priuatorũ & vtilitatis publicę, ad quã ciuilis legiſlator refert omnia: intereſt autem non ſolũ publicè, ſed etiam ipſorũ maximè pupillorũ furioſorũ & prodigorũ, ne iis cõmercio quodammodo interdicatur, quod contingeret ſi neq; ipſis, neq; ipſorũ tutorib. & curatorib. res eorũ alienare liceret, ne quidẽ pro eorũ vtilitate *l. ait prætor 7. §. quæſitũ ſup. de minor.* Et quãuis poſſit pupillus tutore authore contrahere cæteráq; omnia facere quę maior poſſet, attamẽ ipſi etiã tutori ſoli tanquã legitimo adminiſtratori permiſſum eſt omnia facere ſine pupillo, quę pupillus ſine tutore poſſet exceptis iis quę factũ perſonale pupilli exigũt, vt aditio hereditatis ad profetẽda cretionis verba quę olim ſolẽnia fuerunt & neceſſaria ante *l. cretionum 17. C. de iur. delib.* Furioſus verò & prodigus nihil omnino agere poſſunt ne quidẽ cum curatoris authoritate, ſed eorũ nomine curatores peragere omnia poſſunt & debent, quia certũ eſt aut ſaltẽ ſperari probabiliter poteſt, ætatẽ allaturam eſſe iudiciũ pupillo, non etiã reſipiſcentiã furioſo aut ſanos mores prodigo *l. in negotiis 5. de neg. geſt.* Ideóq; de ſolis furioſorũ & prodigorum curatorib. hic Paulus loquitur, quia dãtur perſonis principaliter, reb. autẽ non niſi per conſequẽtiam exemplo tutorum. In eóque differunt à curatore minoris cuius longè alia ratio

Digitized by Google

eſt, quia rebus principaliter datur, perſonæ autem ne quidem per conſequentias, eámque ob cauſam nihil ipſe ſolus ſine minore facere poteſt niſi ratione iudicij accipiendi *leg. 2. infra de excuſ. tutor.* ſed tantùm authoritatem præſtare minori debet ad gerenda ea quæ ex ipſius minoris con modo & vtilitate fore intelligat. Vnde eſt quod tutores itémque furioſorum & prodigorum curatores licèt domini non ſint, tamen dominorum loco ſunt tanquam legitimi perſonarum eiuſmodi adminiſtratores *leg. qui fundum 7. §. ſi tutor infr. pro emptor. l. n qui 11. §. ſi tutoru infr. quod vi aut clam. leg. quoties 21. §. ſi tutor ſupr. de nox. al. act. leg interdum 56. § penultim. de furt.* non etiam curatores minorum qui nec à lege duodecim tabularũ ius adminiſtrationis habent vt ceteri, ſed à prætore. Conſequens igitur eſt, vt poſſint illi & alienare res pupillorum, itémque furioſorum & prodigorum, & ſolutionem ab eorum debitoribus accipere, & rem in iudicium deducere, ergo & iuſiurandum deferre, ita vt ratum id à prætore haberi oporteat, id eſt, ne quidem beneficio reſtitutionis in integrum reſcindi *leg. ſi mulier 21. §. 1. ſupr. quod met. cauſ. leg. quoties 44. infr. de acquirend. hered.* Nam qui cætera omnia ſupradicta poteſt, multo magis hoc quoque poteſt. Ex quo apparet, cùm ius dominij penes vnum eſſe poſſit, ius verò rerum adminiſtrandarum penes alium, longè plus poſſe illum qui ius adminiſtrationis habet, quàm qui ius dominij, cùm ius adminiſtrationis legitimum eſt, & à lege conceſſum, aut à priuato quidem, ſed cui lex permittat concedere. Illud planè non eſt neceſſe, vt tutor tutelã gerat, licèt de hoc tutore nominatim Paulus loquatur, ſed ſufficit vt tutelæ gerendæ ius habeat, id eſt, vt non ſit ei interdicta adminiſtratio, vt Accurſ. noſter notat ex *l. pupillum 49. de acqu. hered.* cui iunge *l. quòd ſi fortè 14. §. 1. de ſolut.* Quare nec is, qui tutor eſt, & rerum adminiſtrãdarum ius habet, aliter tamẽ alienare res pupilli poteſt, quàm ſi cauſa adminiſtrationis id faciat, vt ſcriptum eſt in *l. non omnis 16. C. de admin. tutor.* Quod & in furioſi curatore iuris eſt *leg. ab agnato 12 infr. de curat furioſ* Indéque etiam fit, vt neque tutor ipſe iuſiurandum deferre poſſit, niſi cùm neceſſitas adminiſtrationis, & pupilli vtilitas id exigit, hoc eſt, ita demum ſi aliæ probationes omnes deficiant *l. tutor 35. in princ. infr.* tunc enim tutor domini loco habendus eſt, cùm ex bona fide rem pupilli adminiſtrat, non cùm pupillum ſpoliat *d. §. ſi tutor l. tutor qui repertorium 7. in prin. ip. & §. 1. & 2. inf. de admin. tutor.* ſpoliaret autem qui alias habens pro pupillo paratas probationes, mallet certam litis victoriam cum ancipiti periurio aduerſarij commutare. An autem tutor ipſe iurare poſſit pupilli nomine & cogi vt iuret, alia quæſtio eſt, de qua dicemus ad *l. 4. infr. tit. prox.*

3 ¶ Procurator quoque quod detulit, ratum habendum eſt: ſcilicet ſi aut vniuerſorum bonorum adminiſtrationem ſuſtineat, aut ſi idipſum nominatim mandatum ſit, aut ſi in rem ſuam procurator ſit.

*Ad §. vlt. Procurator quoque.*

RAT. DVB. Procurator licèt dominus nõ ſit, domini tamẽ loco eſt, eiuſq. vice fungitur, paruiq. refert, an per ſe quis faciat aliquid, an per procuratorem *l. 1. & tot. tit. ſuprà de procur.* Nec rurſus negari poteſt, quin procurator quilibet adminiſtrationis ius habeat cùm non aliam ob cauſam procuratores dentur, quàm vt adminiſtrent, ita vt imputari poſſit, & ſoleat, ei qui rerum ſuarum adminiſtrationi ſufficere non poteſt, cur non procuratorem conſtituerit *leg. Papinianus 20. ſupr. de minor.* Procuratori igitur omnimodo & indiſtinctè permittendum eſt, vt iuſiurandum deferat, exemplo tutoris vel curatoris furioſi aut prodigi, & cùm detulerit ratum id haberi à prætore debet, etiamſi neque vniuerſorum bonorum procurator fuerit, neque nominatim id ei mandatum ſit, neque in rem ſuam procurator fuerit conſtitutus, nam & parum eſt, vniuerſorum bonorum procuratorem eſſe quem, niſi prætereà liberam habeat adminiſtrandi facultatem *l. procurator cui 58. l. procurator totorum 63. ſupr. de procurat.* & fruſtra eſt requirere ſpeciale mandatum, vbi generale ſufficit, nec denique plus iuris habet, qui in rem ſuam procurator conſtitutus eſt, quàm qui in rem conſtituentis, circa eas res quarum nomine procurator datus eſt, niſi quod in rem ſuam conſtitutus electionem habet, an ſuo nomine velit facere an alieno, cùm tamen alio caſu poſſit nomine tantùm alieno facere *leg. qui ſtipendia 9. Cod. de procurat. leg. ſi cum emptore 16. ſupr. de pact.* DEC. Multa ſunt quæ mandato generali non continentur, ſed exigunt ſpeciale, quòd veriſimile non ſit mandantem de iis cogitaſſe, tanquam quæ ſint extraordinaria, & inſolita, quale illud eſt, vt reſtitutio in integrum per procuratorem petatur *leg. illud 25. §. 1. ſupr. de minor.* Eſt enim reſtitutionis auxilium extraordinarium, & quod non competit priuſquam ſit ſpecialiter petitum *leg. in cauſa 16. in princip. eod. ill. titul.* & alia huiuſmodi non pauca, quæ noſtri ſolent congerere ad *Tit. C. etiam per procur. cauſ. reſtit. in integr. agi poſſ.* & nos nonnulla congeſſimus in Codice noſtro Fabriano ad illum Titulum. Inter cætera verò quæ ſunt huius generis, & quorum aliqua recenſentur in *leg. mandato generali 60. ſupr. de procurat.* vbi etiam diximus, ponenda eſt ex hoc §. delatio iuriſiurandi. Nec enim facilè credendus quis eſt aduerſarium ſuum in cauſa propria teſtem ei iudicem conſtituere voluiſſe, quod tamen fit per iuriſiurandi delationem *leg. 1. infr. quar. rer. act. non det.* Nec igitur procuratori hoc permittendum eſt, niſi habeat ſpeciale mandatum, aut generale quidem & totorum bonorum, ſed quod præterea adnexam habeat clauſulam, *cum libera adminiſtratione*, quæ ſpecialioris mandati neceſſitatem tollit tum quoque cùm non totorum bonorum, ſed eius tantùm cauſæ, in qua delatum iuſiurandum fuit, procuratio mandata eſt, *cap. qui ad agendum in fin. de procur. in 6.* aut denique niſi procurator in rem ſuam conſtitutus ſit, quo caſu ſicuti mandatum eſt irreuocabile *l. illam 31. C. de donat.* ita nec tam ex conſtituentis, quàm ex conſtituti procuratoris voluntate ac vtilitate æſtimandum eſt, cuius ſcilicet periculo futurum eſt ſi ex ea iuriſiurandi delatione ſuccumbat: cùm ſibi imputare debeat, cur aduerſario iuſiurandum detulerit, eumque inſcio conſtituente iudicem in cauſa ſua fecerit. Ideo autem his tribus caſibus procuratori conſtituto permittitur de-

tur deferre inſiurandum aduerſario, quoniam iiſdem caſibus etiam paciſci & tranſigere de lite poſſet *l. nam & nocere* 1x. *& ſeq. ſupr. de pact.* Inſiurandum autem delatum & præſtitum pacti, & tranſactionis quoque vim obtinet *l. 2. ſupr. l. inter pupills* 35. §. 1. *infr. hoc tit.* Idem in municipij defenſore iuris eſt, vt nec aliter iuſiurandum deferre poſſit, quàm ſi id ei nominatim mandatum ſit *l. iuſiurandum & ad pecunias* 34. §. 1. *infr.* nempe quia non ſuum ius proprium, ſed municipium in iudicium deducit. Nec diſtinguemus an aliæ probationes adſint, an verò omnes deficiant, vt hoc ſaltem poſteriore caſu permittatur procuratori, itémque defenſori municipium deferre inſiurandum. Exemplo eius quod de tutore & curatore furioſi, itémque prodigi ſcripſimus ad §. præcedentem, ex *dict. l. tutor pupilli in princip.* Neutri enim permittendum eſt vllo caſu, vt iuſiurandum deferat, niſi in aliquo ex ſupradictis caſibus, ne alioqui in poteſtate tua ſit ius meum perdere, quod nunquam ferendum eſt, nec ſi ſaluum illud facere alia ratione nulla poſſim: nec enim alienarum rerum adminiſtrandarum quiſquam ius & arbitrium habere poteſt niſi cui vel à lege, vel à domino ipſo mandatum eſt. Diligenter enim cuſtodiendi ſunt fines mandati *l. diligenter* 5. *infr. mandat.* nec ſufficit, vt diximus, habere mandatum aliquod etiam generale, cùm ſpeciali opus eſt, ne Ouidianum illud occurrat,

*Inde procurator nimium quoque multa procurat,*
*Et ſibi mandatis plura videnda putat.*

18. VLPIANVS libro 26. ad Edictum.

ALiàs autem procuratorem deferentem iuſiurandum non eſſe audiendum, Iulianus libro decimo Digeſtorum ſcribit, ne poſtea reus, qui ſemel iurauit, à domino conueniatur. nec multum ei proficere, ſi fuerit ei de rato cautum. ſiue enim dominus petat, cogetur reus docere, liquidò ſe iuraſſe, poſita ſcilicet exceptione. ſiue ex ſtipulatione de rato agat: neceſſe habebit ipſe de periurio ſuo docere.

*Ad l. Alias autem 18.*

RAT. DVB. & DEC. eadem eſt quæ ad §. *vlt. legis præcedentis.* Idem enim vtriuſque loci tractatus & ſenſus eſt, de procuratore iuſiurandum deferente alieno nomine: niſi quod ſuperioris §. ſententia affirmatiuè concepta eſt, procuratoris delationem ex qua iuratum ſit, ratam haberi debere, ſi aut vniuerſorum adminiſtrationem ſuſtineat, id eſt, vt explicanimus, ſi generale mandatum habeat (quamuis alioqui ſint iſta diuerſa) & quidem cum libera, vt loquuntur: aut ſi id ipſum nominatim ei mãdatum ſit, aut denique ſi in rem ſuam procurator factus ſit. Huius verò loci ſentẽtia negatiuè concepta eſt, extra tres illos caſus, non eſſe audiendum procuratorem, ſi inſiurandum aduerſario deferre velit, nec nocere domino iuſiurandum, quod ex ea delatione præſtitum ſit, quia nõ teneatur dominus in hac ſpecie factum ſui procuratoris præſtare, tanquam qui nec mandatum vllum in eam rem habuiſſe intelligatur, ſicuti ſolemus dicere obligatione quantumuis generali bonorum omnium, & præſentium & futurorum non contineri ſupellectilem, veſtes, naturales liberos, & alia huiuſmodi, quæ quis obligaturus veriſimiliter non fuiſſet *l. obligatis* 6. *infr. de pignor.* Adfertur tamen in hac lege alia & noua dubitandi ratio ex eo ſumpta, quòd accidere frequentiùs ſolet, vt procuratores de iis omnibus quæ agunt, præſertim in iudicio cauere de rato teneantur, non ſolùm ſi de mandato dubitetur, ſed etiam ſi mandatũ proferant quod habeant ad agendum nõ etiam ad iuſiurandum deferẽdum, vt in *l. prox. infr.* Hoc enim caſu cùm de rato cautũ eſt, videtur procurator plus iuris habere, etiam ad iuſiurandum deferendũ, cùm aduerſario ſi ex ea delatione iuret, ſatis ſupérq; conſultum ſit eiuſmodi cautione de rato. Nam etſi de mandati aut veritate aut validitate dubitaretur, admitti tamẽ poſſet & deberet eiuſmodi cautione de rato præſtita *l. 1. C. de procurat.* ſicut & coniuncta alia quâuis perſona etiam ſine vllo mandato *l. ſed & hæ* 35. *ſupr. eod. ſil. tit. l. 3. §. ſed etſi forte infr. iudic. ſolui.* nempe quia nihil hoc caſu intereſſe videtur eius cui cautum eſt de rato, cùm ſiue dominus ratum quandocunque habere velit, perinde haberi debeat, ac ſi ſpecialiter & nominatim idipſum mandaſſet (ratihabitio enim æquiparatur mandato non generali, ſed ſpeciali actus illius qui ratus habitus eſt *l. qui in aliena* 6. § 1. *infr. de acq. her. l. 3. § acquirere. de bonorum poſſ. l. pen. rat. rem haber.*) ſiue ratum habere dominus nolit hoc ipſo futurum ſit, vt ex ſua promiſſione cum ſuis fideiuſſoribus conueniatur procurator, atque ita is qui iurauerit omne id quod ſua intereſſe probauerit, conſequatur. Sed tamen reſpondet Vlpianus ex Iuliano, non eò magis permittendum eſſe procuratori extra tres caſus ſupradictos, vt deferat iuſiurandum, ne cùm aduerſarius ex ea delatione iurauerit, perinde tamen adhuc conueniri poſſit. & quidem efficaciter, id eſt ſine metu exceptionis illius, quam alioqui Prætor cuilibet ex delatione iuranti accommodat, acſi non iuraſſet; quæ rea oſtẽdit inutilem, nec ritè factam fuiſſe delationem. Additque non multum ei proficere qui iurauit nec tantum ad conſeruandum iuſiurandum, cui nihil commune eſt cum cautione de rato: ſed etiam ad indemnitatem conſequendam, qui vnicus cautionis de rato effectus eſt, ſi fuerit ei de rato cautum. Siue enim dominus petat, inquit, cogetur reus docere ſe liquidò iuraſſe, id eſt, vt bene meo iudicio Duarenus explicauit. verè nec tamẽ verè duntaxat, ſed etiam apertè, ac ſine vlla amphibologia: quod tamen non aliter facere poteſt, quã ſi apertè ac certiſſimè probet, nihil ſe debere. Quod tamen vbi fecerit, vincet equidem, at nõ quia iurauerit, ſed quia verè ſe ac liquidò ex veteris iuriſiurandi formula illa *Qua de re peto liquidò iuret*, iuraſſe probauerit, vt proinde nullum ex ſuo iureiurando commodum ſentiat, tantundem enim conſequeretur etiamſi non iuraſſet. Et præcipuus iuriſiurandi effectus in eo conſiſtit, vt ab onere probandi iurantem releuare debeat *l. non erit* 5. § *dato iureiurando. l. ſed ſi poſſeſſori* 11. § *vlt. ſupr. l. eum qui* 30. *infr. hoc tit.* Quod certè Accurſ. noſter non percepit ignoratione veteris illius formulæ, quamuis à Cuiacio & Roberto defenſus. Sic enim locum hunc accepit, quaſi ponenda eſſet

virgula poſt dictionem *liquidò*, eáque dictio non ad verbum *iuraſſe* referēda, quomodo referēda eſt, ſed ad verbum *docere* hoc ſenſu, vt reus qui iurauit ſe nihil debere, ſi à domino conueniatur, docere liquidò & apertè cogatur ſe nihil debere, cùm tamen Vlpianus dicat debere illum docere ſe liquidò iuraſſe. Quid autem eſſet facilius, quàm liquidò & apertè probare præſtationem iuriſiurandi? Atqui apertè & liquidò probandum eſt nihil deberi. Probandum igitur eſt non tantùm apertè, ſed etiam verè iuratum eſſe, nihil deberi. Quo probato vincet ſanè reus, ſed oppoſita exceptione, vt addit Vlpianus. An iuriſiurandi, vt quidã ex veteribus gloſſatoribus, quos Accurſius refert crediderunt? Minimè. Non enim aliter exceptionem ex iureiurãdo pollicetur prætor, quàm ſi iuſiurandum ritè delatum ſit & ab eo qui deferendi ius habuerit: ſemper enim ſupponendi ſunt termini habiles præſertim quod ad edictũ hoc pertinet *l. tutor pupilli 35. §. 1. infr.* implicátq; contradictionem, vt iuſiurandum procuratoris valeat, nec tamen quicquam releuet ab onere probandi. An ergo de exceptione pacti fortè ſibi facti, vel rei iudicatæ, vel metus aut alterius ſimilis vt Azo voluit? Nec vlla ex his quoque. Commentitiũ enim eſt ſi quis ponat cum Azone & Bartolo aut pactum aliquod conuentum interueniſſe, aut iudicatum aut metũ interceſſiſſe aut quid aliud ſimile ex quo dari exceptio debuerit, antequàm iuraretur, cùm apud Vlpianum de eo verbum nullum. Quod autem toties diximus iuſiurandum habere vim pacti conuenti & rei iudicatæ ex *l. 1. & 2. l. qui iuraſſe 26. §. vlt. d. l. tutor pupilli 35. §. 1. hoc tit.* tunc verum eſt cùm iuſiurãdum ritè ac rectè fuit præſtitũ & ab eo qui deferendi ius habuit, quod in hac ſpecie non euenit, neque verò ſic Azo intelligere potuit, cùm adiecerit exceptionem metus, quæ tamen ex iureiurãdo nunquam naſcitur. Quod autē Ioannes, quē Accurſius ita referr vt ſuo more magis probare videatur, dictionem *exceptione* accipit & interpretatur pro ſtipulatione, quis ferre obſecto vnquã poſſit? Fateor ex ſtipulatione ex qua daretur etiam actio, poſſe multò magis dari exceptionem ſi conueniatur ſtipulator ab eo ipſo, quem conuenire poſſet ex ſtipulatione, cùm ei cui datur actio, longè magis danda ſit exceptio, ex vulgata iuris regula *l. nemitur 156. §. 1. De reg. iur. l. 1. §. is autem De ſuperfic.* Sed nos ponimus conueniri reum non à procuratore qui cauit de rato, ſed à domino ipſo qui reo nihil promiſerit, cúmque ſtipulatio illa reſpectu agentis domini ſit res inter alios acta, quid attinet de ſtipulatione tractare cùm ſtipulator ipſe ab eo qui nihil promiſit conuenitur? Et ratio quam ſubiunxit Accurſius pro Ioanne, quòd ſi contra dominum agentem reus de ſacramento excipiat, replicabit dominus, nullum ſibi à procuratore præiudicium fieri potuiſſe. Concludit duntaxat nullam ex eo iureiurando exceptionem dari poſſe, non etiam tractari hîc aliquid de ſtipulatione debere. Tolerabilius eſt quod Bartolus apud Accurſium legiſſe videtur *replicatione* non *ſtipulatione*. Sed neque interpretatio hæc defendi poteſt: non enim reo de quo ſolo Vlpianus hîc loquitur, datur replicatio ſed actori *l. 2. inſt. De except.* Eſt igitur neceſſariò hic locus intelligendus de exceptione doli quę omnium generaliſſima eſt, & quę deficientibus aliis omnibus ſubſidiaria eſſe ſolet, ſed quæ tamen in propoſito caſu non ex iureiurando proficiſcatur [hoc enim Ioanni & Accurſio concedendum rectè eſt] ſed ex eo, quòd aliis certiſſimis & liquidis probationibus docuerit reus, nihil ſe debere. Etſi enim nihil ab initio dolo malo fecit actor, qui poſt iuſiurandum à procuratore ſuo malè delatũ ac præſtitum cœpit agere, nunc tamen incipit dolo malo facere, cùm poſt allatas indebiti tam certas probationes, perſeuerat tamen petere, eo ſolo prętextu quod iuſiurãdum de quo nihil iam quærendum aut curandum eſt, ſine vllo mandato delatum ac præſtitum fuerit *l. 2. §. circa* vbi eſt textus elegans & ad ſpeciem huic quam tractamus non valde diſſimilem accommodatus *infr. De doli mali & met. except.* Atque ita hic locus alioqui ſanè perobſcurus intelligi meo iudicio debet, nec ad eum caſum reſtringi, ad quem reſtringit Bartolus, quo iuſiurandũ delatũ duntaxat fuerit, non etiam prę̃ſtitũ; quandoquidem is potiſſimùm caſus ab Vlp. tractatur, quo iuratum fuerit vt probãt verba illa *cogetur docere reus, liquidò ſe iuraſſe.* Quanquã veriſſimum eſt, iuſtè recuſari iuſiurandum ab eo cui nihil profuturũ ſit iuraſſe. Sequitur apud Vlpianũ alia pars dilemmatis non minùs obſcura, nec minùs malè ab interpretib. noſtris accepta. *Sine, inquit, ex ſtipulatione de rato agat, neceſſe habebit ipſe de periurio ſuo docere.* Non enim facilè poſſunt intelligere, cur parũ actori prodeſſe debeat cautio de rato, vel ad quid, an ad expenſas tantùm litis & ad vſuras, an etiam ad ſortem, ſiue dominus poſt iuſiurandum ex procuratoria delatione præſtitum egerit & ſuccubuerit, ſiue obtinuerit aut iuſtè, aut iniuſtè, ſiue deniq; agere tantùm cœperit, necdum tamen ſententia lata ſit. Hi enim ferè omnes caſus ſunt qui poſſunt contingere, & in quibus tamen ſtipulatio de rato, aliter atque aliter committitur, vt pluribus tractat Accurſius. Nec illud quoque ad explicandum facilè eſt, quomodo, aut quonam, ex iſtis caſibus de periurio ſuo doceat procurator, cùm agit ex ſtipulatione de rato, & an audiendus ſit agēs, illo etiã caſu, quo non aliter agere poſſit, quàm ſi de periurio ſuo doceat. Sic enim omnes locũ hũc accipiunt vt nõ eò magis probibeatur is qui iurauit agere de rato, contra procuratorem, quod agendo periurium ſuum detecturus ſit & edocturus, ſi modo non erubeſcat infamiæ ſuæ certiſſimo periculo id facere: quaſi ob eam cauſam dicat Vlp. non multùm ei prodeſſe ſi agat de rato, compenſatione facta commodi, quod ex ea actione ſenſurus ſit, cum damno infamiæ, quod ex ſententia pro domino contra reum lata poſſit emergere. Indéque ſumpta occaſione quærunt, an & quando alicui liceat propriam ſuam turpitudinem allegare: quam quæſtionem naſcio quot & quibus adhibitis diſtinct. Bart. hîc proſequitur. Ego puto Vlp. ſententiã illã eſſe, cũ negat multũ prodeſſe reo, quod cautũ ei ſit de rato, vt nihil omnino ei prodeſſe debeat, nõ magis ſi agat ex ſtipulatione cõtra procuratorē, quã ſi à domino cõueniatur. Et huius generalis ſententiæ rationē illã eſſe generalē quæ ab Vlpiano adfertur, quòd ex ſtipulatione agere nõ poſſit, quin cogatur de periurio ſuo docere, non quaſi ſit audiendus vel ſummouēdus, allegãs ſuum periuriũ, propriámq; turpitudinē, de quo ſolo interpretes diſputant, Vlpianus verò nullo modo, ſed vt intelligamus ſtipulationē, quæ nõ aliter cõmitti poteſt, quã ſi ſtipulator de periurio ſuo doceat, nullã poſſe vtilitatē ſtipulatori adferre, nec ſi permittatur ei ex ipſa agere, quia hæc ſtipulatio de rato, vt & aliæ prętoriæ, nõ cõmittitur, niſi ad id ꝙ intereſt *l. vlt. inf. de præ. ſtip.* nihil. a. intereſſe creditur, quoties actoris intereſſe dicitur, ex nõ honeſta cauſa *l. 3. §. ſciēdũ ſup. Ad exhib. l. cuius interfuit n. & ſeq. inf.*

De furt.

*De furt.* Periurij autem cauſam honeſtam eſſe nemo dixerit. Fruſtra igitur, & inutiliter agat quis ex ea ſtipulatione, ex qua nihil aliud ſperet conſequi, quàm quod ob ſuum periurium probauerit ſua intereſſe. Non dico ſtipulationem hanc non committi vtiliter, aut ex ea honeſtè agi non poſſe: nam & honeſtè committitur, & quidem ſtatim atque dominus ratum habere noluit, & ex ea proinde honeſtè agitur ad id quod intereſt, ſi modò quid honeſtè interſit. Sed nego vllam eſſe poſſe vtilitatem huius actionis, nec ſecutæ ex ea condemnationis, ſi non interſit actoris niſi ratione ſui periurij, quoniam in executionem & taxationem condemnationis nihil aliud venire poteſt, quàm quod intereſt ex honeſta cauſa, & quatenus probatur intereſſe quod à vi & poteſtate actionis ipſius & condemnationis longè diſtat *d. l. vlt. de prætor. ſtipulat. l. ſi tradito 4. C. de action. empt.* quia quatenus cuiuſque honeſtè interſit, in facto non in iure conſiſtit *l. quatenus 24. de reg. iur.* Cur verò in hac ſpecie non aliter ex ſtipulatione De rato agere reus poteſt, quàm ſi de periurio ſuo doceat? Nimirum quia vel probare poteſt reus qui iurauit ſe nihil debere, vel non poteſt, ſi probare poteſt, nihil eius intereſſe videtur, quòd etiam poſt præſtitum à ſe iuſiurandum conuenitur, cùm habeat quod obiiciat petitori, & certus ſit de victoria litis, non tantùm quod ad ſortem pertinet, ſed etiam quod ad expenſas quas obtinere debet, quiſquis vincit in principali *vulg. l. eum quem temerè 29. ſupr. de iudic. l. qui ſolidum 78. §. 1. de legat. 2.* præſertim cùm vincit per oppoſitam doli exceptionem, vt in ſpecie quam tractamus, ſecundùm ea quæ ſuprà diximus. Quòd ſi hoc etiam caſu, id eſt, probato quoque indebito, nihilominus ſuccumbat reus & condemnetur, quod non niſi iniuſtè fieri poteſt, & per ſordes aut gratiam, & imperitiam iudicis, non eò magis tamen committi ſtipulatio poteſt aduerſus procuratorem, cui non debet nocere facta reo iniuria *l. ſi per imprudentiam 51. infr. de euict. l. exceptione 67. infr. de fideiuſſ.* niſi quantum ad expenſas litis, quas vtique non erat facturus reus ſi dominus ratum procuratoris factum habuiſſet *l. ſi ſine iudice 22. §. cùm autem infr. rat. rem haber.* Quanquam, vt verum fatear, mihi valde ſuſpecta eſt tota illa clauſula: *Verum tamen eſt hoc caſu fideiuſſores non niſi in expenſas litis teneri.* Nam cùm dictio *tamen* ſit aduerſatiua, non addidiſſet Iulianus verba illa *non niſi*, quæ faciũt, vt idipſum repetatur, quod iam dictum fuerat, quantum ad debitum principale, & de ſolis impenſis litis addendum erat, vt tamen deberentur. Etſi nec hoc ipſum iuris rationi conueniens videtur. Cur enim expenſas litis procurator aut eius fideiuſſor præſtare teneatur ſtipulatori victo per iniuriam iudicis, in quas condemnari omnino dominus debuiſſet in pœnam litis temerariæ, ſi nulla ſtipulatori facta fuiſſet iniuria? An non hoc eſſet iniuriã factam reo, nocere procuratori, ſaltem quod ad expẽſas litis? Quidni verò perinde hoc iniquum ſit, ac ſi noceret quantum ad ſortem? Aut cur dicamus cum Baldo interdum ad acceſſoria teneri eum qui ad principale non teneatur? Sed ſi reus qui iurauit ſe nihil debere procuratore deferente, hoc ipſum probare non poſſit, cùm à domino ipſo conuentus atque ita vel condemnatus iam ſit, vel in eo ſaltem ſit, vt cõdemnari omnimodo debeat (parum enim refert) quamuis negari non poſſit quin eius interſit, non aliter tamen ex ſtipulatione agere poteſt, quàm ſi doceat probétque non modò ſe iam condemnatum eſſe, aut cõdemnatum iri, ſed etiam iuſtè id factum vel futurum eſſe, cùm alioqui iniuria quæ ipſi fieret, vel facta eſſet, vt quæ non deberet, vt diximus, procuratorem cõtingere *d. §. cùm autem.* Porrò non poteſt docere ſe iuſtè cõdemnatum eſſe, aut condemnari debere, quin hoc ipſo euidenter doceat ſe periurum, cùm iurauerit nihil ſe debere. Non ergo poteſt dicere ſua quicquam intereſſe ex iuſta & honeſta cauſa, quandoquidem nihil eius penitus intereſſet, ſi non peieraſſet. Non debet autẽ ex periurio ſuo & improbitate actionem vllam conſequi, aut actionis ipſi iure competentis emolumẽtum vllum *l. itaque 12. infr. de furt. l. vlt. hoc tit.* Planè ſi dominus qui delationem iuriſiurandi à procuratore factam ratam habere noluit, ſuccubuerit, litémq; amiſerit, certum eſt quod ex Marcello ad Iulianum notatur *in d. l. ſi ſine. §. Marcellus.* nihil præter impẽdia litis in ſtipulationẽ de rato deductum intelligi debere, quia nec niſi propter impendia quicquam intereſt ſtipulatoris, nimirum ſi ad ea non fuerit condemnatus dominus, qui litem amiſit. Hoc enim poteſt etiam interdum contingere, & contingit ſæpenumero non tantùm de facto, vt loquuntur, ſed etiam ex iuris ratione, quoties creditur is, qui ſuccũbit, iuſtam habuiſſe cauſam litigandi *d. l. qui ſolidum 78. §. 1. de leg. 2.* quod ipſum in iudicis arbitrio & æſtimatione poſitum eſt. Marcelli tamen ſententiæ ſupradictæ valde obſtare videtur, quod Venuleius reſpondit in *l. procurator 8. §. 1. eod. tit. Rat. rem haber.* ſi procurator à vero debitore pecuniam exegerit & ſatiſdederit ratam rem dominum habiturum, mox dominus de eadem pecunia egerit, & litem amiſerit, committi ſtipulationem in totum, & ſortis quoque nomine. Nam quod Accurſius & Bartolus, vt ſcopulum hunc euadant, Venuleium intelligunt de falſo procuratore, qui nullum prorſus mandatum habuerit, Marcellum autem de vero procuratore, ſed de cuius mãdato dubitabatur, etſi quod ad Venuleium pertinet, veriſſimũ eſt, cùm lex ponat reũ, etiam pro quo iudicatũ ſit, manere nihilominùs debitorem, quod tamen falſum eſſet, ſi vero procuratori ſoluiſſet, qui accipiendæ ſolutionis ius habuiſſet, *l. hoc iure 96. & l. vero procuratori 12. infr. de ſolut.* niſi quod fieri poteſt, vt falſus procurator fuerit ad exigendum, ſed tamen verus ad agendum. Nec enim procuratori in litem dato rectè ſoluitur, niſi ad hoc quoque mandatum habuerit *dict. l. hoc iure.* Attamen quod ad Marcelli ſpeciem attinet, commentitium videtur, nec ex Marcelli verbis colligi poteſt, neque vno caſu minùs quàm alio illa ratio procuratori fauere videtur, quæ Marcellum mouit, quòd non niſi impendiorũ nomine interſit ſtipulatoris, qui in lite pro negotio principali obtinuit. Cùmq; hæc lex de eo procuratore loquatur qui nullum penitus mandatum habuit ad deferendum iuſiurandum, quod & Bartolus fateri tãdem cogitur, magis accedit hic caſus ad Venuleij quã ad Marcelli ſpeciem, vt proinde dicendum eſſet, in caſu huius legis, permittendum ſtipulatori etiam de periurio ſuo docenti agere ex ſtipulatione contra falſum procuratorem, niſi ea ratio fortior eſſet, quam attulimus, quod non ex honeſta cauſa eius interſit. Exiſtimo illud ipſum hîc dicendum, quod iam diximus, aliud eſſe tractare de effectu actionis competentis & inſtitutæ, aliud verò de iure ſtipulationis commiſſæ, & exercendæ actionis. Stipulatio de rato apud Venuleium in totum committitur, vt ex ea poſſit ſtipulator agere ad totum id, quod ipſius intereſt, quia



Digitized by Google

verum eſt dominum non modò ratum non habuiſſe, ſed etiam factum ſui procuratoris improbaſſe. Sed effectu inſpecto nihil hoc caſu veniet in taxationem eius quod intereſt, præter impendia litis, cùm dominus qui ratum habere noluit, litem amiſerit, idque eſt quod Marcellus ait, nihil hoc caſu præter impendia in ſtipulationem deduci, hoc eſt, deductum intelligi, cùm de taxando eo quod intereſt, tractatur, non quaſi pro parte tantùm commiſſa ſit ſtipulatio, quæ non magis pro parte committi potuit, quàm pro parte ratum haberi *l. 4. §. Cato in fin. de verb. oblig.* ſed quia commiſſa etiam in totum ſtipulatio nunquam ad aliud competere poteſt, quàm ad id quod reuera intereſt ſtipulatoris *l. ſi commiſſa 13. Rat. rem haber.* & quidem ex honeſta cauſa, vt dixi. Quod ab interpretibus noſtris intellectum non eſt, qui poſt longas contentiones tandem concludunt, Vlpiani ſententiam in hac lege eam eſſe, vt poſſit ſtipulator etiam docens de periurio ſuo, non tantùm condēnationem ſed etiam exactionem & ſolutionem ſortis conſequi ex hac ſtipulatione, propterea quod lex dicat & ponat agere illum ex ſtipulatione iis verbis *ſiue ex ſtipulatione de rato agat*. Nos verò non negamus quidem agi ex hac ſtipulatione poſſe, nec tantùm de facto, ſed etiam de iure, cùm verè commiſſa ſtipulatio ſit, quod vnũ inſpiciendum eſt *l. qui Romæ 122. §. Agerius & paſſ. de verb. obl. l. nuda 5. C. de contr. & commit. ſtipul.* quia ſc. verum eſt, dominum ratum non habuiſſe, atque ita extitiſſe condicionem ſtipulationis vt *in d. §. Agerius l. quo enim 12. §. Iulianus.* Sed dicimus, vt maximè commiſſa ſtipulatio ſit, nihil tamen ex ea conſequi ſtipulatorem poſſe, quia nihil eius intereſſe videri poteſt ex honeſta cauſa, ſed tantùm ex cauſa periurij, quæ inhoneſtiſſima & turpiſſima eſt. Melius itaque faceret ſi ex ſtipulatione non ageret, ſéque inanibus ſumptibus non vexaret, vt in ſpecie *l. 1. ſupr. de inoff. teſt.* Illud verò longè abſurdius eſt, quod iidem interpretes adducunt duce Accurſio, non poſſe procuratorem ex ea ſtipulatione conuentum obiicere ſtipulatori turpitudinem periurij, cùm ipſe ei detulerit *arg. l. qui iuraſſe 26. inf.* quaſi vero periurij huius particeps fuerit is, qui iuſiurandum detulit, aut quaſi idem ſit iuſiurandum deferre & periurio conſentire, quod ridiculum eſt: niſi ponas deferre quem iuſiurandum ei, quem certò ſciat peieraturum, ſi hac parte Theologis noſtris magis credimus, vt credere debemus, quàm prudentibus noſtris, qui ethnici & pagani fuerunt. Nec ſanè quicquam cauſæ eſt, cur peierantis turpitudinem allegare & obiicere prohibendus ſit is, qui iuſiurandum detulit cùm rem licitam fecerit, & legibus permiſſam, quibus tamen nihil placere poteſt, quod ſit turpe, quandoquidem primum legis præceptum eſt, honeſtè viuere, cum quo pugnant omnia, quæ turpitudinis maculam & participationem aliquam habent, vel minimam *l. filius 15. & præced. inf. de cond. inſtit. l. generaliter 26. & ſeq. de verb. obl.* Illud certè non diſplicet quod Bar. notat, nemini permittendum eſſe, vt turpitudinem ſuam alleget ad fundandam ſuam intentionem *in d. l. itaque 12. de furt. l. mercalem 5. & tot. tit. C. de cond. ob turp. vel iniuſt. cauſ. l. tranſactione finita 30. C. de tranſact. l. ſi creditoribus 5. C. de ſeruo pign. dat. manum.* ſed tantùm ad fundandam exceptionem ſuam aut replicationem, ſi modò contra eum qui fuerit particeps turpitudinis *vt in l. de tutela 7. C. de integ. reſtit. minor.* quíque certet de lucro, allegans autem turpitudinem de damno ex *l. viro 39. infr. ſolut. matr. l. 4. Marcellus de doli mal. except.* Non etiam ſi contra eum qui non ſit particeps turpitudinis *d. l. tranſactione, & d. l. ſi creditoribus cum ſimil.* niſi, inquit Bar. ab alio iam detecta fuerit, vt in *l. antepen. infr. de ſuſpect. tutor. l. relegatorum 7. in fi. de interd. & releg.* exceptis caſibus *c. tertio loco Extr. de præſumpt. Auth. nouo iure C. de pœn. iud. qui male iud. l. quiſquis in fi. C. ad leg. Iul. maieſt.* Sed quod addit probari hanc exceptionem ex hac lege, admitti certè non poteſt. Qui enim ſe nihil debere iurauerat procuratore deferente, licèt poſtea à domino condemnetur tanquam vetus debitor, non ideo tamen periurus probatur, cùm fieri poſſit, vt vel per abſentiam & contumaciam ſuam fuerit condemnatus, potiùs quàm quòd malam cauſam habuerit vt in *l. ſi ideo 55. inf. de euict.* vel quo alio ſuo vitio bonam cauſam perdiderit, vt in *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. pen. de ſolut. l. ex contractu 44. in fi. de re iud.* aut per ſordes aut per ambitionem, aut imprudentiam, & imperitiam. vel denique iniuriam iudicis vt in *d. l. ſi per imprudentiam 51. de euict. l. exceptione 67. de fideiuſſ. l. ſeruo 65. §. cùm Prætor inf. ad SC. Trebell.* Tum verò quid ſi agat ex ſtipulatione de rato, antequam fuerit condemnatus? Poteſt enim ſtatim atque dominus certior factus ratum non habuerit, ſi modò *ἐν πλάτει* hoc intelligas, & cum aliquo temperamento & ſpatio temporis nec minimo nec maximo, quamuis ſecuta quandocunque ratihabitione obſtatura ſit exceptio doli mali *l. quo enim 12. §. Iulianus Rat. rem habit.* Nec expectandum eſt, vt feratur ſententia niſi in caſu *d. l. procurator 8. §. vlt. eod. tit.* In quo differt hæc ſtipulatio à ſtipulatione amplius non peti quæ non niſi lite conteſtata committitur, vt bene Accurſius notat ex *l. amplius non peti 15. eod. tit.* Quis hoc caſu turpitudinem actoris detexerit? Non ergo verum eſt, quod vult Bartolus in ſpecie huius legis, Agentem ex ſtipulatione de rato etiam poſtquam condemnatus eſt, detegere ſuam turpitudinem iam ab alio detectam, ſuúmque periurium. Nam nec vlla turpitudo eſt eius qui condemnatus eſt, niſi de periurio, aut ex alia cauſa famoſa condemnatus fuerit *l. furti 6. §. 1. & paſſ. de his qui not. infam. l. infamem 7. de public. iudic.* Sed tota turpitudo actoris huius in eo eſt, quòd agens ex ſtipulatione de rato, ſiue iam condemnatus ſit, ſiue non ſit, non aliter poteſt vincere, quàm ſi doceat ipſe de ſuo periurio: probando ſcilicet & affirmando ſe debere, quod antea non debere ſe iurauerat, vt ſuprà explicauimus. Detegit itaque nunc primùm ſuam turpitudinem nondum ab alio detectam, cùm agit ex ſtipulatione, cùm non aliter nec prius agere poſſit ex ſtipulatione de rato, quàm ſi probet ſtipulationem eſſe commiſſam, quæ porrò nec aliter commiſſa videri poteſt ad id quod intereſt, quàm ſi actor probet ſua intereſſe: quod ipſum denique non aliter probare poteſt, quàm ſi non modo affirmet [nemo enim ex ſola ſua adfirmatione condemnationem extorquere poteſt] ſed etiam doceat ſe debere: quod cùm facit hoc ipſo docet de ſuo periurio, ac proinde non niſi ex inhoneſta & turpi cauſa ſua intereſſe. Quæ res inutilem & inefficacem facit ipſius actionem, quãuis alioquin ipſo iure cõpetentem. Ex quib. apparet quàm malè tota hęc lex ab interpretibus accepta ſit, tot licèt commentariorum ambagibus onerata, quos niſi refellere neceſſe fuiſſet, breuiores nos hîc eſſe potuiſſemus.

19. IDEM libro 26. ad Edictum.

SI itaque mandatum fuit procuratori vt petat: ille autem iuſiurandum detulit: aliud facit, quàm quod mandatum eſt.

*Ad l. Si itaque 19.*

RAT. DVB. Cui mandatum eſt vt aliquid faciat, mandata cenſentur ea quoque omnia antecedentia, per quæ ad illud faciendum, quod mandatum eſt perueniri poteſt *vulg. l. 2. ſupr. De iuriſd. l. ad rem mobilem 56. l. ad legatum 62. ſupr. De procurat.* Ergo ſi procuratori mandatum fuerit, vt aliquid petat, mandatum quoque intelligi debet vt petitionem ſuam probet omnibus iis modis, quibus probare poterit, cùm certum ſit petitorem nūquam aliter poſſe vincere, quàm ſi ſuam intentionem pleniſſimè probauerit, aduerſario nihil etiam ex parte ſua præſtante *l. 4. C. de edēd. l. vlt. C. de rei vind. l. actor quod aſſeuerat 23. & paſſ. C. de probat.* Atqui iuriſiurandi delatio, probationis ſpecies quædam eſt, & quidem maxima *l. non erit 5. §. dato iureiurando l. ſed ſi poſſeſſori 11. §. vlt. ſupr. l. tam qui 30. in princ. infr. hoc tit.* Ergo huic procuratori mandatum quoque intelligitur, vt ad probandam petitionem iuſiurandum aduerſario deferat, præſertim ſi aliæ omnes probationes deficiant, cùm eo caſu hoc ipſum etiam tutori permittatur *l. tutor pupilli 35. infr. hoc tit.* vt diximus ad *l. iuſiurandum 17. §. ſi tutor ſupr. eod.* DEC. Procuratori diligēter cuſtodiendi ſunt fines mandati *l. diligenter 5. inf. mandat.* ne ſcilicet plus vnquā faciat quàm ei mandatum ſit. Tantùm abeſt, vt aliud quicquam facere debeat, quàm quod ei mandatum eſt. In eo namque in quo procurator fines mandati egreditur, perinde falſus procurator, & vt Bartolus loquitur, funditus falſus eſſe intelligitur, ac ſi nullum penitus mandatum haberet, ſicuti falſum procuratorem poſſumus & debemus eum dicere, qui tanquam procurator exegit & accepit ſolutionem, cùm ad agendum duntaxat cōſtitutus eſſet vt in *l. procurator 8. §. 1. rat. rem haber. l. hoc iure 96. De ſolut.* licèt ſoleat non in totum falſum videri id, quod veritatis primordio adiunatur, vt Papinianus loquitur *in l. cū filius 76. §. heres meus De legat. 2.* Atqui longè aliud eſt mandare procuratori, vt petat, aliud verò vt iuſiurandum deferat. Ideò enim conſtituitur procurator ad agendum, vt poſſit vrgere condemnationem, atque ita conſequi ſolutionem: qui verò iuſiurādum defert aduerſario, cùm teſtem illum adeoque iudicem faciat in cauſa propria *l. 1. infr. Quar. rer. act. non det.* magno ſe periculo exponit amittendæ litis, cùm credibile ſit eum cui iuſiurandum defertur, iuraturum potiùs quàm relaturum, atq; ita litis victoriam ſibi facto ſuo comparaturum, & actori actionem adempturum: quod alio vllo præterea caſu nunquam contingit *l. ſi ſeruum 91. § nunc videamus De verb. obl. l. Granius 71. §. pen. De fideiuſſ. l. vlt. De pact.* Tantúmq; abeſt, vt iuriſiurādi delatio ſit antecedēs quoddā neceſſarium ad obtinendum, vt ſit præparatorium quid potiùs ad incurrendum damnum litis, quamuis per accidens poſſit etiam ad victoriam prodeſſe, ſi qua fortè ex cauſa contingat eum cui iuſiurandum delatum eſt, referre malle quàm iurare, eū verò qui detulit malle iurare. Quod autem obiecimus iuſiurandum habere vim probationis, ita ſanè eſt, ſed pro eo qui iurauit, non pro eo qui detulit niſi ex accidenti, ſi iurare eum contingat aduerſario referente vt diximus. Verum igitur eſt quod hîc Vlpianus ſcribit, ſi mandatum ſit procuratori vt petat, ille verò iuſiurandū detulit, non modò plus eum feciſſe quàm mandatum ei fuerat, ſed etiam aliud feciſſe quàm quod ei mandatum eſt: quomodo etiam ſolemus dicere non teneri fideiuſſorem, non ſolùm ſi in duriorem cauſam ſe obligauerit, ſed & multò minùs ſi in aliam *l. Græcè 8. § ſi quis Stichum infr. De fideiuſſ.*

20. PAVLVS libro 5. ad Edictum.

SEruus quod detulit, vel iurauit, ſeruatur, ſi peculij adminiſtrationem habuit.

*Ad l. Seruus 20.*

RAT. DVB. Is qui in alterius poteſtate eſt, ſiue filiusfamilias ſiue ſeruus ſit, condicionem eius cui ſubiectus eſt, deteriorem facere nullomodo poteſt *l. quanto magis 24. in fin. infr. hoc tit. l. melior 131. De regul. iur. l. ſoluendo 39. ſupr. De negot. geſt.* Atqui facit deteriorem condicionem domini ſeruus, qui iuſiurandum defert, cùm aduerſarium ſuum teſtem & iudicem faciat in cauſa propria, vt proximè diximus ex *l. 1. infr. quar. rer. act. non det.* Idémque in filiofamilias iuris eſt, vt deferens iuſiurandum hoc ipſo deteriorem faciat condicionem patris. Neutri ergo permittendum eſt vt deferat, niſi patre vel domino ſciente & conſentiente. Nec quod circa rem peculiarem iuſiurandum delatum ſit, ad rem facere valde videtur, cùm peculiū non ſit filij, multo minùs verò ſerui niſi conniuentibus oculis, vt Seneca dicebat, re vera tamē magis ſit patris aut domini *l. 3. §. ſed vtrum l. patri 27 in princ. ſupr. De minor.* DEC. Peculium eſt puſillum quoddam veluti patrimonium filijfamilias, vel ſerui à rationibus paternis & dominicis ſeparatum, deducto tantùm eo quod patri, vel domino debetur *l. depoſiti 5. §. vlt. infr. De pecul.* eiúſque liberam adminiſtrationē filiusfamilias, vel ſeruus habere intelligitur, ſi non aliud dictum ſit in cōcedendo peculio, aut niſi quid ſuperuenerit propter quod non debeat ea adminiſtratio libera permanere *l. libera 48. in princ. eod.* Vnde eſt quod cui adminiſtratio peculij data eſt, etiam delegare ſuum debitorē poteſt *d. l. libera §. 1. l. vlt. in princip. infr. De nouat. & l. prox. ſeq.* Atqui iuſiurandum nouationis & delegationis cuiuſdam vim obtinet *l. qui iuraſſe 26. §. vlt. infr.* Permittendum igitur vtrique eſt, tam ſeruo quàm filiofamilias, vt iuſiurandum aduerſario deferat de re peculiari quaſi ex domini vel patris ſui voluntate, *vt in l. quod ſeruus 35. infr. De ſolut.* nihílq; aliud ei prohibitū eſt, niſi vt donet, quia donare perdere eſt *l. filiusfamil. 7. in princ. inf. De donat.* ſicuti diximus ad *l. iuſiurandū 17. §. vlt. ſup* poſſe procuratorē quoq; iuſiurandū deferre, ſi liberā habeat adminiſtrationē ſiue totorum bonorum, ſiue ſolius eius cauſa in qua deferat, quoniam ex domini volūtate hoc facere intelligitur, qui talem ei tantámq; conceſſit poteſtatem: ſibique debet imputare dominus, qui ſiue ſeruo ſuo ſiue procuratori eā poteſtatem conceſſerit, talemq; adminiſtratorem rerū ſuarū elegerit *d. l. 3. §. vlt. ſupr. De min.* Eatra cauſam peculiarem id planè obtinet quod in dubitandi ratione attulimus. Nam de ſola cauſa



Digitized by Google

peculiari hæc lex loquitur, quæ ſicut hac parte, vt in aliis ferè omnibus ſeparanda eſt à cæteris cauſis, ita eandem ſerui quam filijſfamilias conditionem facit *l. quidam putant 22. infr.* Extra quam ſi ſeruus iuſiurandum detulerit, aut aliter nouare obligationem noluerit, non ſolùm ratum id habendum non eſt, ſed neque ex ea delatione quaſi ex contractu ſerui de peculio teneri debet: quod in filiofamilias, ſi etiam extra cauſam peculiarem iuſiurandum detulerit, diuerſum eſt *d. l. depoſiti 5. §. ſi filiusfamilias infr. De pecul.* quod Accurſius noſter non intellexit, vt dicemus ad *d. l. quidam.* lunge *l. non ideo 25. infr. De nouat.*

21. GAIVS libro 5. ad Edictum Prouinciale.

HVic enim ſolui quoque rectè poteſt, & nouandæ obligationis ius habuit.

*Ad l. Huic enim 21.*

RAT. DVB. Iuſiurandum etiam nouationis & delegationis cuiuſdam vim obtinet, vt proximè diximus *ex l. qui iuraſſe 26. §. vlt. infr. hoc tit.* Atqui non ideò nouare veterem obligationem quiſquam rectè poteſt, quòd interdum rectè ei ſoluatur *l. non ideò 25. iunct. l. cui rectè 10. infr. De nouat.* Eiúſque rei exemplum adfertur in *dicta l. non ideò* in his qui in noſtra poteſtate ſunt, quibus rectè interdum ſoluitur quod ab ipſis creditum eſt, cùm tamen nemo eorum per ſe nouare priorem obligationem iure poſſit. Non ergo bona ratio & conſecutio eſt, quæ ex Caio adfertur in hac lege, vt ſeruus nouandæ obligationis ius habeat ob id ſolùm, quod ei ſolui quoque rectè poſſit. DEC. Regula iuris eſt: Eum cui rectè ſoluitur, etiam nouare poſſe *d. l. cui rectè.* Et quamuis ea regula ſuas patiatur exceptiones *d. l. cui rectè, & d. l. nõ ideò*, vt & cæteræ ferè omnes *l. omnis definitio 202. iunct. l. 1. in fin. De regul. iur.* non eò minùs tamen vera iuris regula eſt, & conſequenter non poteſt non eſſe bona ratio quæ ex ea ſumitur, niſi cùm tractatur caſus aliquis qui ſit de numero exceptorum, vt in *d. l. cui rectè ex d. l. non ideò.* Malè igitur, & nimis audacter Accorſius noſter rationem hanc Iureconſulti malam eſſe ſcripſit, cùm accommodanda ſit ad legem præcedentem, in qua non de alio ſeruo tractatur, quàm qui adminiſtrationem peculij habuerit, & quidem liberam. De hoc autem ſeruo dubitat nemo quin & ſolui ei poſſit, & nouandæ obligationis ius habeat *l. vlt. eod. l. quod ſeruus 35. infr. De ſolut.* Extra cauſam peculiarem aliud eſt, vt diximus ad legem præcedentem, & de eo ſolo caſu intelligi debet, quod ſcriptum eſt in *d. l. non ideò.* Iunge quæ ſcripſimus ad *l. rogaſti 11. §. vltimo ſupr. titulo proximo.*

22. PAVLVS libro 18. ad Edictum.

QVidam putant & de peculio actionem dandam in dominum, ſi actori detulerit ſeruus iuſiurandum. Eadem de filiofamilias dicenda ſunt.

*Ad l. Quidam putant 22.*

RAT. DVB. Magna in Iure noſtro differentia eſt inter filiumfamilias, & ſeruum. Nam filiusfamilias ex omnibus cauſis prætorquàm ex voto & mutuo obligatur *l. filiusfamilias 49. infr. de oblig. & act.* & patrem ſuum à cuius poteſtate eſt, obligat de peculio *l. ſi quis cum filiofamilias 44 infr. de pecul.* Seruus autem ex ſuis contractibus neque obligatur ciuiliter, neque dominum ſuum obligat, ne quidem de peculio, quia nec naſci poteſt actio de peculio, quin præcedat aliqua ciuilis obligatio. Ex contractu autem ſerui nec ſeruus ipſe obligari ciuiliter poteſt, ſed naturaliter tantùm *l. nec ſeruum 41. infr. de pecul.* cùm non habeat perſonam integram, quia non habet caput in ciuitate *l. 3. §. vlt. & l. ſeq. ſupr. de capit. minut.* nec dominus, niſi quatenus ex eius voluntate ſeruus contraxit, quod non contingit niſi circa res peculiares *l. quod ſeruus 35. de ſolut.* Alia igitur hac parte conſtituenda eſt filiifamilias ratio, alia ſerui: vt ſi filiusfamilias quidem iuſiurandum detulerit, ex eo iureiurando poſſit actio de peculio dari contra patrem quaſi ex ea cauſa cum filiofamilias cõtractum ſit; ſi verò ſeruus detulerit, aliud dicendum ſit. Atque ita disertè ſcribit Vlpianus in *l. depoſiti 5. §. ſi filiusfamilias infr. de pecul.* DEC. Differentia quidem eſt inter filiumfamilias & ſeruum in rebus non peculiaribus, ſed in peculiaribus nulla eſt, quoniam vtilitatis dominorum gratia perinde capax eſt ſeruus atque filiusfamilias habendi peculij, & ex ea cauſa contrahendi, adeoque dominum obligandi de peculio, cùm vterque contrahat hoc caſu, hic ex patris, ille ex domini voluntate *d. l. quod ſeruus.* hac ſola differentia, quòd cùm ſeruus de re peculiari contrahit, ſolus dominus obligatur ciuiliter de peculio, & conſequenter primò per ſe ac principaliter, cùm autem filiusfamilias contrahit, obligatur ipſe primò & principaliter: pater autem non niſi acceſſoriè *dict. l. ſi quis cum filiofamilias.* Atqui lex hæc eum caſum tractat, de quo in *l. ſeruum 20 ſupr.* id eſt de ſeruo iuſiurandum deferente circa res peculiares, quarum liberam adminiſtrationem habuit. Eſt enim vterq; locus ex eodem eiuſdem Pauli libro 18. *ad Edictum.* Et hæc lex proinde coniungenda cum *d. l. ſeruum*, quod & verba illa huius legis demonſtrant, *& de peculio actionem in dominum dãdam.* Articulus enim *&* cùm ſit implicatiuus, oſtendit eandem prioris legis ſpeciem retineri. Meritò igitur Paulus nullã in hac ſpecie agnoſcit differentiam inter filiumſam. & ſeruum, quam tamen agnoſcit & conſtituit Vlpianus in *d. §. ſi filius fam.* quia tractat eo loco de filiofam. aut ſeruo, qui iuſiurandum detulerit de re non peculiari. Atque ita Vlpianus & Paulus conciliandi ſunt, non quomodo putat Accurſ. comminiſcens apud Vlp. non habuiſſe ſeruum liberam peculij adminiſtrationem, apud Paulum habuiſſe: Vel hîc delatum fuiſſe iuſiurandum à ſeruo extraiudicium, ibi verò in iudicio quod nõ ſicut cum filiofamilias ita & cum ſeruo cõſiſtere poteſt ex *l. multo magis 24. infr. l. cum ſeruo 107. de regul. iur.* quæ omnia commentitia ſunt, & ab vtriuſque loci & ſenſu & verbis aliena. Iunge quæ diximus ad *d. l. ſeruum*, & dicemus *ad l. ſeq.*

23. Vl-

23. VLPIANVS libro 26. ad Edictum.

SI ſeruus iurauerit, dominum dare non oportere, exceptio domino indulgenda eſt, ſibíque aduerſarius imputabit, qui ſeruo detulit iuſiurandum.

*Ad l. Si ſeruus 23.*

RAT. DVB. Eadem ratio eſſe debet, vt videtur, deferendi iuſiurandi & accipiendi, cùm dici ſoleat contrariorum eandem eſſe diſciplinam & correlatiuorum *l. 1. Cod de cupreſſ. lib. 12. tit. vlt.* Atqui ſeruus deferre iuſiurandum non poteſt, ne faciat condicionem domini ſui deteriorem *l. prox. infr.* niſi in rebus peculiaribus quarum liberam habeat adminiſtrationem *l. ſeruus 20. ſupr.* Ergo neciurare poteſt, in rebus ſcilicet non peculiaribus, de quibus ſolis hæc lex intelligenda eſt, neque ex tali iureiurando ſerui qui iurauit dominum dare non oportere, exceptio vlla domino accommodanda & indulgenda eſt. DEC. Melior condicio domini fieri poteſt per ſeruum, quem in poteſtate habet, deterior non poteſt *l. melior 131. de regul. iur.* Fit autem melior, cùm per ſeruum exceptio aliqua vel etiam actio domino acquiritur: deterior autem cùm ſeruus iuſiurandum defert aduerſario, non quidem in iudicio, vt Accurſius ad legem præcedentem notabat, cùm id fieri non poſſit, & ſemper ſupponendi ſint termini habiles *l. tutor pupilli 35. §. 1. infr.* ſed extra iudiciũ, vt & *in l. ſeq.* Nec habet iuſtam conquerendi cauſam is qui ſeruo alieno iuſiurandum detulit: ſibi enim debet imputare, cur vltro detulerit, cùm non cogeretur, ſciretque aut ſcire deberet futurum, vt ex eo ſerui iureiurando exceptio domino acquireretur, & quidem inuito, vt & cætera omnia quæ per ſeruum acquiruntur extra cauſam hereditatis *l. etiam 32 infr. de acquir. rer. domin. l. ſeruus vetante. 62. de verb. oblig. iunct. l. qui in aliena. de acquir. hered.* præſertim, cùm neque ex accidenti ſperare aliquod commodum ex delatione poſſit is, qui ſeruo iuſiurandum defert, quia ſeruus etiamſi iurare nolit, referre tamen non poteſt, non magis quàm deferre, *leg. prox infr.* ſecundùm Florentinam lectionem. Verbum enim *referendi* etiam deferendi ſignificationem continet, ſicut & verbum *reddendi* dandi quoque ſignificationem habere dicitur *leg. verbum reddendi 94. de verbor. ſignific.* Ergo quod à Paulo ſcriptum eſt *in dict. leg. ſeruus 20. ſupr.* Iuſiurandum quod ſeruus detulit, vel aduerſario deferente præſtitit, ſeruandum eſſe, ſi peculij adminiſtrationem habuit, non ita accipiendum eſt, quaſi non aliter ſeruandum ſit iuſiurandum ſerui, quàm ſi iurauerit circa rem peculiarem, cuius liberam habeat adminiſtrationem: quomodo intelligere videtur Accurſius, ſed ſic potius vt in rebus peculiaribus, quarum liberam adminiſtrationem ſeruus habet ſiue iuſiurandum ſeruus detulerit, ſiue iurauerit, omnimodo id ſeruandum ſit, in rebus verò non peculiaribus, non æquè ſeruandum ſit quod ſeruus detulit, ſeruandum tamen ſit, quod ipſe iurauit, ex ratione quam diximus: & quæ ab Vlpiano hîc adfertur, quæ ad delationem à ſeruo factam non perinde accommodari poteſt. Cur ergo inquies, ita Vlpianus hîc loquitur *exceptio domino indulgenda eſt*, quaſi hoc ius ſit ex indulgentia magis quàm ex vera meráq; iuris ratione? Solet namque indulgentia opponi iuris rigori *l. cùm militi 16. §. 1. infr. de compenſ.* Et ſanè ita eſt, non quia non ſit ex iuris rigore, vt per ſeruum & actiones & exceptiones domino acquirantur, aut quaſi iurare non ſit facti magis quàm iuris, eorum autem quæ facti ſunt etiam ſerui ſint capaces *l. nec ſeruus 41. de pecul. l. qui heredi 44. de condic. & demonſtr.* ſed quia iuſiurandum non tantùm conuentionis, ſed etiam iudicij adeóque rei iudicatæ inſtar obtinet *l. 1. & 2. ſup. l. qui iuraſſe 26. in fin. infr. hoc tit.* Vnde eſt, quod qui non compelluntur in aliquo loco iudicium accipere, nec in eo iurare compellendi ſunt *d. l. tutor §. vltim.* Cui conſequens eſt, vt nec alius ex iuris ratione ad iurandum admitti debeat, quàm cum quo poſſit etiam iudicium conſiſtere, vt lex etiam ſequens innuit. Indulgentia igitur domino neceſſaria eſt, ne iuris ratio ſola eum damno adficiat vt *in l. 3. de ſeparat.* in ea re in qua nullum damnũ ſentire videatur is qui detulit, quippe quod non niſi ex culpa & voluntate ſua ſentiat *l. quod quis 203. de regu. iur.*

24. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

MVlto magis proderit patri religio filij, cum quo etiam iudicium conſiſtere poteſt. Ipſi autem referentes, conditionem eorum, quibus ſubiecti ſunt, non faciunt deteriorem.

*Ad l. Multo magis 24.*

RAT. DVB. & DECID. eadem eſt quæ ad legem præcedentem, vt in pleriſque ſolet eadem ratio eſſe filiifamilias & ſerui, quod & in propoſito contingit: niſi quod cùm iuſiurandum ſeruo defertur etiam extra iudicium, ſeruatur ex indulgentia iuſiurandum ſerui, vt diximus *ad l. præced.* nimirum quia iudicium cum ſeruo non poteſt conſiſtere *l. cum ſeruo 107. de reg. iur. l. 3. §. ſi ſeruus infr. de pecul.* at cum filiofamilias poteſt *l. tam ex contractibus 57. iunct. l. ſi longius 18. §. 1. ſupr. de iudic. d. l. 3. §. idem ſcribit de pecul. l. filium familias 49 de oblig. & action.* Ideóque dicendum eſt ſeruari iuſiurandum filiifamilias, & ex eo acquiri domino exceptionem, non ex indulgentia, ſed ex mero iuris rigore. Idq; eſt quod Paulus hîc ſcribit, multo magis prodeſſe debere patri religionem filij, quia cum filiofamilias etiam iudicium conſiſtere poteſt, vt nulla hîc opus ſit indulgentia. Quod autem in hac lege ſequitur filiumfamilias & ſeruum referentes iuſiurandum, quomodo ſcriptum eſt in Pand. Florent. aut, vt vulgata editio habet *deferentes* [parum enim intereſt cùm deferat etiam is qui refert, vt proximè diximus ex *leg. verbum reddendi 94. de verb. ſignific.*] condicionem eorum quibus ſubiecti ſunt non facere deteriorem, oſtendit manifeſtè legem hanc loqui de rebus non peculiaribus, ſicut & præcedẽtem cui hæc coniungitur. Falſum enim eſſet, non poſſe filiumfamil. aut


Google

ſeruum deferre iuſiurandum de rebus peculiaribus, quarum liberam habent adminiſtrationem *l. ſeruus quod detulit 20 ſupr.* Nam & in huiuſmodi rebus deteriorem facere poſſunt patris vel domini condicionem, in aliis cauſis non poſſunt *l. nec filius 7. C. hoc tit. l. ſeruus 5. l. filius 23. C. de pact. l. is qui heres 13. §. vlt. infr. de acq. hered. iunct. l. qui in aliena 6. in princip. eod. tit. l. melior 131. de regul. iur.*

25. VLPIANVS libro 26. ad Edictum.

SEd & ſi ſeruus meus, delato, vel relato ei iureiurando, iurarit rem domini eſſe, vel ei dari oportere, puto dandam mihi actionem, vel pacti exceptionem, propter religionem, & conuentionem.

*Ad l. Sed & ſi ſeruus 25.*

RAT. DVB. Quod contra rationem iuris conſtitutum vel receptum eſt, benignè & ex indulgentia non facilè producendum eſt ad conſequentias *l. quod verò 13 ſupr. de legib. l. qui negotia 34. infr. mandat.* Atqui contra rationem iuris & ea mera indulgentia receptum eſt, vt ex ſerui iureiurando etiam in rebus non peculiaribus exceptio acquiratur domino, vt diximus ad duas leges proximè præcedentes, ergo non tam facilè illud quoque indulgendum eſt, vt ex eiuſmodi iureiurando ſerui acquiratur domino etiam actio. Difficilius enim acquiruntur actiones quàm exceptiones, & retentiones *l. 1. infr. de pignor. l. ſi in area 33. inf. de condict. ind.* Et quod dici ſolet, ei cui damus actionem, multo magis dãdam eſſe exceptionem, *l. inuitus 156. §. cui damus de regul. iur. l. 1. §. ſi autem de ſuperfic.* oſtendit ſatis non poſſe bonam eſſe conſecutionem, vt cui datur exceptio, æquè ac tam facilè danda ſit actio.

DEC. Vbi eadem ratio vrget, ſiue iuris, ſiue æquitatis, ibi ius idem conſtituendum eſt *vulg. l. illud 32. ſupr. ad leg. Aquil. l. 3. §. vnde etiam infr. de iniuſt. rupt.* etiam in iis quandoque, quæ iure ſingulari ſiue conſtituta ſiue recepta ſunt, *l. ſingularia 15. ſupr. tit. prox. l. non poſſunt 11. & ſeq. ſupr. de legib.* id eſt, non tam contra quàm præter rationem iuris, quale hoc eſt, de quo agimus. Quod enim domino indulgemus, vt ex iureiurando extraiudiciali ſerui detur ei exceptio, non pugnat omnino cum iuris ratione, quia iuſiurandum & iudicium reuera differunt, ſed ob id duntaxat videtur non eſſe recipiendum ſummo iure, quod iuſiurandum iudicij inſtar obtineat. Cæterùm quæ ratio & æquitas facit, vt domino per ſeruum iurantem quæri poſſit exceptio, eadem facere debet, vt ſi ſeruus iurauerit rem eſſe domini, vel domino dari oportere, danda ſit actio domino, vindicatio quidem priore caſu ſi poſſideat is, qui iuſiurandum detulit, contrà quàm ponit Accurſius, condictio autem poſteriore, quomodo daretur exceptio, ſi poſſet illa ſufficere, nec actione dominus indigeret, idq; *propter religionem & conuentionem*, vt addit Vlpianus, quia nimirum tractat de iureiurando conuentionali non iudiciali, vt diximus. Omni namque caſu ſibi debet imputare is, qui ſeruo iuſiurandum detulit, nec habet quod de alio, quàm de ſe conqueratur *l. ſi ſeruus 25. ſupr.* Simile quodammodo eſt, quod iudicati tempus, quod ex indulgentia, nec tam contra, quàm præter iuris rationem, condemnatis indulgetur *l. cùm militi 16. §. 1. infr. de compenſat.* porrigitur etiam ad eos qui in iure confeſſi ſunt, tanquam ad caſum ſimilem *l. certum 6. §. vlt. infr. de confeſſ.* nempe quia confeſſus in iure pro iudicato eſt, qui ſua quodammodo ſententia damnatur *l. 1. eod. tit.*

26. PAVLVS libro 18. ad Edictum.

QVi iuraſſe dicitur: nihil refert, cuius ſexus, ætatíſve ſit. omni enim modo cuſtodiri debet iuſiurandum aduerſus eum, qui contentus eo, cùm deferret, fuit. quamuis pupillus non videatur peierare, quia ſciens fallere non videatur.

*Ad l. Qui iuraſſe 26.*

RAT. DVB. Ei demum iuſiurandum deferri poteſt, qui ſi velit etiam poſſit peierare. Cur enim defertur iuſiurandum, niſi vt metu peierandi malit aut iuſiurandum referre, aut ſuccumbere, quàm iurare? *l. quæ ſub condicione 8. infr. de condic. inſtit. l. illud 25. §. 1. infr. de conſtit. pecun.* Alioqui eſſet ſtultiſſimus, qui iurare ex aduerſarij delatione nollet, atque ita vincere, ſi certus eſſet ſe non poſſe peierare. Atqui pupillus peierare non poteſt, quia is ſolus peierat qui ſciens fallit, vt ſæpius iam diximus ex vetere illa iuriſiurandi formula cuius inter cętera verba hęc ſolemnia fuere *ſi ſciens fallo*, pupillus autem ſciens fallere non poteſt, qui in ea ætate illa etiam quæ videri ignorare creditur *l. 1. C. de falſ. monet. l. vlt. infr. de iur. & fact. ignor. l. pupillus 9. de acquir. hered. l. impuberem 22. infr. de leg. Cornel. de falſ.* nec multum ſtatus eius à furioſi condicione diſtat *l. Fulcinius 7. §. planè interdum infr. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eat.* Et quamuis aliàs diſtingui ſoleat in pupillo, an ſit proximus pubertati, & doli capax necne, id tamen ad ea pertinet, quæ non magnam machinationẽ exigunt, vt ſcriptum eſt in *l. quid enim 14. & in l. præced. ſupr. de dolo.* Quid autem maiorem exigit machinationẽ quàm periurium, & animus peierandi [nec enim ſine animo peierandi periurium fit] quo id agit qui iurat, vt prætextu religionis non tantùm aduerſario illudat ſed ipſi etiam Deo? Ergo pupillus quia peierare nõ poteſt, nec iurare poſſe credendus eſt. Poteſt quidẽ pupillus, vt & maior quilibet falſum iurare, ſed non falsò, & fallendi animo ac peierandi, aduerbia autem illa ſunt, nõ adiectiua, quæ in hominum actionibus moralibus maximè attendenda ſunt, cùm in bonis quoque non tam inſpiciendum ſit, an rem per ſe bonam quis fecerit, quàm vtrum benè. DEC. Ei qui ſemel voluit non fit iniuria *l. in diem 9. §. 1. inf. de aqua*

Digitized by Google

*de aqua & aqua pluu. arcend.* Qui autem pupillo iuſiurandum detulit, ſemel eo contentus fuit, vt pupillus iuraret. Non ergo pupilli iuſiurandum impugnare poſtea poteſt ea ſola ratione, quòd pupillus peierare non poſſit, quia nec poſſet conqueri ſi pupillus peieraſſet, ſibique debet imputare, cur vltro iuſiurandum pupillo detulerit, ſicut & qui impuberem procuratorem conſtituit ad tractanda ſua negotia *l. 3. § vltim ſupr. de minor.* Atque ita hic locus accipi debet, non quomodo ab Accurſio, Bartolo & aliis accipitur, vt pupillus in eo diſtinguatur à maiore, quod cùm maior falſum iurans periurus præſumatur ſtatim atque apparet de contrario ex *l. aliàs 18. ſupr.* pupillus tamen non æquè, quia non nouit fallere & verum ſemper iuraſſe videatur, vt ait Accurſius, aut vt Bartolus, quia præſumendus ſit oblitus etiam facti proprij, & quòd tempore iuramenti non recordetur, non enim ad præſumptionem vllam Paulus reſpicit, nec negat falſum eſſe poſſe, quod pupillus iurauit: nec denique ait maiorem præſumptionem eſſe pro pupillo, quàm pro maiore, quòd verum iurauerit, ſed abſolutè ait non videri pupillum peierare, his verbis *quamuis pupillus non videatur peierare* quo verbo *videatur* non præſumptionem aut fictionem ſignificat, ſed veritatem, vt intelligamus, poſſe quidem pupillum, vt & alium quemlibet peierare materialiter, vt ita explicem, id eſt, iurare falſum, ſed non formaliter, id eſt, animo peierandi, quia ſciens & volens non poteſt fallere, quamuis hîc quoque Paulus repetat verbum *videatur* poſtremis illis verbis *quia ſciens fallere non videatur.* æquè veritatis non præſumptionis alicuius exprimendæ gratia: periurus namque ille eſt, vt iam diximus, non qui falſum iurat, ſed qui ſciens ac prudens & animo fallendi: nec aliud eſt in maiore, niſi quòd cùm peierare poſſit, peierandi quoque animum habuiſſe credendus eſt, quoties falſum iuraſſe conuincitur *d. l. aliàs.* At quoniam animus ille peierandi plerumque latet in maiore [nam in pupillo latere ideo non poteſt, quia nec eſſe poteſt] inde fortaſſis factum fuit, vt periurium impunitum ſit apud homines, qui non ex præſumptionibus, ſed ex certiſſimis probationibus infligere pœnas debent *leg. vltim Cod. de probat.* at non apud Deum quem latere nihil poteſt. Meritò igitur Paulus hic concludit, nihil referre cuius ſit ætatis ille cui iuſiurandum defertur: omnimodo enim cuſtodiri iuſiurandum debere aduerſus illum, qui contentus eo fuit. Pupillum ſanè oportet eius eſſe ætati, vt iurare poſſit, vt *in leg. vltim. §. vltim. de liberal. cauſ.* id eſt, quomodo Bartolus explicat, vt fari poſſit enim in enim qui fari nondum poſſit, hæc quæſtio ne cadere quidem poteſt. Notandus verò caſus ille eſt *dict. §. vltim.* in quo poteſt etiam pupillus iurare, etiam ad ſe obligandum, id eſt, propter operas incontinenti poſt manumiſſionem promiſſas patrono, qui non aliter fuerat manumiſſurus: regulariter enim contra eſt *Auth. ſacramenta puberum C. ſi aduerſ. vendit.* Quod autem addit Paulus nihil etiam referre cuius ſit ſexus, id eſt, an maſculus ſit an mulier, rationem dubitandi repetit ex vetere iure, quo erant olim mulieres omnes in perpetua tutela propter infirmitatem & imbecillitatem conſilij, vt nec ſatis iudicij habere videantur ad iuriſiurandi ſanctitatem; & religionem ponderandam attendúmque periculum periurij. Qua etiam de cauſa fœminis ſuccurri ſolet facilius quàm maſculis, ſi quid fortè per imprudentiam fecerint, aut per errorem ſiue iuris ſiue facti, ſi fortè de aliquo damno periclitentur *l. error facti 8. & l. ſequent. infr. de iur. & fact. ignor.* Vnde & Senatuſconſultum Velleianum pro fœminis introductum fuit *l. 1. l. 2. §. verba itaque & paſſ. infr. ad Senatuſconſultum Velleian.* Sed ratio decidendi eadem eſt, quæ in pupillo, quod ſibi debeat imputare, qui iuſiurandum mulieri detulit, vt in *leg. ſi ſeruus 18 ſupr. hoc tit.* contentúſque eſſe debeat eo, quod ſemel voluit *ex reg. cap. quod ſemel placuit de regul. iur. in 6.* Differentia tamen inter pupillum & mulierem euidens hæc eſt, quod pupillus peierare non poteſt, vt diximus, mulier verò poteſt, quia & ſciens fallere poteſt, adeò vt nec paſſim Senatuſconſulto Velleiano ſubuentum ſit mulieribus, ſed iis duntaxat quæ deceptæ ſint, non quæ deceperint *d. l. 2. §. ſed ita demum l. ſi mulier 2. l. ſi decipiendi 30. infr. ad SC. Velleian. l. 5. l. fœminis 18. C. eod. l. in eo 110. §. vlt. de regul. iur.* Denique cùm mulieres non benè per omnia minorib. comparentur *l. vlt. in princip. infr. eod. ill. tit. ad SC. Velleian.* multo minùs pupillis æquiparandæ ſunt.

1 ¶ Si pater filium dare non oportere iurauerit: Caſſius reſpondit, & patri, & filio dandam exceptionem iuriſiurandi.

*Ad §. 1. Si pater filium.*

RAT. DVB. Pater paciſcendo filio, quem in ſua poteſtate habet nullam ei exceptionem poteſt acquirere *l. & heredi 21. § nos autem ſupr. de pact.* Non enim ſicuti placuit per filiumfamilias patri acquiri poſſe *l. placet 79. de acquir. hered. l. 1. infr. ſi à parent. quis manu. ſit.* ita & viciſſim filiofamilias per patrem acquiri poteſt non magis quàm per aliam quamlibet liberam perſonam *l. 1. Cod. per quas perſon. nob. acquir.* Sed ſi pater filio ſuo quem in poteſtate habet, aliquid pactus ſit, aut ſtipulatus, ſcilicet quod iuris ſit non facti, ſibi non filio ſtipulatus pactúſve intelligitur *l. quod dicitur patrem 130. de verb. obligat* niſi hactenus vt ipſi quoque filio ſolui poſſit, ſi non obligationis, ſed ſolutionis cauſa ſtipulationi adiectus ſit *l. eum qui 56. qui ſibi eod. tit.* Idque adeò verum eſt, vt nec ſi poſtea filius cui pater pactus aut ſtipulatus fuit, heres patri extiterit, conualeſcat tamen conuentio, quæ ab initio fuit inutilis *l. ſi tibi 17. § ſi pactum ſim*, vbi diximus, *ſuprà de pact.* præterquàm ſi pater filio tanquam futuro ſuo heredi pactus eſſe proponatur, quo caſu etiam directa exceptio per patrem acquiſita filio intelligitur, ſed tanquam hereditaria, & patri ipſi primùm acquiſita, vt in *l. tale pactum 40. §. 1. eod. tit. l. pater 23. iunct. l. ſi ita conuenerit 9. infr. de pact. dotal. l. quodcunque 45. §. ſi quis ita de verb. oblig.* Extra hunc caſum non magis directa aut exceptio, aut actio acquiri filio poteſt, ſi ei tanquam filio pater pactus aut ſtipulatus ſit, quàm ſi quaſi extraneo, licèt de vtili poſſit dubitari ex *d. l. ſi ita conuenerit & ex d. § ſi quis ita.* Ergo neque iurando pater pro filio poteſt ei exceptionem vllam acquirere, cùm iuſiurandum habeat vim pacti, ſtipulationis, & conuentionis *§. prox. infr.* DEC. Cùm pater

actione de peculio conuenitur ex contractu filij, eadem cau a eſt patris conueniendi quæ filij, ſcilicet obligatio filij, quæ ſi nulla eſſet, nec pater de peculio conueniri poſſet *l. 1. ſi quis cum filiofamilias 44. infr. de pecul.* Eſt enim obligatio patris velut acceſſoria quæ ad principalem filij obligationem accedit, cum illa adiectione de peculio, eſt enim tantùm nota illa & adiectio ad principalem filij obligationem § *præterea Inſtit. Quod cum eo qui in alien. poteſt.* Ergo ſi pater conuentus actione de peculio iuret filium nihil debere, deferente iuſiurandum eo qui ſe dicit creditorem, acquiretur exceptio non tantùm vtilis, ſed etiam directa patri, nec minùs filio, quia vnica obligatio eſt, quæ ſublata eſſe nequit reſpectu patris, quin ſit etiam reſpectu filij, licèt in ſingulorum patris & filij perſona ſeparatim conſiſtat, quaſi propria cuiuſque, vt de correorum debendi obligatione ſolemus dicere *l. 3. § 1. l. eandem 9. § vltim. infrà de duob. reis*, aut in reo principali & fideiuſſore *l. ſi teſtamento 49. § vlt. de fideiuſſ. in rẽ. l. ſi fideiuſſor 19. ſupr. de dolo*, quamuis non ignorem patrem obligatum de peculio ex contractu filij, neque pro correo debendi, neque pro fideiuſſore accipiendum eſſe. Eſt enim proprium quoddam ius obligationis & actionis, de peculio. Itaque cùm ex patris iureiurando acquiritur exceptio filio, non tam acquiri alteri per liberam perſonam intelligitur, quàm aliquid ex ordine fieri, vt Paulus loquitur *in l. cùm vnus 12. de reb. author. iudic. poſſid.* id eſt, per neceſſarias iuris conſequentias, quæ cum iuris ratione pugnare nunquam poſſunt. Et ſanè cùm Paulus hîc ex Caſſio ſcribat, ſi pater filium dare non oportere iurauerit, & patri & filio dandam eſſe exceptionem iuriſiurandi, abſurdum eſſet, ita hoc intelligere, vt in patris quidem perſona eſſet directa exceptio, in perſona verò filij vtilis, cùm debeat eiuſdem clauſulæ par fieri & vniformis determinatio ex *vulg. l. iam hoc iure 4. de vulg. & pupill. ſubſtit.* lõgéq; facilius ſit, vt ex patris iureiurando acquiratur filio exceptio directa, quàm actio ex ſtipulatione patris, de qua *in d. l. ſi ita conuenerit 9. & l. pater 23. de pact. dotal. & in d. l. quodcunque 45. § ſi quis ita de verbor. oblig.* ſecundum ea quæ diſputauimus ad *l. prox. ſupr.* Sed tamen vt ex iureiurando patris acquiri filio poſſit exceptio, patrem iuraſſe oportet de obligatione filij, ex qua proficiſcitur actio, quæ datur cõtra patrem de peculio, perinde atque contra filium ipſum in ſolidum, non de ſua, i. iurare, debet non ſe nihil debere, ſed filium nihil debere. Nam nec fieri poteſt vt pater non debeat vſque ad finem peculij, quod filius in ſolidum debet, niſi eo ſolo caſu quo nihil ſit in peculio, de quo dicemus *ad § prox. ſeq.*

2 ¶ Si pater iurauerit, in peculio nihil eſſe: filius conueniri poterit: ſed & pater ita conuenietur, vt poſt adquiſiti peculij ratio habeatur.

*Ad § 2. Si pater iurauerit.*

Rat. dubit. Vna tantùm ex contractu filij obligatio eſt, quæ datur contra filiumfamilias in ſolidum & contra patrem de peculio, vt proximè diximus ex *l. ſi quis cum filiofamilias 44. infr. de pecul.* Ergo cùm pater iurat, nihil eſſe in peculio, ſicut ſeipſum liberat ab actione de peculio, ita & filiũ hactenus ſaltem, vt acquirat ei exceptionem, aut directam, aut vtilem, per quam fiat, ne vtiliter & efficaciter conueniatur, ſicuti eueniret in duobus reis *d. l. 3. § 1. infr. de duob. reis.*

Dec. Multùm intereſt, an pater iuret ſuper obligatione filij, an ſuper actione de peculio: priore caſu id obtinet, quod ſcriptum eſt in *§ præced.* vt ex iureiurando patris acquiratur exceptio, & quidem directa, non minùs filio quàm patri, quia cùm iuſiurandum pro veritate habeatur non minùs quàm res iudicata, non poteſt verum eſſe, quantum ad patrem, nihil filium debere, quin idipſum verum ſit, etiam quantum ad filium, nec proinde acquiri ex eo iureiurando directa exceptio patri, quin acquiratur etiam filio. At poſteriore caſu cùm pater deferente creditore, iurat tãtùm ſuper actione de peculio, id eſt, nihil eſſe in peculio, apparet eo iureiurando nihil exprimi de obligatione filij, & ideo ſaluam & integram eam remanere, vt perinde poſſit filius conueniri in ſolidum, acſi pater nihil iuraſſet. Nam cùm patris obligatio de peculio non niſi acceſſoria ſit ad obligationem filij, non poteſt bona eſſe conſecutio, vt quia peculium nullum ſit, ideóque nec pater de peculio teneri poſſit, nulla quoque ſit obligatio filij: non enim ſicuti ſublata principali obligatione acceſſoria tollitur, ita è contrario ſublata obligatione acceſſoria principalis quoque ſublata videri poteſt. In eóque apparet quantum diſtet obligatio patris & filij ab obligatione correorum debendi, quæ ita eſt vna, vt quamuis in ſingulorum perſonis propria cuiuſque conſiſtat *d. l. eandémque § vlt. infr. de duobus reis d. l. ſi teſtamento 49. § vlt. de fideiuſſ.* in omnium tamen perſona ſit æquè principalis *l. 3. § 1. de duobus reis l. rem hereditariam 65. de euict.* Planè quamuis iurauerit pater nihil eſſe in peculio, adhuc tamen de peculio conueniri poterit, non vt ſi quid in peculio fuerit, eo tempore quo iuratum eſt, præſtari adhuc id debeat, obſtat enim hac parte exceptio iuriſiurandi, ſed vt peculij poſt iuſiurandum præſtitum acquiſiti ratio habeatur. Nec enim peculium illud eſt, de quo iuratum fuit, cùm à die præſtiti iuriſiurandi acquiſitum ſit, & quamuis tempore litis conteſtatæ nullum ſit peculium, actio tamẽ de peculio tenet, dummodo tempore rei iudicandæ peculium aliquod inueniatur *l. quæſitum 30. infr. de pecul.* Et hæc ratio decidendi eſt ad hunc §. Tenetur ergo creditor probare, acquiſitum fuiſſe peculium poſt præſtitum iuſiurandum, ne obſtet ei exceptio iuriſiurandi, nec audiendus eſt, ſi patrem velit interrogare, an peculium illud acquiſitum ſit poſt præſtitum iuſiurandũ, aut quod effectu idem eſt, à quo tempore acquiſitum fuerit, vt ex eius ore & confeſſione probationem extorqueat. Habet enim hæc interrogatio tacitam quandam aut potius implicitam periurij exprobrationem, aut ſaltem ſuſpicionem, & cogendus nemo eſt ad interrogationem ſuam reſpondere, ſi ex ſua reſponſione poſſit in captionem aliquam incidere *l. & quia 6. § 1. ſupr. de interrog. in iur. faciend.* Multo minùs cogendus erit, ſi de ſuo crimine interrogetur. Et hoc eſt, quod aiunt pragmatici criminoſæ poſitioni reſpondere neminem cogi poſſe, vt hic noſter notat Accurſius. Nihil enim refert, an in ſpecie huius § interrogetur pater, vtrũ peculium quod nunc eſt, fuerit acquiſitum ex die præſtiti iuriſiurandi,

randi,

Digitized by Google

randi, qoàm vtrum fuerit perinrus, qui inrauit eo tempore præſtiti iuriſiurandi nihil in peculio fuiſſe. Illud ergo probandum etiam eſt quodaddit Aecurſius, non ſufficere, vt creditor prober aliquod nunc eſſe peeulium, ſi non etiam prober poſteà fuiſſe acquiſitum: etſi enim ſatis videtur probatum, hoc ipſo qoo probatur aliqood nnne eſse peculiom, qoandoquidem pater iorauit nullum anteà fuiſse, nec periurij præſumptio, aut ſuſpicio facilè capienda eſt, vt neque alienus delicti *l. merito 51. infrà Pro ſocio.* Hæc tameo præſumptio ſi ſufficeret, non equidem argueret iurantem de mendacio, & periurio, ſed tamen iuriſiuraodi fructum, & emolumentum patri auferret, quod nunquam ferendum eſt, nec ſi falſo ioratum ſit, dum ne appareat manifeſtè de periurio, de quo nec quæri facilè poteſt *l. 1. & vlt. C. hoc tit. l. vlt. infr. tit prox. iunct. l. ſi duo 13. verſic. mn tum tamen ſuprà hoc tit.* Prodeſt igitur ea præſumptio ad abſolutionem, vt ait Bartolus, ſed non ad condemnatiooem.

2 ¶ Iuriſiurandi condicio ex numero eſſe poteſt videri nouandi, delegandíve, quia proficiſcitur ex conuentione: quamuis habeat & inſtar iudicij [a].

*Ad §. vlt. Iuriſiurandi.*

Rat. dvb. Neque nouatio neque delegatio, quæ nouationis ſpecies quædam eſt, fit niſi per ſtipulationem *§ præterea Inſtit. quib. mod. tollit. oblig. l. 1. & paſſ. infr de nouat.* Atqui in iureiurando nulla interuenit ſtipulatio. Ergo neque nouationis, neque delegationis inſtar, aut vim habere poteſt iuriſiurandi condicio. Dec. Stipulatio dicta eſt à ſtipulo, quod veteres dicebant pro firmo, quia firmandorum aliorum contractuum gratia ſit introducta, vt Iuſtinianus ſcribit *in Tit. de verb. oblig.* Cùm autem iuſiurandum deferrur, conuentio quædam inter deferentem, & eum cui defertur, iniri intelligitur, vt qui defert iuſiurandum velit condemnari, aut ſuccumbere ſub condicione illa, ſi aduerſarius iurauerit, vt hîc tractat Bart. ea *l. depoſitu. §. ſi filiusfamilias infr. de pecul.* Quid autem magis firmare hanc conuentionem poteſt, quàm ſi Deus ipſe in teſtem adhibeatur? Habet ergo iuſiurandum vim, & inſtar ſtipulationis, non tantum ſtipulationis, ſed etiam nouationis & delegationis, qooniam habet vim conteſtationis, *l. nam poſteaquàm 9. §. ſi is qui temporali ſupr. hoc tit.* Per conteſtationem verò fit, non tantùm nouatio quædam, ſed etiam delegatio *l. delegare 11. §. infr de nouat. & delegat. iunct. l. aliam 29. eod tit.* ſicut & per rem iudicatam *l. vlt. C. de vſur. rei iudic.* Iuſiurandum autem etiam rei iudicatæ vim obtinet *l. 1. & 2. ſupr.* Et verò ſicuti ex nouatione & delegatiooe noua naſcitur actio, *d. l. 1. & paſſ de nouat.* ſcilicet cùm poſterior obligatio tenet, non tantum naturaliter vt in *d. l. 1. in fin.* ſed etiam ciuiliter, *l. 1. §. cautionales de prætor ſtipul.* ita & ex iureiorando naſcitur in factum actio, quæ antea noo competebat *l. actori 8. Cod. hoc tit.* Et quemadmodùm ex delegatione alij incipit teneri debitor, quàm cui antea debebat, ita & ex iureiurando, ſi quis iurauerit ſibi deberi, qood antea non ipſi, ſed alij debebatur, vt Aecurſius explicat. Sed tamen ſubucit, in pleriſque differre iuſiurandum à oouatiune & delegatione, in eo præſertim ex parte actoris, quod per nouationem tollitur omnino prima obligatio & in ſeqoentem traosfunditur *dict. l. 1. dict. §. præterea.* iureiurando autem præſtito noo eo magis prima actio tollitur, ſed iuſiurandum conſeruatur, data vel actione vel exceptione *l. eum qui 30. in princip. inf. à hoc tit.* Sed hoc ego non probo. Implicat enim contradictionem vt per iuſiurandum fiat nouatio, & delegatio, nec tamen prior actio perimatur *dict. l. 1. de nouat.* Longéque alia eſt ſeotentia *dict. l. eum qui infr* vt ibi dicemus. Quod autem addit idem Aecurſius, ex parte rei iuſiurandum eſſe per omnia ſimile nouationi, quòd per iuſiurandum ſicut per nouationem naturalis obligatio tollatur *l. Stichum aut Pamphilum 95 §. naturalis infrà de ſolut.* veriſſimum ſanè eſt: ſicut enim conſtat naturalem obligationem iureiorando tolli *l. vltim. infrà hoc tit.* ita & ciuilis quoque tollitur ipſo iure, vt & actio quæ ex ea naſcitur, qoomodo per nouationem aliam quamlibet tolleretur, licèt Prætor det etiam exceptionem *leg. nam poſteaquàm 9. §. 1. ſuprà l. in duobus 28. §. vltim. infr.* Habet ergo iuſiurandum effectus omnes nouationis & delegationis, adeóque acceptilationis *l. antepen. infrà hoc tit.* quia proficiſcitur ex conuentione, vt lex ait, vt intelligamus eſse hanc nouationem voluntariam, ideóque tanto potentiorem *l. aliam 29 infrà de nouat.* & conſequenter tolli per eam noo tantùm obligationem naturalem, ſed etiam ciuilem, contra quàm ſentiat Accurſ. hoc loco & ad *l. tutor. 35. §. 1. infrà.* Quis enim vnquam dixit per acceptilatiooem non tolli ciuilem qnoque obligationem?

a *Quamuis habeat & inſtar iudicij.* Rat. dvb. Conuentio & iudicium toto genere differunt, quia conuentio non fit niſi à volente, cùm nihi aliud ſit quàm duorum pluriúmve in eandem rem placitum & conſenſus *l. 1. § 1. ſupr. de pact.* Iudicium autem redditur in inuitum *l. inter ſtipu antem 83. §. 1. de verborum obliga ionibus.* Ergo ſi iuſiurandum ſpeciem quandam nouationis & delegationis contineat, vt proximè dictum eſt, fieri nequit, vt habeat etiam inſtar iudicij, non magis, quàm vt à volente & non volente deferatur aut præſtetur, quæ contradictoria ſunt. Dec. Iuſiurandum habet vim conteſtationis *l. nam poſteaquàm 9. § ſi is qui temporali ſupr hoc tit.* Conteſtationem verò ſubſequitur neceſsario iudicium, vnde eſt, quod in libris noſtris tempus litis conteſtatæ, & tempus accepti aut accipiendi iudicij, pro eodem accipiootur *l. 2. §. quaſitum infrà de priuat. delict.* Item iuſiurandum habet vim rei iudicatæ *l. 1. & 2. ſupr.* Res autem iudicata præſopponit iudicium, cui ſcilicet finem imponit *l. 1. infrà de re iudic.* Meritò igitur iuſiurandum etiam iudicij inſtar obtinere dicitur, *l. tutor 35. §. 1. & vlt. infrà hoc tit.* Et ſanè quamuis inuitus nemo iuſiurandum deferat, vt neque inuitos quiſquam agit *tot. tit. Cod. vt nemo inuit. ager. vel accuſ. cog.* is tamen cui delatum eſt, iurare inuitus quoq; cogitur, niſi mali aut referre aut ſoecumbere, *l. iuſiurandum & ad pecunias 34. & l. manifeſta 38. infr. hoc tit.*

Digitized by Google

27. GAIVS libro 5. ad Edictum Prouinciale.

# IVſiurandum etiam loco ſolutionis cedit.

*Ad l. Iuſiurandum etiam 27.*

RAT. DVB. Solutio non fit niſi per numerationem pecuniæ debitæ & per traditionem realem alterius rei quæ debetur, ideóque dicitur eſſe facti *l. conſilio 7. §. vlt. de curat. furioſ.* & probãda eſt ab eo per quem allegatur *l. 1. C. de probat.* Atqui in iureiurando nihil tale interuenit: præſtatur enim adhibitis duntaxat certis verbis ſolemnibus, vt diximus in ſuperioribus, & *ad legem prox. præced. in princip.* Ergo nihil ſimile habet iuſiurandum cum ſolutione. DEC. Alterius rei loco cedere dicitur id tantùm, quod diuerſum eſt ab eo in cuius locum cedit, nec enim poteſt vna eadémque perſona in ſui ipſius locum cedere quamuis in perſonis aliquando contingat, vt vna eadémque perſona in ſui ipſius locum ſuccedere dicatur *l. creditor 12. §. Papinianus, aliàs l. ſi prior infr. Qui potior in pignor. hab.* Ergo cùm dicimus, quod in hac lege ſcriptum eſt, Iuſiurandum ſolutionis loco cedere, hoc ipſo fatemur iuſiurandum non eſſe ſolutionem, ſed hoc tantùm ſignificamus, Iuriſiurandi eandem vim & poteſtatem eſſe, quæ eſt ſolutionis, nimirum ad inducendam liberationem, qui præcipuus effectus eſt ſolutionis. Nam quemadmodum qui ſoluit, liberatur, ita vt conueniri amplius non poſſit: ita & qui iurauit aduerſario deferente, nihil ſe debere, tametſi verè debuerit, & ſicut per ſolutionem tollitur omnis obligatio & ciuilis & naturalis *Inſtit. quib. mod. tollit. oblig. in princ. & tot. tit. de ſolut. d. &c.* ita & per iuſiurandum non ſolùm naturalis obligatio tollitur, ita vt non poſſit impedire ſoluti repetitionem *l. vlt. infr. hoc tit. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de ſolut.* ſed etiam ciuilis, & quidem ipſo iure vt contra Accurſium diſputauimus ad *§. vlt. legis præcedentis*, non minus quàm per ſolemnem acceptilationem, cuius etiam loco iuſiurandum cedere dicitur *in l. antep. infr.* Nam & acceptilatio ſolutio eſt quamuis imaginaria *§. 1. Inſtit. quibus mod. tollit. oblig. l. pen. infr. de ſolut.* quamuis non eo minus iuſiurandum perpetuam pariat exceptionem aduerſus ciuilem obligationem, ſi quando de facto, vt loquuntur, magis quàm de iure agat quia poſt iuſiurandum *d. l. antep. infr.* aut ſi dubitetur an iuſiurandum præſtitum ſit, vt in *l. nam poſteaquàm 9. in princip. & §. 1. ſupr. & paſſ. hoc tit.* Nihil autem intereſt, quantum ad effectum rei attinet, an ipſo iure nullam quis actionem habeat, an verò talem habeat quæ per exceptionem infirmetur *l. nihil intereſt 112. de regul. iur.* præſertim cùm exceptio perpetua eſt *l. qui exceptionem 40. infr. de condict. indeb.* qualis eſt exceptio iuriſiurandi *d. l. antepen. infr.* non minùs quàm doli aut rei iudicatæ, quia rei cohæret *l. 3. l. exceptiones 7. §. 1. infr. de exception.* Et certè ſolutio ſola naturalis modus eſt tollendæ obligationis, cæteri omnes ciuiles ſunt & fictitij & imaginarij, vt acceptilatio, nouatio, delegatio, iuſiurandum, aut ſi quis pro alio iudicium accipiat, aut ſi quis debitori vel creditori ſuo heres exiſtat, *§. 1. Inſtit. quib. mod. tollit. obligat. l. ſolutione 23. infr. de ſolut. d. l. Stichum aut Pamphilum 95. § aditio & l. pen. eod. tit. l. debitori 50. inf. de fideiuſſ.* Iuſiurandum igitur quia perinde parit iuranti liberationem, rectè dicitur cedere loco ſolutionis, vt Caius hîc ſcribit, hoc eſt, ſuccedere in locum ſolutionis, quomodo Paulus loquitur *in l. prox. §. 1. infr.* cùm habeat eundem effectum & quidem veræ. Solutio tamen vera non eſt, ſed ficta, vt Bart. ait, hoc eſt, ciuilis & imaginaria, ſicut & acceptilatio, & alienæ litis defenſio & confuſio, quæ per aditionem hereditatis contingit. Sic dicimus clauſulam conſtituti eſſe modum quendam fictitium transferendæ poſſeſſionis, & tamen per eam transferri veram poſſeſſionem *l. quod meo 18. inf. de acquir. poſſ.*

28. VLPIANVS libro 18. ad Edictum.

# IN duobus reis ſtipulandi, ab altero delatum iuſiurandum etiam alteri nocebit.

*Ad l. In duobus 28.*

RAT. DVB. Iuſiurandum vnius alteri neque prodeſſe debet, neq; nocere *l. quia non debet 10. ſupr. hoc tit.* Sicuti nec generaliter factum vnius alteri prodeſt aut nocet, niſi ſocij ſint *l. ſi vnus 27. in princip. ſupr. de pact. l. ſi duo 5. ſupr. ſi quis caution.* vbi in duobus reis debendi hoc ipſum diſertè ſcriptum eſt, ſi duo ſint rei ſtipulandi & vni debitor iudicio ſe ſiſti cum pœna promiſerit, non aliter exceptionem aduerſus alterum dandam eſſe, quàm ſi ſocij ſint, ne proſit ei dolus propter ſocietatem. Atque ita concludit Accurſ. ex *d. l. ſi duo*, quod à Paulo hîc contra ſcriptum eſt, ab altero ex duobus reis ſtipulandi delatum, iuſiurandum etiam alteri nocere, ita intelligi debere, ſi ſocij ſint, eodémq; modo accipiendum eſſe, quod in duobus reis promittendi ſcriptũ eſt *in §. ex duob. infr.* ex duobus reis promittendi eiuſdem pecuniæ, ſi aliter iurauerit, alteri quoque prodeſſe id debere ſcilicet ſi ſint ſocij, non aliter.

DEC. Correorum ſtipulandi ea condicio eſt, vt vni ex iis ſoli tantum debeatur, quantum omnibus ſimul, id eſt, totum, quoniam vna eáque indiuidua obligatio eſt, non minus in correis ſtipulandi quã in correis debendi *l. 2. & 3. §. inf. de duob. reis.* Proinde poſſunt ſinguli ſolidum petere, & adeò melior eſt condicio occupantis, vt ab eo tempore alteri ſolui non poſſit, quod ab altero iam petitum eſt *d. l. 2. & 3. §. 1. l. ex duob. reis ſtipulandi 16. eod. l. ſi rem 31. §. ſi duo infr. de nouat.* vt & in ſpecie licèt diuerſa *l. ſi Titius 9. inf. de verb. oblig.* vbi ait Pomp. *finem dandi alteri fore quando* [ſic enim legendum eſt non *quoad*] *iudicium acciperetur.* Atqui iuſiurandum habet vim litis conteſtatæ, vt diximus iam ſæpius *ex l. nam poſteaquàm 9. §. ſi is qui temporalis ſupr. hoc tit.* Iuſiurandum igitur ab altero ex correis ſtipulandi delatum alteri nocere debet, cui æquè conteſtatio correi noceret, tametſi non eſſent ſocij *l. fideicommiſſa 11. §. plerumque in fin. infr. delegat. 3.* Et ita benè ſentit Bartolus contra Accurſium, à cæteris quoq; omnibus interpretib. meritò hac in re reprehenſum, cùm nec ipſe ignorauerit quod alij ei obiiciunt iuſiurandum eſſe loco litis conteſtatæ, vt ex ipſius gloſſa ad hunc locum apparet: debuítque ideo reſpondere *ad dict. l. ſi duo* quod reſpondet Bartolus, & quod idem ipſe

Accurſius

Accurſius ad *d. l. ſi vnus in princ.* non agi iis locis de facto aliquo, quod habeat vim conteſtationis, vt neque in *l. ſi duo 4.* vbi diximus *ſupra de recept. qui arb. recep.* quomodo habet iuſiurandum. Neque hoc caſu obtinet quod ſcriptum eſt in *d. l. quia non debet 10 ſupr. h tit.* vt vbi diximus. An autem in correis promittendi, quorum alter deferente aduerſario iurauerit nihil ſe debere, idem iuris indiſtinctè admittendum ſit, vt alteri correo prodeſſe iuſiurandum debeat, etiamſi ſocij non ſint, paulò alia & diuerſa quæſtio eſt, de qua dicemus ad *d. §. ex duobus inf. hac lege.*

1 ¶ Quòd reus iurauit, etiam fideiuſſori proficit. Item à fideiuſſore exactum iuſiurandum, prodeſſe etiam reo[a] Caſſius & Iulianus aiunt. nam quia in locum ſolutionis ſuccedit, hoc quoque eodem loco habendum eſt: ſi modò ideo interpoſitum eſt iuſiurandum, vt de ipſo contractu & de re, non perſona iurantis ageretur.

*Ad §. 1. Quòd reus.*

Rat. dub. Iuſiurandum inter alios præſtitum aliis prodeſſe non magis poteſt, quàm nocere *l. nam poſteaquam 9. §. vlt. & l. ſeq. ſupr. hoc tit. & tot. tit. C. inter alios act. aliis non nocere.* atquin alia eſt perſona rei, alia fideiuſſoris, neq; enim poſſet quis pro ſeipſo fideiubere, non magis, quàm apud aliquem & pro eodem ſe obligare *l. heres à debitore 21. § quod ſi ſtipulator l. Granius 71. inf. de fideiuſſ.* Non ergo poteſt aut debet iuſiurandu rei prodeſſe fideiuſſori. Dec. Fideiuſſoris obligatio eſt acceſſoria ad principalem obligationẽ debitoris, nec proinde ſublata ea poteſt conſiſtere *l. nihil dolo 109. §. 1 l. cùm principalis 178. de regul. iur l. fideiuſſor 19. ſup. de dolo.* & tam quoq; cum non tollitur principalis obligatio, niſi per exceptionem, eadem tamen exceptio fideiuſſori accommodanda eſt, ſi modò rei cohęreat non perſonę debitoris, cuiuſmodi ſunt exceptiones pacti, doli, rei iudicatæ & iuriſiurandi *l. exceptiones 7. inf. de except.* quia neq; conuẽtio rei neque exceptio ei competens quicquam ipſi prodeſſet, ſi non etiam prodeſſet fideiuſſori, quippe qui contra reum habiturus eſſet regreſſum actione mandati, ſi non ipſe quoque eodem animo liberaretur, niſi aut in rem ſuam aut donandi animo fideiuſſiſſet, vt proinde nõ magis interſit fideiuſſoris, quàm ipſius debitoris, fideiuſſorem liberari *l. & heredi 21. §. vlt. cum trib. ſeqq ſup. de pact. l. ſi quis reum 5. infra de liber. legat. l. cùm lex 46. inf. de fideiuſſ.* quoniam τῇ δυνάμει, id eſt, vi ipſa ac poteſtate à reo petitur, quod ab eius fideiuſſore petitur *l. aduerſus 29. ſupr. de recept. Qui arbitr. recept.* Itaque quamuis iuſiurandum non aliam vim haberet, quàm pacti aut rei iudicatæ, prodeſſe tamen deberet fideiuſſori, cui exceptiones illę & pacti & rei iudicatæ prodeſſent *d. l. exceptiones d. l. & heredi §. vlt. & ſeqq.* Idem ſcriptum eſt in *l. vlt. §. vl. infr.*

a *A fideiuſſore exactum iuſiurandum prodeſſe etiam reo.* Rat. dubit. Iuſiurandum habet vim pacti *l. qui iuraſſe 26. §. vlt ſup. l. tutor pupilli 35. §. 1. infr hoc tit.* itemq; rei iudicatæ *l. 1. & 2. ſupr.* Atqui neque pactum fideiuſſoris prodeſt reo, niſi cum vi ipſa fideiuſſor pro reo habendus eſt, vt cùm in rem ſuam interceſſit, *l. fideiuſſoris 23. & ſeqq. ſup. de pact.* neque ſententia lata pro fideiuſſore prodeſt reo *l. aduerſus 29. in fin ſupr. de recep Qui arb. recep.* Ergo neque iuſiurandum fideiuſſoris prodeſſe reo debet. Dec. Non tantùm pacti, & rei iudicatæ vim habet iuſiurandum, ſed etiam ſolutionis loco cedit, vt ſciptum eſt in *l. prox. praeced.* Atqui ſi fideiuſſor ſoluiſſet debitum, nemo dubitat, quin ea ſolutione reus quoque liberaretur. Ergo & reo iuſiurandum hoc fideiuſſoris prodeſſe debet, vt perinde liberetur ſaltem per exceptionem, ac ſi ipſe iuraſſet. Sed hoc ita, inquit Paulus hic ex Caſſio & Iuliano, ſi ita eſt interpoſitum iuſiurandum, vt de ipſo contractu, & de re, non de perſona ſola iurãtis ageretur. Nam ſi fideiuſſor iuraſſet ſe nõ fideiuſſiſſe, non idcirco debitor quaſi ſolutionis poteſtate liberaretur, ſed perſona tantùm fideiuſſoris ab obligatione eximeretur *l. 1. §. ſi fideiuſſor i. f quar. rer. act. non det. l. vlt. §. ſi fideiuſſor i. f. hoc tit.* Neque enim pactum ipſius rei quoque prodeſt fideiuſſori, cum eſt conceptum in perſonam, non in rem *l. niſi hoc actum 22. ſupr. de pact.* In dubio tamen præſumendum eſt, iuratum eſſe de contractu ipſo, & de re non de perſona *l. vlt. verſ. ſi autem inf. l. exceptiones 7. §. 1 inf. de except.* cùm ſolutionis locum obtineat, vt hic Accurſius. An ergo huic fideiuſſori, qui iurauit, danda erit cõtra reum actio mandati, quæ daretur, ſi verè ſoluiſſet? Ita videtur *arg. l. inter cauſas 26. §. ſi is qui inf. mandat.* Sed tamen contrà putat Accurſius, & rectè, quia nihil hoc caſu abeſt fideiuſſori, vt eius pecuniariæ intereſſe videatur, non magis quàm ſi creditor ei donaſſet, vt in *l. ſi verò non remunerandi 12. in princ. eod. tit.* Parum enim abeſt ab eo, qui donare rem velit ac perdere, ille, qui aduerſario iuſiurandum defert, vt eum in cauſa propria teſtẽ & iudicem conſtituat *l. 1. inf. quar. rer. act. non det.* maximè ſi alias probationes habeat, quibus intentionem ſuam comprobare poſſit. Et quod dicimus, iuſiurandum hoc fideiuſſoris cedere loco ſolutionis, verum eſt quantum ad creditorem, qui iuſiurandum detulit, ſed non quantum ad debitorem, vt poſſit fideiuſſor, qui iurauit, ei obiicere ſe ſoluiſſe, vt Accurſius quoque docet. Ficta enim ſolutio eſt non vera, vt ſupra diximus. Sicut nec in omnibus bona eſt comparatio rei iudicatæ & iuriſiurandi: Nam ſi ſententia abſolutoria lata ſit pro fideiuſſore ſolo, præſumendum erit ita latam eam fuiſſe, non tam quaſi contractum non ſit, quàm quia non fuerit probatum fideiuſſorem interceſſiſſe, vt tractat Bartolus ex *l. Iulianus verum debitorem 64. i. f. de condict. indeb. l. ſi inter 15. de except. rei iudic. l. Diui fratres 27. § 1. de liber. cauſ.* Vnde eſt, inquit, quòd ſententia non tollit naturalem obligationem *d. l. Iulianus*, quam tamen iuſiurandum tollit, *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de ſolut. & d. l. vlt. inf. hoc tit.* quia ea conuentione proficiſcitur, & ſolutionis loco cedit *l. qui iuraſſe 26. §. vlt. & l. ſeq. ſup.* Plus dicit Bartolus, nec malè, meo iudicio, etiamſi ſententia abſolutoria pro fideiuſſore lata ſit, ſuper re ipſa, quaſi non fuerit contractum, non tamen prodeſſe reo eam debere *d. l. aduerſus 29. in fin. ſup. de recept. qui arbitr. recept.* non enim habet vim ſolutionis, ſicut iuſiurandum, quamuis aliquo caſu contingat, vt ſententia abſolutoria inter alios lata alij proſit, per conſequentiam neceſſariam, cui tamen condemnatoria non noceret, vt in eleganti illa ſpecie, de qua in *l. denunciaſſe 17. §. vlt. & l. adulter 19. § ſi eo tempore inf. ad leg. Iul. de adult.* Maior ergo etiam hoc caſu poteſtas eſt iuriſiurandi, quàm rei iudicatæ.



Digitized by Google

2 ¶ Si ei qui debitorem meum in iudicium exhibere promiſit, iuſiurandum detulerim: iſque iurauerit, ſe omninò exhibitionem eius non promiſiſſe, prodeſſe debitori meo id non debet, ſi verò iurauerit, ſe nihil mihi præſtare oportere, diſtinguendum ſit, & replicatione emendandum, vtrùm ideo iurauerit, an quia poſt promiſſionem exhibuerit, an verò quia ſoluerit. quod & in fideiuſſorem debiti diſtinguendum eſt.

*Ad §. 2. Si ei qui debitorem.*

Hic §. eſt de fideiuſſore Iudicio ſiſti, in eóque differt à ſuperiore qui eſt de fideiuſſore debiti. Prima verò pars huius §. quæ habet, ſi ei qui debitorem meum in iudicio exhibere promiſerat, iuſiurandum detulerim, iſque iurauerit ſe omnino eius exhibitionem non promiſiſſe, prodeſſe id debitori meo non debere, vix vllam recipere poteſt dubitandi rationem. Alia enim hoc caſu non tantùm perſona, ſed etiam obligatio eſt debitoris, alia fideiuſſoris & prætereà de alia re. Debitor enim eius pecuniæ debitor eſt, quæ ab eo petitur, & cuius nomine conuenitur, fideiuſſor verò non niſi exhibitionis quam promiſit. Quomodo igitur poſſet iuſiurandum fideiuſſoris prodeſſe debitori, cùm nihil aliud iurauit fideiuſſor, niſi quòd debitoris exhibitionem omninò non promiſerit, hoc eſt, nullomodo: nec enim dubitari poteſt hoc caſu, quin fideiuſſor de perſona ſua duntaxat iurauerit, & de propria ſua obligatione, non de re aliqua, quæ fuerit ei cum debitore communis. Diximus autem in §. præcedente quoties fideiuſſor de ſe tantùm iurat, non de re ipſa, & de contractu, etiamſi debiti ſit fideiuſſor, nihil tamen iuſiurandum hoc debitori poſſe proficere: ſed quod ſequitur, ſi iurauerit fideiuſſor nihil ſe mihi præſtare oportere, diſtinguendum eſſe, & replicatione emendandum, vtrum ideo iurauerit ſe nihil præſtare mihi oportere, quia debitorem iam ſemel poſt promiſſionem exhibuerit: quandoquidem prima exhibitione ſatisfecit obligationi, nec ſæpius eundem exhibere cogendus eſt, niſi ſæpiùs promiſerit, an verò, quia ſoluerit omne id, quod intereſſe potuit creditoris ob non exhibitum debitorem: hoc verò aliquam poteſt recipere dubitationem, cùm in dubio præſumendus ſit, is qui iurauit, ſe nihil mihi præſtare oportere, omnem cauſam in iuſiurandum deduxiſſe, quia generaliter & indiſtinctè iurauit, quomodo ſolemus dicere fideiuſſorem, qui ſimpliciter interuenit pro aliquo, in omnem cauſam fideiuſſiſſe videri *l. quaero 54. infr. locat.* Sed decidendi ratio eſt, quia non propter eum, qui iurauit, diſtinctio hęc adhibetur, quaſi vno caſu conueniri adhuc poſſit, alio non poſſit, ſed propter debitorem, vt ſciatur an ei prodeſſe debeat, fideiuſſoris iuſiurandum nécne: effectus ſiquidem huius iuriſiurandi pendet ex cauſa, an ſcilicet iurauerit fideiuſſor, ideo ſe nihil mihi præſtare oportere, quia poſt promiſſionem ſuam exhibuerit, an verò quia iam ſoluerit, id omne quod potuit creditoris, eiuſdemque ſtipulatoris ex ea cauſa intereſſe. Nam ſi iuſiurandum ſuum priore modo explicet, apparebit nihil eum iuraſſe de iure debitoris, ſed de ſuo tantùm, ideóque nec iuſiurandum ipſius prodeſſe reo debere. Si verò poſteriore modo, apparebit è contrario non minùs de debitoris, quàm de fideiuſſoris iure iuratum eſſe, ac per conſequentiam prodeſſe id iuſiurandum etiam debitori oportere: nam cùm ſtipulatio Iudicio ſiſti committatur, ad id omne quod intereſt ſtipulatoris ſtatum non eſſe debitorem *l. quoties quis alium 81. De verb. obligat.* exemplo Prætoriarum ſtipulationum omnium, quæ dantur ad id quod intereſt, aut quod hac parte effectu idem eſt, quanti res eſt *leg. vltim. De prætor. ſtipulat.* conſtat nihil poſſe iam intereſſe creditoris, propter quod permitti ei debeat, agere contra debitorem, qui iudicio defuit ſi iam à fideiuſſore, quicquid eo nomine ſua intererat, fuerit conſecutus: nemo enim admittendus eſt, ſiue ad agendum, ſiue ad excipiendum, niſi cuius intereſt *leg. 3. §. 1. De verb. oblig.* cùm actiones ſicut & obligationes non ad aliud comparatæ ſint, quàm vt ſibi vnuſquiſque acquirat, quod ſua intereſt *leg. ſtipulatio iſta 38. §. alteri eod. tit. leg. nihil aliud 51. De oblig. & action.* Et tum quoque, cùm ei, cuius ex poſtfacto deſiit intereſſe, actio priſtina ſtricto iure competit, doli tamen exceptioni ſubſidiariæ locus eſſe debet, quod improbus ſit is, qui bis idem conſequi velit, licet ab alio atque alio *leg. ſi quis dolo 51. §. 1. in fin. infr. De re iudicat.* Cùm ergo iurauit fideiuſſor nihil ſe debere, quia ſoluerit quicquid ex commiſſa ſtipulatione ſoluere debuit, meritò etiam debitori exceptionem iuriſiurandi accommodamus, nec ad exceptionem doli quæ ſubſidiaria eſt, confugimus, cùm alia ſpecialior competit ex iureiurando quamuis alieno. Et cùm in formula, quæ poſt litem conteſtatam & iuſiurandum à fideiuſſore in iure præſtitum creditori dictatur à Prætore aduerſus debitorem, ponenda ſit exceptio, niſi iuratum ſit, nihil ex hac cauſa creditori præſtari oportere, prudenter faciet creditor, ſi ab eodem Prætore petat formulam hanc, quaſi nimis generalem, & captioſam, vt in *l. cùm Aquiliana 5. ſupra de tranſact.* emendari, addita ad creditoris poſtulationem replicatione, ſi non de ſola exhibitione iuratum ſit, non etiam de ſolutione eius, quod intereſſe poterat creditoris. A quo autem emendari debebit hæc formula, niſi ab ipſo Prætore qui eam dictauit, & in formula exceptionem pro debitore ob fideiuſſoris iuſiurandum, quaſi ſuper re ipſa præſtitum appoſuit? Quo autem poſtulante? niſi creditore ipſo formulam aduerſus debitorem impetrante, vt quod à fideiuſſore ob ipſius iuſiurandum conſequi ampliùs non poteſt à debitore ipſo conſequatur. Ob eam igitur cauſam fideiuſſor qui iurauit, licet iam tutus & liberatus ſit, ſaltem per exceptionem, quam omnimodo ex ſuo iureiurando habiturus eſt, ſi conueniatur, euocandus tamen erit non iam ad Prętorem, ſed ad iudicem datum & pedaneũ vt adſit iudicio, quod inter creditorẽ & debitorem exercebitur, non quaſi litigaturus iterum, cùm Prætor ſuum ei iuſiurandum conſeruare ac tueri debeat *l. eum qui 30. in princip. infr.* Sed tanquam iuriſiurandi ſui cauſam etiam ſine iureiurãdo declaraturus, vt quod nũc adfirmabit animi ſui fuiſſe, hoc

ipſum

ipſum iam tum cùm iurauit, ab eo dictum interatum que eſſe intelligatur *argum. leg. heredes palam* 1. §. 1. in illis verbis, *nihil enim tunc dat, ſed datum ſignificat inf qui teſtam. facer poſſ l. ſi donata* 3. §. *ſponſus de donat. int vir. & vxor.* Neq; enim putandum eſt, ita faciendam hanc declarationem, vt ex integro iuretur. Et ita locus hic alioquin obſcurior, quàm vulgo exiſtimetur, explicandus eſt, non quomodo à Bartolo, qui ſuauiter exiſtimat emendationem hanc fieri debere à Iureconſulto ipſo ſic diſtinguente, aut à iudice, coram quo lis agitatur: quod vtrumque ridiculum eſt. Illud certè non malè notat, quod hîc ſcriptum eſt in fideiuſſore, ad iudicium etiam inter alios dictatum euocando, & iuriſiurandi ſui cauſam apertius patefaciat, etiam in teſte locum habere poſſe, vt ſi quid in teſtimonio ferēdo dixerit obſcurius, euocari poſſit, & debeat, ad iudicem, vt teſtationem ſuam declaret apertius, *ex §. pen. Nouell. de teſtib.* ſed addere debuit, fieri hoc debere mero iudicis officio, non ad requiſitionem alterutrius litigantium, ne alioqui corruptioni & ſubornationi teſtis feneſtra facilè aperiatur. Eoque iure vtimur, vt in Codice noſtro ſcripſimus *ſub Tit de teſtib. defin* 2. Sic & confeſſio, quæ fit in iure, certa eſſe debet: & ſi quis incertum confeſſus ſit, vigendus eſt, vt certum confiteatur *l. certum* 6. §. 1. *inf de confeſſ.*

a *Quod & in fideiuſſore debiti diſtinguendum eſt.* RAT. DVB. Longè alia ratio eſt in fideiuſſore debiti, alia verò in eo qui fideiuſſit debitorem iudicio ſiſti. nam in fideiuſſore debiti communis cauſſa eſt fideiuſſoris & debitoris, quoniam vnum duntaxat vtriuſque debitum eſt, licet duplex obligatio ſit, vna principalis, altera acceſſoria. At in fideiuſſore iudicio ſiſti, aliud eſt quod reus debet, aliud quod fideiuſſor debet. Rei obligatio dandi eſt, aut eſſe poteſt, ſi forte ſpeciem aliquam debeat, aut quantitatem: fideiuſſoris verò eſt faciendi *d. l. quoties* 81. *de ver. oblig.* Non enim debet idipſum quod à reo debetur ſiue in dando, ſiue etiam in faciendo conſiſtat, ſed hoc tantùm, vt reum iudicio ſiſtat; vel ſiſti curet. Proinde multo facilius eſt, vt iuſiurandum à debiti fideiuſſore præſtitum proſit debitori, quàm quod à fideiuſſore iudicio ſiſti præſtatur, nec tot diſtinctionibus opus eſſe videtur: ſed hac tantùm quam in §. præcedente adhibuimus, an fideiuſſor ſuper ſua perſona tantùm, an etiam ſuper ipſa re & contractu iurauerit. Non ergo debuit Paulus addere, in vtroque fideiuſſore eandem diſtinctionem adhibendam eſſe, cum vbi diuerſa ratio eſt, diuerſum quoque ius conſtituendum ſit, ſicut è contrario idem ius, vbi eadem ratio eſt *vulg. l. illud* 32. *ad l. g. Aquil.* 3. §. *vnde etiam infr de inoff. rupt.*

DECID. Fieri poteſt, vt fideiuſſor debiti iurauerit generaliter ſe nihil debere, neque ſatis apertè expreſſerit, an ideo iurauerit ſe nihil debere, quia nunquam fideiuſſerit, an quia ſoluerit, quo caſu eadem non tantùm ratio æquitatis, ſed etiam neceſſitas facit, vt impetrata per creditorem contra reum formula, cum illa exceptione, niſi iuratum ſit nihil deberi, emendanda ſit formula per replicationem addendam fauore creditoris, *ſi non iuratum ſit à fideiuſſore de perſona tantùm ſua, non de ipſa & de contractu.* Inea namque rem euocandus ad iudicem fideiuſſor, qui iuriſiurandi ſui cauſam diſtinctiùs aperiat, ne dubitari ampliùs poſſit, an de re fideiuſſor iurauerit, & de contractu, vel ſolutione, an non niſi de perſona ſua. Sic enim apertum fiet, an reo prodeſſe debeat iuſiurandum fideiuſſoris an non: priore caſu proderit, at poſteriore non proderit. Et hic adiectionis huius ſenſus eſt.

3 ¶ Ex duobus reis promittendi eiuſdem pecuniæ alter iurauit, alteri quoque prodeſſe debebit.

*Ad §. 3. Ex duobus.*

RAT. DVB. & DECIDEND. ad hunc §. eadem eſt, quæ ad initium huius legis: nec enim valde intereſt, an de correis ſtipulandi tractemus, an de correis debendi, cùm omnibus commune illud ſit, vt omnium vna tantùm ſit obligatio, ſed actiua vno caſu, paſſiua altero *l. 2. & l. 3. §. 1. inf. de duobus reis.* Differentia tantùm in eo eſt, quod initio huius legis tractatur de iuriſiurandi delatione facta ab vno ex correis ſtipulandi, & quæritur an vnius delatio noceat alteri, ad quam quæſtionem reſpondetur indiſtinctè nocere, quia iuſiurandum vim conteſtationis obtinet, vt ibi diximus. Hîc verò tractatur de iureiurando, ab vno ex pluribus correis debendi ex creditoris delatione præſtito, & quæritur, an alij qui non iurauit, proſit, quaſi conſorti & participi eiuſdem obligationis, an non proſit tanquam res inter alios acta, & reſpondetur prodeſſe, quod etſi indiſtinctè Paulus ſcribat, intelligendum tamen eſt, cum aliqua diſtinctione, non quidem illa, quam adfert Accurſius, an ſocij ſint necne, ex *leg. ſi is qui duos* 29. *infr. de liberat. legat. iunct. leg ſi duo* 34. *ſupr. de recept. Qui arbitr. recept. leg ſi vnus* 27. *in prin. ip. ſupr de pact.* & quæ à nobis refutata eſt ad initium huius legis, ſed illa, quam tradit Bartolus ad hunc locum, an correus debendi de ſua tantùm perſona iurauerit ad eximendam eam ab obligatione, quod aliquando fit *leg. Granius* 71. *inf. de fideiuſſ.* quia licèt maximè parem vnamque obligationem ſuſcipiant, in cuiuſque tamen perſona conſiſtit propria ſingulorũ obligatio *l. eadem* 9. §. *vlt. infr. de duobus reis.* an verò iurauerit de ipſa correorum obligatione & de contractu, quomodo diſtinximus in fideiuſſore in §. 1. huius legis. Hoc enim poſteriore caſu id obtinet indiſtinctè, quod Paulus reſpondet iuſiurandum vnius ex correis prodeſſe alteri, hoc eſt, ſiue ſint ſocij, ſiue non *leg fideicommiſſa* 11. § *pleriſque in fin. delegat.* 3. Priore verò caſu non prodeſt correo, ſed iuranti ſoli, vt eius perſona ab obligatione eximatur, alter verò remaneat obligatus: ſed hoc ita ſi non ſint ſocij. Nam cùm ſocij ſunt; non poteſt vnus ab obligatione eximi, quin alter eximatur: alioqui nihil prodeſſet pro parte ei, qui iuraſſet, quod exemptus eſſet, ſi correus, qui non iurauit in ſolidum ex natura obligationis correorum debendi conueniretur, cum poſtea ſocietatis iudicio partem debiti ab eo eſſet repetiturus. Planè pro parte, quæ contingit alium correum, qui non iurauit, dubitandum non eſt, quin maneat obligatus vtiliter & efficaciter, ac ſine vlla exceptione, cùm pro ea parte nullum contra correum, qui iurauit, habere regreſſum poſſit *d. l. Granius.* Quid ergo, ſi vnus ex correis debendi iuſiurandum detulerit aduerſario, iſque iurauerit? an alteri nocebit ea delatio, quemadmodum delatio facta ab vno ex correis ſtipulandi facta nocet alteri? *hac ipſa lege in prin.* Et reſpondet Bartolus, non nocere, ſicut nec ſententia contra



Digitized by Google

vnum ex correis lata alteri noceret. Et rectè ex *l. vlt. in fin. C. de fideiuſſ.* Noceret tamen quantum ad interrumpendam præſcriptionem & perpetuandam actionem, vt idem ille benè ſubiicit ex *l. vlt. C. de duob. reis.* Ratio diuerſitatis hac parte inter correos ſtipulandi & debendi, quam non adfert Bartolus, ex eo petēda eſt, quod correus ſtipulādi qui iuſiurandum defert, occupat actionē, eamq; totā ſibi propriā facit, perinde acſi litem cōteſtaretur: correus verò debendi qui iuſiurandum defert, nō ideo trāſfert in ſe totā obligationē paſſiuam, multo minùs actionem, quam occupare nec debitoris eſt, ſed creditoris.

4 ¶ Exceptio iuriſiurandi, non tantùm ſi ea actione quis vtatur, cuius nomine exegit iuſiurandum, opponi debet, ſed etiam, ſi alia: ſi modo eadem quæſtio in hoc iudicium deducatur: fortè ſi ob actionem mandati, negotiorum geſtorum, ſocietatis, cæteráſque ſimiles iuſiurandum exactum ſit, deinde ex iiſdem cauſis certum condicatur, quia per alteram actionem altera quoque conſumitur.

*Ad §. 4. Exceptio.*

RAT. DVB. Exceptio iuriſiurandi æquipatatur exceptioni rei iudicatæ, cùm iuſiurandum vim habeat rei iudicatæ *l. 1. & 2. ſupr.* Atqui exceptio rei iudicatæ non habet locum, niſi cùm eadem res in poſterius iudicium deducitur *l. cùm quæritur 12. & ſeqq. infr. de except. rei iudic.* Alia autem actio, alia res eſt, cùm actiones omnes inter ſe non minùs ſpecie, & effectu, quàm nomine, ac numero ſint diſtinctæ. Ergo quoties noua actio proponitur, & alia quàm ſuper qua iuratum eſt, iuriſiurandi exceptio nocere non debet, vt in *l. ſi actor 36. infr. hoc tit.* DEC. Iuratur ſuper quæſtione facti, non ſuper quæſtione iuris. Ex facto autem ius oritur, nec quicquam vetat, ex eodem facto plures oriri actiones, & ſpecie, & effectu quoque differentes, ſed quę tamen eandem facti quæſtionem habent pro cauſa. Eandem enim cauſam petendi facit, non tam ipſa petitio, quam origo petitionis, tum quoque cùm de exceptione rei iudicatæ quæritur *l. ſi mater 11. §. eandem cauſam infra de except. rei iudic.* origo autem petitionis & actionis non alia eſſe poteſt, quàm factum ipſum, ex quo ius petendi naſcitur. Cùm ergo quæritur an iuriſiurandi exceptio locum habere debeat, non tam inſpiciendum eſt, an alia actio ſit, quæ nunc proponitur, quàm vtrum eadem ſit quæſtio facti, ſuper qua iam fuerit iuratum. Nam deciſa ſemel per iuſiurandum quæſtione facti, hoc ipſo acquiſita videri debet iuriſiurandi exceptio aduerſus omnes actiones, quæ ex eodem facto proficiſcuntur: alioqui non conſeruaretur iuranti ſuum iuſiurandum, & iuriſiurandi effectus, ſi quid in vna actione iuratum eſt, & habendum iam pro vero, iterum iurandum eſſet in alia, tanquam adhuc dubium: ſuum autem cuique iuſiurandum conſeruare ac tueri prætor debet *leg. eum qui 30. infr.* Nec aliud circa exceptionem rei iudicatæ obſeruatur, vt diximus, quoties eadem agendi cauſa eſt inter eaſdem partes, eadémque cauſa vincendi, licèt per aliam ſpeciem actionis: cauſa namque vincendi tota ex facto pendet, quod tale eſſe oportet, vt obligationem pariat, quæ poſſit actionem producere, ex qua ſequi etiam poſſit condemnatio. Proinde ſi fortè ob actionem mandati, vel negotiorum geſtorum aliáſve ſimiles iuſiurandum exactum ſit, deinde ex eiſdem cauſis certum condicatur (poteſt enim condictio certi ex quacunque cauſa competere, dummodo certum petatur etiam ex contractu incerto *leg. certi condictio 9. ſupr. tit. prox.*) alia quidem erit actio alteriúſque naturæ & conditionis, cùm ſit hæc ſtricti iuris, vt cæteræ condictiones omnes: aliæ verò bonæ fidei, ſed tamen quoniam eadem facti quæſtio eſt, ideóque propoſita aliqua ex ſupradictis actionibus, condictio quoque certi conſumitur, dicendum eſt, exceptionem iuriſiurandi quæ opponi poſſet, ſi eadem exceptio proponeretur, etiam propoſita condictione certi locum habituram: quoniam aliter poſito iure de periurio eius qui iuraſſet, quæri, aut ſaltem dubitari oporteret, quod nunquam permittendum eſt, non magis quàm vt veritas impugnetur, cùm iuſiurandum pro veritate habeatur *dict. leg. eum qui leg. 5. §. dato iureiurando leg. ſed ſi poſſeſſori 11. §. vltim. ſupr. hoc tit.* Planè aliud eſt ſi non tantùm actio, ſed etiam agendi cauſa mutetur, vt in *dict. leg. ſi actor 36. infr. eod. & §. prox. & §. qua iurauit hac leg.* factum enim ipſum hoc caſu mutari quoque neceſſe eſt, ex quo ſcilicet tota agendi cauſa, vt diximus, æſtimatur, & per conſequens aliud factum eſſe, quod nunc proponitur, quàm ſuper quo iuratum eſt: aliud enim factum eſt, conſtitutam eſſe pecuniam de quo iuratum fuerat in ſpecie *dict. leg. ſi actor.* aliud verò fuiſſe creditam, priuſquàm conſtitueretur, de quo non fuerat iuratum, aliud quoque, furtum quem feciſſe, aliud verò rapinam in *§. prox.* aliud denique rem aliquam diuortij cauſa amoniſſe, aliud autem alienam rem poſſidere, *dict. §. qua iurauit.* Qui tamen omnes loci non niſi ex hoc §. ſed malè applicato, dubitandi rationem recipiunt. Malè tamen Accurſius obiicit, quod ſcriptum eſt in *leg. ſed ex parte 4. §. vltim. infr. quod cum eo qui in alien. poteſt.* Eum, qui de peculio egit cùm poſſet quod iuſſu agere, poſtea quod iuſſu agere non poſſe, niſi deceptus egerit de peculio. Prior enim pars illius ſententiæ rationem hanc habet, quia actio quod iuſſu etiam de peculio actio eſt, ſed cum propria ſua nota & adiectione illa, quod iuſſu, vt conſtat ex *Iuſtin. in eod. tit. Quod cum eo qui in alien. poteſt.* ſicut & actio de in rem verſo: naſcunturque actiones hæ omnes ex contractu ſerui ſi originem inſpicias, licèt aliud nouúmque factum ſit, ſi quis dicat dominum iuſſiſſe, aut etiam in rem domini verſum eſſe. Ideóque non debet permitti ei, qui ſemel de peculio egit, atque ita totam actionem de peculio conſumpſit, vt poſtea quod iuſſu, vel de in rem verſo agat: poſterior verò pars rationem illam habet, quod decepti hominis & errantis nulla ſit voluntas, nullus conſenſus; *§. non videntur leg. 116. de regul. iur. leg. ſi quis per errorem 95. ſupr. de iuriſd.* Cæterùm illo etiam caſu quo deceptus creditor elegerit actionem de peculio, & poſteà velit agere quod iuſſu, non puto audiendum eum, ſed iuriſiurandi

Digitized by Google

randi exceptione ſubmouendum, ſi in actione de peculio iurauerit dominus ſe nihil debere, cùm eadem ſit actio in genere, licèt in qualitate & in effectu differant, cùmque ab eadem origine pendeant eodémque facto, id eſt, à contractu ſerui, ex quo, tanquam ex eodem fonte, non minus actio quod iuſſu naſcitur, quàm actio de peculio. Quod autem addit idem Accurſius vt reſpondeat ad *dict. §. vltim.* non eſſe eandem quæſtionem, cùm alia actio eſt, quæ ſit alterius effectus, adhuc improbabilius eſt. Non enim æſtimanda eſt actionis cauſa ex effectu, ſed effectus ex cauſa, nec quicquam vetat plurium actionum, quæ eandem facti originem habeant, diuerſos eſſe effectus, vt cernere eſt, in exēplo quod affert Paulus in hoc §. de eo, qui poſt propoſitam actionem mandati, aut negotiorum geſtorum, aut aliam ſimilem bonæ fidei, in qua iuratum ſit, proponit cōdictionem certi quæ ſtricta eſt. Quis enim neſcit actionum bonæ fidei & ſtricti iuris longè alios effectus eſſe?

5 ¶ Si quis iurauerit, ſe non rapuiſſe, non debet adiuuari hoc iureiurando in actione furti, aut condictione, quia aliud eſt furtum feciſſe, quod vel clam fieri poteſt.

*Ad §. 5. Si quis iurauerit.*

RAT. DVB. Iuriſiurandi exceptio poteſt opponi, non tantùm ſi ea actione quis vtatur, cuius nomine exegit iuriſiurandum, ſed etiamſi alia ſi modò eadem quæſtio in iudicium deducatur, quomodo ſcriptum eſt *§. praced.* Atqui ſicut actio furti, & condictio furtiua, æquè naſcuntur ex eodem facto, id eſt, ex furto, vt locus hic probat optimè, ita & actio Vi bonorum raptorum. Quid enim aliud eſt rapina quàm furtum improbius? aut raptor quàm fur improbior? *l. item ſi cùm 14. §. qui vim intulit ſupr. quod met. cauſ. l. 2. §. caeterum inf vi bonor. rapt.* & apud Iuſtin. *eod. tit. in princip.* Ergo ſi quis in actione vi bonorum raptorum iurauerit ſe non rapuiſſe, quomodo in illa actione ſi iuretur, neceſſario iurandum eſt, adiuuari hoc ſuo iureiurando, debebit etiam in actione furti & condictione ex cauſa furtiua. DEC. Ex poſitione generis non ſtatim ſequitur poſitio ſpeciei, ſed contrà poſita ſpecie, ponitur genus, at remota ſpecie, nō remouetur genus, quamuis remoto genere, ſpecies quoq; remoueatur, quia, vt dicunt Logici, à genere ad ſpeciem valet argumentū negatiuè non affirmatiuè, à ſpecie verò ad genus extra differentias eſſentiales, affirmatiuè non negatiuè: atqui furtum & rapina ſe habent tanquam genus & ſpecies: rapina ſpecies furti eſt, & quidem improbior, furtum autem eſt genus. Ergo ſi quis in actione Vi bonorum raptorum iurauerit, ſe non rapuiſſe, non ideò ſtatim conſequens eſt, vt iuraſſe videatur ſe furtum non feciſſe, quia furtum etiam ſine vi, & clam fieri poteſt, rapina non item. Alia igitur quęſtio facti eſt, an quis rapuerit, alia verò an furtum fecerit, & conſequenter ex iis quæ diximus in *§. præcedente* conſtat exceptionem iuriſiurandi in actione Vi bonorum raptorum præſtiti, ſi actio furti vel condictio furtiuæ poſtea inſtituatur, neque prodeſſe reo debere, neque actori nocere.

6 ¶ Colonus cum quo propter ſucciſas fortè arbores agebatur ex locato, ſi iurauerit ſe non ſuccidiſſe, ſiue è lege duodecim tabularum de arboribus ſucciſis, ſiue è lege Aquilia damni iniuria, ſiue interdicto *quod vi aut clam*, poſtea conuenietur: per exceptionem iuriſiurandi defendi poterit.

*Ad §. 6. Colonus.*

RAT. DVB. Alia eſt actio ex locato, quæ locatori contra colonum datur, ad id quod intereſt, alia de ſucciſis arboribus, quæ ex lege duodecim tabularum datur ad duplum *l. furtim 7. §. vlt. iunct. l. 1. infr. arbor. furt. caeſar.* alia denique actio damni iniuriæ, quam lex Aquilia introduxit *d. l. 1.* Ergo ſi in vna ex his actionibus iuratum ſit, non erit is qui iurauit in aliis actionibus exceptione iuriſiurandi defendendus: cùm ſit veriſſimum in aliis actionibus eum non iuraſſe. DEC. Exceptio iuriſiurandi habet locum, etiamſi alia actio inſtituatur, dummodo eadem ſit quæſtio facti, ſuper qua iuratum eſt *§. exceptio. ſupr.* Quod contingit, quoties plures illæ actiones, quamuis alioqui diuerſæ inter ſe, & diuerſum habentes effectum, ex eodem tamen facto proficiſcuntur, vt euenit in propoſita ſpecie *d. leg. 1. & l. cùm ex vno 32. inf. de oblig. & act.* Omnes enim hæ actiones, nec minùs illa ex locato, quàm duæ cæteræ ex eo immediatè naſcuntur, quòd arbores ſucciſæ dicantur *d. l. cùm ex vno l. ſi colonus 9. Arbor. furt. caeſar.* Ergo ſi in vna ex his actionibus iurauerit reus, ſe non ſuccidiſſe, ſi aliis poſteà conueniatur, quod ſummo iure fieri poteſt, exceptione ſui iuriſiurandi adiuuandus eſt, cùm non poſſit actor in aliis actionibus vincere, quin probet hunc ipſum reum arbores ſuccidiſſe, contrà quàm à reo iuratum, & iureiurando ipſius probatum ſit. Idémque de interdicto quod vi aut clam dici poteſt, quod etiam actionis appellatione continetur *leg. actionis 37. de oblig. & action.* At cùm actionibus, ex eodem delicto venientibus, etiam pœnalibus permittatur ita vti, vt tamen vna alteram conſumat, vſque ad concurrentem duntaxat quantitatem, quod autem per vnam conſecutus actor non eſt, per aliam quæ ſit amplior conſequi adhuc poſſit *dict. l. 1. l. pen. arbor. furt. caeſar. leg. qui ſeruum 34. de oblig. & act.* eleganter quærit Accurſius, an ſi iuratum ſit in ea actione, per quam minùs conſequi actor potuit, noceat exceptio iuriſiurandi, ne per aliam actionem ampliorem conſequi adhuc poſſit quod condemnationi quam ex priore ſperare poterat, defuiſſet. Sed benè reſpondet, iuriſiurandi exceptionem omnimodo & in totum nocere, in eóque maiorem poteſtatem eſſe iuriſiurandi, quàm rei iudicatæ, quoniam reus de toto iuraſſe intelligitur, vt & in *l. ſi duo 13. §. idem Iulianus ſup. hoc tit.* quandoquidem & factum ipſum indiuiduum eſt, & ex eo facto indiuiduo vtraque actio proficiſcitur. At res iudicata aliam atque aliam facere poteſt condemnationem, neque actor vna condemnatione contentus eſſe cogitur, niſi cùm prior condemnatio ſatis reum grauauerit, vt habet *d. l. pen.* ſecundùm quam accipi debet quod ſcriptum eſt in *dict. l. ſi colonus*, ne aliæ leges obſtent quas attulimus. Iunge *l. vnde quæritur 7.* vbi dicemus *infr. Commod.*

7 ¶ Quæ iurauit, diuortij cauſa rem ſe non amouiſſe, non debet defendi per exceptionem, ſi cum ea in rem agatur, &, ſi contendat ſuam eſſe, alio iureiurando opus eſt. contra, ſi iurauerit ſuam eſſe [a], debet in actione rerum amotarum defendi. & omninò hoc obſeruandum eſt, licèt per aliam actionem eadem quæſtio moueatur, vt exceptio iuriſiurandi locum habeat.

*Ad §. 7. Quæ iurauit.*

RAT. DVB. & DECID. eadem eſt ad hunc §. quæ ad §. *exceptio ſupr.* Nam cùm de iiſdem rebus agitur inter eaſdem partes, & actione rerum amotarum, & rei vindicatione, videbatur exceptionem iuriſiurandi in iudicio rerum amotarum præſtiti à muliere, quæ diuortij cauſa res mariti amouiſſe dicebatur, eidem prodeſſe debere, ſi poſtea rei vindicatione conueniatur. Sed contrà reſpondet Paulus, alio iureiurando in poſteriore vindicationis iudicio eſſe opus, nempe quoniam alia quæſtio eſt, quæ in iudicio rerum amotarum proponatur, alia quæ in vindicatione: in actione rerum amotarum quæritur, an mulier eas diuortij cauſa amouerit, at in vindicatione rei quam mulier poſſidet, maritus verò ſuam eſſe contendit, cuius illa ſit, an mulieris, an mariti. Naſcuntur ſcilicet hæ actiones ex diuerſis cauſis, actio rerum amotarum ex delicto *l. ſi mulier 21. §. hac actio infr. rer. amot.* rei autem vindicatio ex præſenti poſſeſſione *l. non aliàs 24. §. ſed ſi poſtulatur ſupr. de iudic.* Cùm ergo mulier conuenta iudicio rerum amotarum iurat ſe res non amouiſſe, non ideò tamen iurat res ſuas eſſe, ideóque ſi ſubinde rei vindicatione conueniatur nouo iureiurando indiget, vt vincat, ſi modò maritus ei deferre velit, quoniam alia & noua quæſtio eſt *d. §. exceptio.* Sequitur,

a *Contrà ſi iurauerit ſuam eſſe.* RAT. DVB. Actio rerum amotarum, & rei vindicatio diuerſæ ſunt actiones, diuerſas habentes cauſas, & ex alio atque alio facto emanantes. Ergo quemadmodum iuſiurandum delatum & præſtitum in actione rerum amotarum, neque nocet in rei vindicatione, vt modò diximus, ita & è contrario idem eſſe debet, ſi mulier, quæ conuenta iudicio rei vindicationis iurauit rem ſuam eſſe, conueniatur poſtea rerum amotarum. DECID. Iuriſiurandi exceptio locum habet, quoties eadem quæſtio moueatur, licèt per aliam actionem *dict. §. exceptio ſupr.* Atqui cùm priùs actum eſt rei vindicatione, & poſtea rerum amotarum agitur, eadem ipſa quæſtio in poſteriorem actionem deducitur, quæ deducta fuerat in priorem, non quia in iudicio rerum amotarum quæratur, cuius ſint res amotæ, aut an mulier, quæ conuenitur, res amotas poſſideat (huic enim iudicio locus eſſe poteſt, etiamſi res non ſint mariti, & nihil ad mulierem peruenerit *l. ſi concubina 17. §. vlt. l. ſed etſi 9. & l. ſequ. infr. rer. amot.*) ſed quia fieri nequit, vt mulier rerum ſuarum nomine teneatur actione rerum amotarum, non magis quàm actione furti, niſi in caſu *l. ſi pignore 22. infr. de pignor. act.* cùm perſona quæ res amouet, reuera furtum faciat *l. 1. l. pen. rer. amot.* ac proinde mulier quæ iurauit in iudicio vindicationis rem ſuã eſſe, cuius nomine poſteà rerum amotarum conueniatur, intelligenda eſt iuraſſe quoque, non modò ſe rem illam non amouiſſe, nec amouere potuiſſe, tametſi maximè voluiſſet, quod longè plus eſt: at non ſimiliter è contrario mulier quæ iurauit, ſe non amouiſſe rem, quæ poſtmodum per vindicationem petatur, iuraſſe videri poteſt rem ſuam eſſe. Poteſt enim fieri vt nec amouerit, nec tamen res eius ſit, cùm poſſit eſſe mariti, aut alterius cuiuſlibet, quomodo ratiocinatur Paulus licèt in diſſimili ſpecie *in §. ſequent.* Iuſiurandum enim negatiuum quale illud eſt, mulierem res non amouiſſe, nihil ponit ex quo aliud quicquam inferri poſſit, in alio iudicio etiam inter eaſdem partes. At iuſiurandum affirmatiuum cuiuſmodi hoc eſt, rem eſſe mulieris tale eſt, quale ſi ea quoque omnia comprehenderet, quæ affirmationi huic ſunt conſequentia, inter quæ hoc vnum eſt, vt eius rei nomine mulier quæ rem ſuam eſſe iurauit, rerum amotarum iudicio conueniri nunquam poſſit.

8 ¶ Igitur ſi quis iurauit, ſe non eſſe condemnatum: etiam ſi ex ſtipulatu iudicatum ſolui, ob rem iudicatam, conueniatur, defendetur per exceptionem. Contrà, ſi cum ex ſtipulatu [a] iudicatum ſolui conueniretur: iurauit ſe dare non oportere: agenti iudicati non vtique obſtabit exceptio: poteſt enim fieri, vt non ſit commiſſa ſtipulatio, licèt res iudicata ſit. niſi ideò iuraſſet, quòd nec damnatum ſe eſſe diceret.

*Ad §. 8. Igitur ſi quis.*

RAT. DVB. Aliud eſt conueniri ex ſtipulatione iudicatum ſolui, etiam ob rem iudicatam, aliud verò ex iudicato conueniri actione in factum, aut iudicati: poteſt enim fieri, vt & iudicatum ſit, & commiſſa non ſit ſtipulatio, vt ſequitur in fine huius §. Ergo etiamſi quis iurauerit, ſe non eſſe condẽnatum, ſi ex ſtipulatione iudicatum ſolui etiam ob rem iudicatam conueniatur, non debet defendi per exceptionem iuriſiurandi, ſed alio iureiurando indiget, vt vincat, ſi ei deferatur: quaſi noua quæſtione in poſterius iudicium deducta. DEC. Alia quidem actio eſt, ſed eadem tamen quæſtio, quæ in vtramq; actionẽ deducitur, ſcilicet an is qui conuentus primum fuit ex iudicato, nunc verò conuenitur ex ſtipulatione iudicatũ ſolui, fuerit condemnatus néc ne. Nam quemadmodũ ſi fuerit condemnatus, poteſt cõueniri & ex iudicato, & prætereà ex ſtipulatione iudicatũ ſolui ob rem iudicatã, ſi ſtipulatio commiſſa ſit: ita ſi nõ fuerit condẽnatus, neq; ex iudicato conueniri poteſt, neq; ex ſtipulatione iudicatum ſolui ob rem iudicatã. Hoc enim addendum eſt, & meritò additur à Paulo, quia cùm ſtipulatio

iudica-

iudicatum ſolui dicatur, habere tres clauſulas, de re iudicata, de re defendenda, & de dolo malo *l. iudicatum ſolui 6. ıll. tit. Iudic. ſolui.* poſſet fieri vt commiſſa eſſet ſtipulatio ob rem iudicatam, nec tamen ob rem non defenſam: ſunt enim ſeparatæ cauſæ huius ſtipulationis committendæ, quarum vna commune nihil cum alia habeat *l. cùm quærebatur 13. l. vlt. & paſſ. eod. tit.* Et conſequenter is qui iuraſſet, ſe non eſſe condemnatum, ſi poſteà ex ſtipulatione Iudicatum ſolui ob rem non defenſam conueniretur, nouo vtique iureiurando indigeret, quod & Accurſius docet *arg. l. & an eadem 14. ſ. ff. de except. rei iudic.* Tota igitur vtriuſque actionis quæſtio in eo eſt, an reus condemnatus fuerit. Proinde qui iurauit ſe non eſſe condemnatum, cùm ex iudicato conueniretur, ſicut amplius conueniri ex iudicato non poteſt, ita neque ex ſtipulatione iudicatum ſolui ob rem iudicatam: condemnatum enim æquè eſſe oportet, vt ſtipulatio iudicatum ſolui ob rem iudicatam committatur, atque vt ex iudicato agi poſſit.

a *Contrà ſi cum ex ſtipulatu.* RAT. DVB. Qui iurauit ſe dare non oportere, videtur iuraſſe de toto, vt in *l. ſi duo 13. §. Idem Iulianus ſupr. hoc tit.* id eſt de tota cauſa, ac proinde ex nulla cauſa dare ſe oportere. Ergo ſi quis cùm ex ſtipulatu iudicatum ſolui conueniretur, iurauerit ſe dare nõ oportere, agenti poſtea iudicati poterit obiicere exceptionem iuriſiurandi: tractamus ſiquidem de eo, qui conueniebatur ex ſtipulatione iudicatum ſolui ob rem iudicatam, non autem ob rem non defenſam, nec ex clauſula de dolo malo, vt proinde licèt diuerſæ ſint actiones, eadem tamen quæſtio facti in vtramque quæſtionem deduci videatur, id eſt, an res ſit iudicata. DEC. Quoties in poſteriorem actionem alia quæſtio deducitur, certum eſt, iuriſiurãdi in priore actione præſtiti, exceptionem non poſſe competere *§. exceptio & § prox. ſupr.* Atqui alia quæſtio eſt, cum agitur ex iudicato, alia verò, cum agitur ex ſtipulatione iudicatum ſolui etiam ob rem iudicatam. Priore caſu de hoc tantùm quæritur, an iudicatum ſit, poſteriore verò, an commiſſa ſit ſtipulatio. Poteſt enim fieri, vt res quidem iudicata fuerit, nec tamen commiſſa dici poſſit ſtipulatio, ſiue quia non ſit interpoſita, ſiue quòd alius iudicauerit & pronunciauerit, quàm de quo fuerit cogitatum tempore interpoſitæ ſtipulationis, vt bene Accurſius explicat ex *l. 3. in princip. & l. penult. infr. iudic. ſolui.* aut etiam quia ſtipulationi aliquid deſit ex ſolemnibus, propter quod non ſatis ritè interpoſita videatur: nam quæ non fuit ritè interpoſita ſtipulatio, committi nunquam poteſt, nec rurſus agi ex ſtipulatione nõ commiſſa *l. nuda 5. C. de contr. & commit. ſtip.* Non igitur bona conſecutio eſt: Iudicatum fuit aduerſus reum: Ergo commiſſa eſt ſtipulatio iudicatum ſolui ex clauſula rei iudicatæ. Indéque intelligimus diuerſam eſſe quæſtionem, quæ in poſterius iudicium deducitur, & quidem ita diuerſam, vt non pendeat à quæſtione prioris iudicij: longè aliter quàm in priore huius §. ſpecie, vbi priùs actum fuerat ex iudicato, quàm ex ſtipulatione iudicatum ſolui, iuratúmque à reo ſe non eſſe condemnatum. Quo admiſſo illud etiam conſequens omnino erat, vt neque commiſſa eſſet ſtipulatio iudicatum ſolui, ex clauſula rei iudicatæ, at non ſimiliter conſequens eſt, vt quia non ſit commiſſa ſtipulatio, nec iudicatum ſit. Qui ergo conuentus ex ſtipulatione iudicatum ſolui, iurat ſe dare non oportere, nihil aliud iurare intelligitur, niſi quod non ſit commiſſa ſtipulatio, niſi adiiciat ideò ſe ita iurare, quòd nec fuerit condemnatus, vt Paulus ſubiicit. Hoc enim caſu idem iuris conſtituendum erit in poſteriore ſpecie, quod in priore, vt iuriſiurandi exceptio in vtraque actione opponi poſſit: quoniam eadem quæſtio inciperet in poſterius iudicium deduci quæ in prius deducta fuiſſet. Nec obſtat quod obiecimus, cùm qui iurauit, videri de toto iuraſſe. Etſi enim non probo, quod reſpondet Bartolus ita id intelligi debere, vt de toto contractu, id eſt, quòd interpoſitus non fuerit, iuraſſe videatur, non etiam de tota re, déque toto negotio, vt in *§. 1. huius legis.* cùm in ſpecie *d. §. idem Iulianus* non de contractu, ſed de furto & delicto tractaretur, dico tamẽ de toto iurare, nihil aliud eſſe, quàm iurare de tota cauſa actionis propoſitæ, vt in aliis quoque actionibus, ex eadem cauſa dependentibus, idem iuſiurãdum opponi poſſit, vt puta, ſi quis iurauerit ſe furtum non feciſſe, quemadmodum in ſpecie illius §. cùm actione furti conueniretur, neque condictione furtiua conueniri poterit, quippe quæ non aliunde quàm ex furto ipſo naſcatur, videtur enim de toto iuraſſe, id eſt, de tota cauſa propoſitæ actionis, & conſequenter etiam quod ad alias omnes actiones, quæ modò eandem cauſam habeant, non tamen ad alias, quæ diuerſam, licèt idem contingant negotium: aliud enim eſt iurare de toto negotio, aliud verò de tota propoſitæ actionis cauſa, quod ſatis eſt. Placet autem valdè, quamuis diſpliceat Bartolo, quod ex hoc §. quidam notant, fideiuſſorem iudicatum ſolui non ſtatim, & rectà conueniri poſſe, ex ſententia contra reum principalem reddita, ſed opus eſſe nouo proceſſu contra fideiuſſorem, vt pragmatici loquuntur, vt hoc ipſum ſciatur, an commiſſa ſit ſtipulatio ob rem iudicatam, id eſt, an ob hoc condemnatus ſit reus, quòd ſtipulatio commiſſa ſit, aut potiùs ob hoc commiſſa ſtipulatio, quòd fuerit condemnatus, cùm poſſit fieri, vt non ſit commiſſa ſtipulatio, quamuis reus fuerit condemnatus. Eóque iure paſſim vtimur, quicquid dicat Bartolus *ad leg. 1. Iudicat. ſolui.* aliter quàm obſeruetur in fideiuſſore iudicio ſiſti: hic enim rectà, & abſque nouo proceſſu condemnatur, vt ſcripſimus in Codice Fabriano *ſub Tit. de Fideiuſſor.*

b *Niſi ideo iuraſſet, quòd nec damnatum ſe eſſe diceres.* Ergo cùm reus iurauit, ſe dare non oportere, indiget iuſiurandum interpretatione, quanam ex cauſa ſe dare non oportere iurauerit. An igitur ad Prætorem, aut ad iudicem euocandus erit, vt iuriſiurandi ſui cauſam declaret, eiúſque declarationi ſtetur? vt in ſpecie *§. ſi ei qui ſupr.* Minimè verò. Iuranti enim credi poteſt, pro alio contra alium, vt in *d. §. ſi ei qui*, at ipſi pro ſeipſo credi graue nimis & periculoſum eſſet. Probare igitur debet aliter, quàm proprio ſuo teſtimonio, ſe iuraſſe ex ea cauſa, quæ ſibi proficiat; ne alioqui in eius poteſtate ſit iudicium eludere quod redditur in inuitum *l. inter ſtipulantem 83. §. 1. de verb. oblig.* Neque ſimilis hic eſt ei qui ambigua intentione vſus eſt, de quo in *leg. ſi quis intentione 66. ſupr. de iudic.* Qui enim iurat ſe dare non oportere, nihil ambigui pronunciat, ſed cauſam tamen ſui iuriſiurandi non ſatis clarè & apertè exponit. Eam igitur ſi alleget poſtea quandocunque probare debet, atque ita bene hìc Bartolus.

9 ¶ Item Pomponius ait, eum, qui furtum ſibi factum alicuius rei iurauit, non ſtatim etiam condictionis cauſam nanciſci.

*Ad §.9. Item Pomponius.*

RAT. DVB. Actio furti, & condictio furtiua eãdem cauſam habent, ſcilicet furtum: naſcuntur enim ambæ ex delicto, id eſt, ex furto *l. ſi ambo 10. §. quoties infr. de compenſat.* Ergo qui de furto iurauit in actione furti, credendus eſt de toto iuraſſe, id eſt, etiam ratione condictionis furtiuæ, vt ſcriptum eſt in *l. ſi duo 13. §. idem Iulianus ſupr. hoc tit.* DEC. Multum refert an reus conuentus actione furti iurauerit ſe furtum non feciſſe, cuius nomine poſtea cõdictione furtiua vrgeatur, an verò actor qui actionẽ furti propoſuit, iurauerit furtum à reo factum eſſe, mox velit ex eadem cauſa condictionem furtiuam exercere. Priore caſu eadem quæſtio in vtramque actionem deducta intelligitur, id eſt, an furtum factum ſit, quia ſi factum non ſit, tam certum eſt ceſſare condictionem furtiuam, quàm actionem furti cùm vtraque ex furto pendeat *l. ceſſat 36. de oblig. & action.* nec alius condictione furtiua teneri poſſit quã fur, & heres eius *l. ex furtiua 5. inf. de condict. furt.* At neque fur neque furis heres quiſquam intelligi poteſt, ſi furtum nullum factum ſit. Poſteriore autem caſu non eadem quæſtio in vtrumque iudicium deducitur. Nam in actione furti quæritur duntaxat ex parte illius qui conuenitur, an reus furtum fecerit, ex parte autem actoris an eius interſit ex honeſta cauſa qualibet *leg. cuius interfuit 10. infr. de furt. §. furti. Inſtit. de obligat. quæ ex delict. naſcuntur.* In condictione autem furtiua ex parte quidem rei eadem quæſtio eſt, an furtum fecerit, ſed ex parte actoris longè alia, an ſcilicet eius res ſit quæ furto ſubtracta eſt: ſoli enim domino illa condictio competit *l. 1. l. ſed nec 10. de condict. furt. l. vlt. ſupr. vſufr. quemadm. caueat.* Non eſt autem bona conſecutio, ſi actor ex eo quod ſuo iureiurãdo probabit furtum à reo factum eſſe, probatum quoq; velit, rem ſuam eſſe, cùm cauſa dominij nihil habeat cum cauſa furti commune, poſſitque fieri vt & furtum factum ſit, & tamen res furtiua non ſit actoris. Plus ergo poteſt hac parte iuſiurandum negatiuum, vt abſoluatur reus etiam à condictione furtiua per oppoſitam exceptionẽ iuriſiurandi, quàm iuſiurandum affirmatiuum actoris, quòd furtum à reo factum ſit ad acquirendam ei condictionem furtiuam, non quia plus poſſit negatio quàm adfirmatio, aut quia ſit reus fauorabilior, quàm actor: quorum prius falſum eſt, vt diximus ad *§. qua iurauit ſupr.* poſterius verò licèt verum ſit, ad rem tamen non pertinet: ſed quia ex parte rei qui conuenitur ſola furti negatio per iuſiurandum probata excludit vtramque actionem, & furti, & condictionem furtiuam, quoniam vtriuſque actionis cauſam & fundamentum tollit. At ex parte actoris ſola furti poſitio non ſufficit ad inducendam quoque condictionem furtiuam, cùm illud præterea requiratur vt actor ſit dominus. Cùm autem duę cauſę ad vnam eandémque actionẽ aliámve rem producendam requiruntur, vnam deeſſe ſufficit, vt actio aliáve res impediatur, at non æquè vnam adeſſe ſatis eſt vt actio naſcatur. Denique facilius eſt impediri aliquid, quàm induci, in cæteris quoque rebus omnibus, etiam naturalibus.

10 ¶ Item cùm ex hac parte iuſiurandum & actionem & exceptionem inducat: ſi fortè reus extra iudicium actore inferente, iurauerit, ſe dare non oportere: & actor, reo deferente, dare ſibi oportere: vel contrà, poſterior cauſa iuriſiurandi potior habebitur. nec tamen præiudicium periurio alterius fiet: quia non quæretur, an dare eum oporteat, ſed an actor iurauerit.

*Ad §. vlt. Item cùm ex hac parte.*

RAT. DVB. Si actore iuſiurandum deferente extra iudicium reus iurauerit ſe dare non oportere, ex quo iureiurando poſſet ei exceptio ſola competere, actor autem ſubinde referente reo iurauerit dari ſibi oportere, ex quo iureiurando datur actori etiam actio, non poteſt haberi ratio poſterioris iuriſiurandi ſolius, quin præiudicium fiat periurio eius qui prior iurauit. Nec enim poteſt vtrumque verum eſſe, vt reum actori dare & oporteat, & non oporteat, cùm ſint iſta merè contradictoria, falſum autem prius iuſiurandum nihil aliud ſit quàm periurium. Atqui de periurio eius qui iurauit quæri poſtea non debet *l. 1. & 2. C. hoc tit. l. vlt. infr. titul. prox.* Nec debet iudex eum audire qui vel tentare velit probationem aliquam quæ vel minimam periurij ſuſpicionem inducat *l. ſi duo 13. §. idem Iulianus in fin. ſupr. hoc tit.* Nam & cùm vna eadémque perſona aliter atque aliter iurauit, dici ſolet, & veriſſimũ eſt, ſtandum eſſe priori iuratæ, quaſi poſterior non poſſit carere periurij maxima ſuſpicione. Idémque contra eſt ſi actor deferente reo iurauerit ſibi dari oportere, & eodem actore poſtea referente reus iurauerit ſe dare non oportere. Aut igitur prioris iuriſiurandi ſolius ratio habenda eſt, ne actio vel exceptio ex edicto acquiſita ei qui prior iurauit (nam ex hac edicti parte quę eſt de iureiurando vt ſecunda Accurſij interpretatio benè explicat & quomodo loquitur Paulus noſter in *l. eum qui 30. in princip. inf.* iuſiurandum & actionem inducat, cum ab actore præſtitum eſt & exceptionem cùm à reo *leg. nam poſteaquam 9. in princip. & §. 1. ſup.*) alterius facto & iureiurando ipſi adimatur, quod ſemper iniquum eſſe creditur *l. vlt. ſupr. de pact. l. Granius 71. §. penult. infr. de fideiuſſ.* aut neutrius, quaſi vno iureiurando aliud deſtruatur, cùm vna tantùm ſit veritas nec poſſit dici, imò nec quæri vter eorum qui iurauerunt, peierauerit. DEC. Poſteriora ſemper derogant prioribus non in iis tantùm, quæ ab vnius cuiuſcunque perſonæ voluntate pendent, vt in teſtamentis omnibúſque cæteris ſpeciebus vltimarum voluntatum *l. 4. de admin. legat. l. ſi mihi & tibi 12. §. vlt. de legat.* & in conſtitutionibus Principum *l. vlt. ſup. de conſtit. Princip.* ſed in iis etiam quæ à plurium voluntate, dummodò plurium illorum omnium quorum intereſt, & quibus ex priore voluntate ius quęſitum eſt, noua voluntas interueniat vt in pactis & cõtractibus

*l. pacta*

*l.pacta nouiſſima* 12. *C.de pact.* Atqui pendet ex voluntate illorum inter quos prius iuratum eſt, maximè verò eius qui iurauit, vt à priore illo iureiurando reſiliatur, & ius quod iuranti quæſitum fuit ei adimatur; non tam alieno facto quàm ipſius proprio, cùm imputare ſibi debeat is, qui iurauit ex aduerſarij delatione, cur cùm poſſet ex ſuo iureiurando vincere *l.iuſiurandum referre & ad pecunias* 34. *§. vlt.inf.* maluerit iuſiurandum referre, & aduerſarij iuſiurandum ſuo anteponere. Neque tamen ea res faciet, vt præiudicium aliquod periurio eius fiat, qui prior iurauit, id eſt, non eo magis pro periurio habendus is erit, quia poſt præſtitum iuſiurandum poſterius quo iurauit actor ſibi dari oportere quod reus ſe dare non oportere iurauerat, nõ quæritur an reum dare oporteat, de quo quæri non poſſet, quo alteruter periurus inueniretur, maximè verò is, qui prior iurauit, ſed an actor iurauerit, vt ſubtiliter Paulus hic ſcribit, non addito etiam eo an verè iurauerit, dummodo ritè, & ex delatione iuratum ſit *leg.non erit* 5. *§. dato iureiurando l.nam poſteaquam* 9. *in princip.& §.1.l. ſed ſi poſſeſſori* 11. *§.vlt.ſupr.* Alia ratio eſt eius qui deferente iudice bis iurauit, & contraria, cuius priori depoſitioni iuratæ ſtandum eſſe diximus. Non enim eſt in ipſius voluntate poſitum, vt à priore iureiurando reſiliat, quin hoc ipſo & periurij & falſi teſtimonij crimen incurrat, quoniam hoc caſu eadem perſona eſt quæ iurat contraria, quod nunquam licet *l.eos* 27. *§.1.inſr.ad leg.Cornel.de falſ.* Bene autem Paulus hîc loquitur de iureiurando voluntario & extra iudicium præſtito, quia in iudiciali vix eſt, vt poſſit hoc contingere, cùm iudex ſtatim atque iuratum eſt, pergere debeat vel ad abſolutionem vel ad condemnationem *d. l. iuſiurandum & ad pecunias* 34. *§ vlt. inſr.* multo minus vt dubitetur an iuratum ſit, qui caſus eſt legis ſequentis, cùm iudiciale iuſiurandum præſentem habeat ſemper iudicem. Si tamen tam ſtultus ſit is qui iurauit in iudicio, vt malit iuſiurandum referre aduerſario quã vrgere ſententiam vel condemnatoriam, vel abſolutoriam idem ſeruare cogetur iudex in iudiciali quoque iureiurando, quod hîc ſcriptum eſt in voluntario. Quid enim aliud pronunciare bonus iudex poſſit, quàm quod videat vtrique litigatorum placere? *l.1.§ inde quæritur inſr.de oper.noui nunciat. leg. ſi conuenerit* 26 *de re iudic.* Sed quod addit Bartolus aliud eſſe in iureiurando neceſſario, &, vt vocant, ſuppletiuo, quod in defectum probationis datur, non poſſum admittere, non ſolum, quia iuſiurandũ tale nullum agnoſcit vera Iuriſprudentia, vt dicemus ad *l.admonendi* 31. *inſr.* ſed etiam quia ratio qua mouetur quod iuſiurandum hoc præſtetur ad probandũ, probatio autem vna tollere poſſit alterã ex *l.ſcriptura* 14. *C.de fid.inſtrum.d.l.eos qui* 27. *§.1.inſr.ad l. Cornel.de falſ.* æquè locũ habet in iureiurando volũtario & iudiciali, vt perinde probationis vim obtineat *d.l.ſed ſi poſſeſſori* 11. *§.vlt. l.cum qui* 30. *in prin. inſr. hoc tit.* Et quamuis non poſſit iudex, niſi iniuſtè ius quod litigator ſibi iureiurando ſuo quæſiit, ei adimere, vt Bartolus obiicit, nihil tamẽ vetat hoc fieri, ſi is cui tale ius acquiſitum eſt, cõſentiat, quia volẽti non fit iniuria *l.in diem* 9. *§.1. de aqua & aquæ pluu. arcen.* Ponendũ autem neceſſario eſt eum, qui prior iurauerit, cõſenſiſſe, vt aduerſarius poſteriori quoque iuraret, alioqui quæſtio de duplici iureiurando incidere nunquam poſſet.

29. TRYPHONINVS lib.6. Diſputationum.

QVòd ſi iuraui, te deferente, non iuraſſe te, dare tibi oportere. & aduerſum vtilem actionem qua hoc quæritur, an iuraueris, tibi dari oportere, opponenda eſt exceptio iuriſiurandi perimentis quæſtionem actione comprehenſam.

*Ad l. Quòd ſi iuraui* 29.

Diuerſa eſt ſpecies huius legis ab ea de qua in *§. vlt. legis præcedentis.* Ibi enim iurauerat reus dare ſe non oportere, actor verò dari ſibi oportere aut cõtrà. Hic verò tractatur de reo qui poſt iuſiurandum ab actore præſtitum dari ſibi oportere, iurauerit tamen de eo actorem non iuraſſe. Quæ quæſtio vt proximè diximus, non in aliud iuſiurandum cadit, quàm quod ſit voluntarium, cùm de iudiciali non niſi valde impudenter dubitari & quæri poſſit apud iudicem quo deferente præſtitum ſit. Ratio autem dubitandi & decidendi ad hunc locum eadem ferè eſt quæ ad *d.§. vlt. legis ſuperioris.* niſi quod difficilius videbatur, vt in ſpecie huius legis permittendum eſſet poſterius iuſiurandum ne alioqui progreſſus detur in infinitum, vt loquuntur Philoſophi, aut vt Vlpianus in *l.à diuo Pio* 15. *§. ſed ſi emptor inſr. de re iudic.* longè res abibit, ſi poſteaquam iuraſti dari tibi oportere, permittatur mihi iurare te non iuraſſe. Nam & tu poſtea iurare quoque voles me non iuraſſe quòd non iurauerìs. Sed decidendi ratio eſt, quod non aliter permittitur mihi iurare te non iuraſſe quàm ſi tu de eo mihi iuſiurandum deferas, vt Tryphoninus hîc ſcribit, ideóque non poteſt res abire in infinitum, niſi qui iurarunt conſentiant. Præter id quod credibile eſt eum qui poſterior iurabit aduerſarium non iuraſſe, ita iuraturum teſtibus adhibitis aut ipſo etiam iudice, vt dubitari poſteà de ipſius iureiurando nullomodo poſſit. Sed quemadmodum poſt rem quoque iudicatam dubitari adhuc interdum poteſt an iudicatum ſit, quæ res tranſactioni locum facit *l.eleganter* 23. *§.ſi poſt rem iudicatam inſr.de condict.indeb.* ita & poſtquàm iuratum eſt, dubitari nonnunquam probabiliter poteſt an iuratum ſit *l. nam poſteaquàm* 9. *in princip. ſupr.* nec poteſt videri iuſiurandum deferri per calumniam, cùm is qui defert prior iurare debeat de calumnia ſi hoc exigatur *l. iuſiurandum & ad pecunias* 34. *§. qui iuſiurandum inſr.* quamuis etiamſi per calumniam delatum eſſet, imputare tamen ſibi deberet qui delatum accepiſſet. Ergo aduerſus vtilem actionem tuam, quæ ex tuo iureiurando tibi competit, & in qua hoc ſolùm quæritur, an iuraueris dari tibi oportere, & aliud præterea nihil *l.non erit* 5. *§. dato iureiurando ſup.* poteſt ego poſterioris mei iuriſiurandi exceptionem opponere, quo perempta eſt tota quæſtio, quæ actione tua comprehendebatur, cùm iurauerim te non iuraſſe. Et ita benè Accurſius quoque explicat.

30. PAVLVS libro 18. ad Edictum.

EVm, qui iurauit, ex ea actione, quæ inficiando creſcit[a], aliquid ſibi deberi: ſimpli, non dupli perſecutionem ſibi adquirere, Pedius ait. abundè enim ſufficere, exonerare petitorem probandi neceſſitate[b], cùm, omiſſa hac parte edicti, dupli actio integra maneat. & poteſt dici, hoc iudicio non principalem cauſam exerceri, ſed iuſiurandum actoris conſeruari.

*Ad l. Eum qui 30.*

RAT. DVB. Nouatio quæ fit per iuſiurandum non tollit ipſo iure actionem, quæ anteà competebat, ſiue actor iurauerit, ſiue reus, ſi interpretibus noſtris credimus *ad leg. qui iuraſſe 26. §. vlt. ſupr.* Et quamuis actio quæ ex iureiurando datur, tolleret priorem, eſſet tamen ſubrogata in locum prioris, ac proinde naturam eandem induere deberet *l. ſi quis cum 10. §. qui iniuriarum ſupr. ſi quis caution.* Ergo ſiue hanc legem intelligas de actione, quæ ex iureiurando actoris naſcitur, non danda in duplum, quæ ſecunda Accurſij & Bartoli interpretatio eſt, ſiue, quæ prima, de actione legis Aquiliæ, quæ contra negantem datur in duplum *l. 4. C. de leg. Aquil. l. inde Neratius 23. § hac actio ſupr. eod. ill. tit.* aut depoſiti ex cauſa tumultus, vel incendij, vel naufragij, vel ruinæ facti *l. 1. l. de eo 18. infr. depoſ.* aut legati venerabili alicui loco relicti *§. item mixta Inſtit. de action.* in quibus actionibus actor ſuam intentionem ex aduerſarij delatione iureiurando ſuo probauerit, non eo minùs in duplum condemnandus eſt reus ex natura propoſitæ actionis quæ eadem manet, & ex qua tandem ſequi condemnationem neceſſe eſt: cùm non debeat melior eſſe condicio inficiantis, ob id ſolùm quod actorem ad præſtandum, vel referendum iuſiurandum adegerit, quandoquidem illius etiam qui verè & ſanctè iurauit, modeſtia eo modo aliqualiter oneratur *l. illud 25. §. 1. infr. de pecun. conſtit. l. quæ ſub conditione 8. infr. de condic. inſtit.* Alioqui iuſiurandum actoris, quod ei prodeſſe deberet, nocebit potiùs, ſi adimat ipſi dupli perſecutionem, contra *l. quod fauore 6. C. de legib. l. nulla 25. ſupr. eod. ill. tit. l. legata inutiliter 19. de adim. legat.* DEC. Imputare ſibi debet is, qui in ipſa litis conteſtatione apud Prætorem negante aduerſario, & iuſiurandum deferente, maluit iurare ſibi deberi ex ea cauſa ac ſuo iureiurando potius quàm teſtibus aut aliis probationibus intentionem ſuam comprobare, eóque facto ex hac parte edicti actionem ex ſuo illo iureiurando à Prætore poſtulare potiùs quàm actionem priſtinam ſibi competentem legis Aquiliæ, aut aliam ſimilem aliquam ex ſupradictis exercere, quæ per inficiationem in duplum creſcere potuiſſet. Nam ſiue per teſtes aut aliter intentionem ſuam probare potuit, parum prudẽter fecit, qui hanc partem edicti & actionem in factum vtilem, quam Prætor ex iureiurando actoris dare ſolet, eligere maluit pro actione dupli, quæ poſt iuſiurandum quoque præſtitum manebat integra, ſi à probatione ſibi per iuſiurandum ſuum quæſita recedere voluiſſet, ſiue probationẽ aliam nullam habuit, ſufficere illi abundè debet quod iurando ſe exonerauerit neceſſitate probandi, atque ita victoriam litis ſibi comparauerit, quem alioquin ſuccumbere fuiſſet neceſſe, & pro duplo, quod ſperabat, etiam ſimplum amittere. Neque verò Prætor cùm dat actionem ex iureiurando apud ſe præſtito, id agit vt principalis cauſa ſuper qua iuratum eſt, exerceatur; ſed tantùm vt iurantis iuſiurandum ſuum conſeruetur, id eſt, vt non de alio amplius quærendum ſit, quàm vtrum fuerit iuratum, non autem an damnum iniuria datum, propter quod legis Aquiliæ actio competere poſſit, & per inficiationem creſcere. Nemo autem dixerit actionem quam Prætor dat ex iureiurando actoris, ex earum numero eſſe quæ per inficiationem creſcunt, nec ſi per calumniam negetur iuratum eſſe: quanto minus ob id ſolùm quòd negatum ſit damnum iniuria datum fuiſſe? Benè igitur Paulus hîc ex Pedio ſcribit, Eum qui iurauit ex ea actione, id eſt ex cauſa illius actionis quæ inficiando creſcit, aliquid ſibi deberi, non dupli ſed ſimpli tantùm perſecutionem ſibi acquirere, ſed ita tamen vt non amittat dupli perſecutionem ſi omiſſa hac parte edicti quæ dat actionem honorariam, malit priſtinam eámque ciuilem exercere, quaſi non peremptam ea nouatione quæ fit per iuſiurandum. Ita putant interpretes, & omittere hanc partem edicti eum quoque, qui iurauit apud Prætorem, ſi iuriſiurandi ſui vtilitatem deſerat; nulla ex eo vel actione petita, vel exceptione. Quo caſu nec illa ex iureiurando vtilitas manere penes eum debet, vt quod iuratum eſt, haberi debeat pro probato: nam neque hoc fieri poteſt *niſi* tuitione prætoria; Prætor autem non aliter tueri & conſeruare iuſiurãdum poteſt, quàm ſi ex eo vel actionem det vel exceptionem *l. duobus 28. §. vltim. ſimil. l. nam poſteaquam 9. §. 1. ſupr.* Mihi tamen aliud iudicium eſt, quod hîc Paulus ſcribit de actore omittente hanc partem edicti de eo ſolo intelligi debere qui iurare recuſauit, non de eo qui iurauit, vt poſteà probabimus. Quid ergo ſi actor nullo ſibi apud Prætorem in ipſa conteſtatione delato iureiurando (nec enim iurare, & ita exonerare ſe poteſt niſi condicio deferatur, vt & in ſpecie *l. cùm hereditate 55. de acquirend. hered.*) impetrauerit formulam & actionem legis Aquiliæ, in eáque iurauerit deferente aduerſario centum ſibi deberi ex cauſa damni iniuria dati, an ideò perſecutionem dupli amittet, quàm agendo non ex iureiurando, ſed ex lege Aquilia ſibi quæſierat? Non enim dici poteſt hoc caſu, quod lex ait, omiſſa hac parte edicti manere actionem dupli integram, cùm poſt eam iam propoſitam, atque ita conſumptam, (ideo enim dicitur alienare, qui rem in iudicium deducit, quoniam actionem conſumit, & amittit *§. in popularibus infr. l. ait Prætor 7. §. quid ſit autem infr. de iur. delib,* & vt alibi ſcripſimus, actiones quoque ſunt ex earum rerum numero, quæ vſu conſumuntur) hanc partem edicti amplexus ſit is, qui iurauit, & iuſiurandum ſuum pro plena probatione haberi voluit. Dubitationem facit; quoniam hoc caſu actor qui iam de actione legis Aquiliæ impetrauit formulam, neque actione ex iureiurando, neque alia vlla indiget, vt extorqueat condemnationem etiam in duplum, quippe quæ ſequi poteſt ex ea ipſa formula tanquam poſt conteſtationem & inficiationem apud Prætorem fa-

tem factam impetrata, & iuſſo pedaneo iudice qui à præſcripta ſibi formula recedere ne latum quidem vnguem poteſt, condemnare debitorem in duplum. Sed cùm ea formula condicionem ſuam habeat *ſi paret damnum iniuria datum eſſe actori* ſicut & cæteræ formulæ omnes condicionem illam habent *ſi actor plenè ſuam intentionem probauerit*, dici poteſt Prætorem de ea probatione ſenſiſſe, quæ oneratura eſſet actorem, eúmque probandi neceſſitate adſtringeret, non de illa quam proprio ſuo iureiurando induceret, vt ab alia quæ alioqui neceſſaria fuiſſet, ſe exoneraret. Ideóque quaſi deficiente formulæ condicione non poſſe iudicem ad dupli condénationem peruenire, ſed ad ſimpli duntaxat, nec tamen in eam rem indigere noua formula, cùm in duplo ſimplum contineatur, & ſatis appareat de intentione actoris, etiam cùm iurauit aduerſario deferente, quia probatio hæc licèt priuilegiaria ſit, & talis de qua Prætor non cogitauerit, cùm formulam in duplum daret, probatio tamen eſt, & quidem certiſſima, ſed ita, ſi hoc quoque caſu hæc pars edicti imploretur, quæ ſola facit, vt quod aduerſario deferente iuratum eſt, haberi debeat pro probato. Hoc verò cùm accidit, non iam de priſtina actione quærendum eſt quæ dabatur in duplum, & quam hoc ipſo quod in formulã deducta eſt, cõſumptam eſſe diximus, nec rurſus de formula, cuius cõdicio, ſi Prætoris mẽtem inſpicias, defecit potius quàm extitit, ſed tantùm de cõſeruando iureiurando ex hoc ipſo edicto Prætoris, quãuis nõ apud ipſum Prætorem, ſed apud iudicem pedaneum iuratũ ſit, quod tamen non aliter fieri poteſt quàm ſi idem iudex, ex cuius authoritate iuratum eſt, tanquam cui cõmiſſa ſint omnia, quæ ad cauſam pertinent (nam ſtatim atque iudex factus eſt omnium rerum officium ei incumbit quæcunque in iudicio verſantur *l. Aediles 25. § item ſciendum infr. de ædilit. edict.*) non ſolùm habeat id quod benè iuratũ eſt pro benè probato, ſed etiam ex ea probatione cõdemnet reum, atco penitus modo quo condemnaret, ſi actionem & formulam Prætor ex iureiurando apud ſe præſtito dediſſet: quid enim refert, an apud Prætorem iuratum ſit, an apud iudicem? aut an reus actori iuſiurandum detulerit in ipſa conteſtatione coram Prætore in iure, an in iudicio coram iudice? Niſi fortè imputare volumus actori, cur reus litem conteſtatus & inficiatus apud Prætorem, iam tum non detulerit iuſiurandum, ſed formulam & iudicem expectauerit? quod eſſet abſurdum. Ergo ad ſimplum duntaxat hoc quoque caſu fieri condemnatio debebit, non ad duplum: nam & hîc ratio illa Pauli locum habet, quòd abundè ſufficiat exonerare petitorem probandi neceſſitate, nec debeat melior eius condicio fieri ob id, quòd in iudicio nõ in iure iurauerit. Neque ad rem pertinet, quòd ex iureiurando nulla hoc caſu naſcatur actio. Id enim euenit occaſione magis quàm iure vt loquitur *l. 2. infr. de rivis*, id eſt, quia nec neceſſe eſt, ſufficitq; tale iuſiurandum eſſe ad obligandum iudicem, vt ipſum tueatur, quod aptũ ſit parere actionẽ, id eſt, ex quo dari poſſet actio, ſi non iam in actione legis Aquiliæ data eſſet formula ex qua poſſit iudex proſilire ad condemnationem, quamuis non dupli ex verbis formulæ, ſed ſimpli ex mente Prætoris. Et licèt ſecunda illa ratio Pauli *cùm omiſſa hac parte edicti dupli actio integra maneat*, locum habere hoc caſu non poſſit, vt diximus, ſufficit tamen primam locum habere, itémque tertiam (tres enim adfert rationes, vt Accurſius noſter benè obſeruauit) quæ poſtremis illis verbis continetur: *& poteſt dici hoc iudicio nõ principalem cauſam exerceri, ſed iuſiurandum actoris conſeruari.* Quamquam poſtrema hæc ratio apertiùs oſtendit meo iudicio, non tam hunc caſum tractari à Paulo, in quo iuratum ſit apud iudicem datum poſt impetratam legis Aquiliæ actionem & formulam, quam illum alium de quo priùs diximus, quo iuratum ſit apud Prætorem in iure ante impetratam petitámve legis Aquiliæ actionem, & petitã è contrario actione, quam Prætor hoc edicto pollicetur ex iureiurando, quæ vt dixi, non niſi ad ſimplum datur, numquam verò ad duplum, ne quidem cùm in actionis locum ſubſtituitur, quæ poſſet per inficiationem creſcere, quia quod dici ſolet actionem ſubrogatam in locum alterius, ſapere & induere naturam eius, in cuius locum ſubrogata eſt ex *l. ſi quis cum 10. § qui iniuriarum ſup. ſi quis caution.* ad hunc caſum accommodari non poteſt, non ob id tantùm quòd actiones quæ per inficiationem creſcunt, non dantur in duplum ex ſui natura primordiali, vt loquuntur interpretes, ſed ex cauſa ſuperuenienti & per accidens propter inficiationem, ſed etiam quia actio ex iureiurando quæ ſubſtituitur à Prætore in locum alterius, ſingularis eſt, & priuilegiaria, in eo quod probationẽ intentionis actoris ſumit ex proprio ipſius iureiurando, ideóque non debet alio etiam priuilegio adiuuari, vt propter inficiationem rei obtinere debeat dupli condemnationem, non quia duo ſingularia circa eandem ſpeciem concurrere non poſſint, vt vulgari noſtrorum iactatur brocardico ex *l. 1. C. de dot. promiſſ.* nec rurſus vt qui in vno releuatur, in alio grauetur, vel contra quod noſtri vulgo ex hac lege inferunt (non enim grauatur qui duplum non conſequitur, cùm lucri occaſionem amittat potiùs quàm damnũ incurrat, nec ille rurſus qui aduerſario deferente iurando, ſe teſtẽ facit in cauſa propria,) ſed quia beneficium Prætoris facientis vt quod iuratum eſt pro probato habeatur, non debet eſſe ei captioſum, qui iuſiurandum detulit, vt in plus quàm in ſimplum condemnetur *arg. l. Paulus notat 8. infr. de prætor. ſtipulat.* Cùmque is qui iuſiurandum defert, videatur hoc ipſo fateri intentionem aduerſarij, in eum ſcilicet caſum quo iurabit, *d. l. qui iuraſſe 26. § vlt. ſupr.* an non abſurdum eſſet quaſi inficiantem in duplum condemnari eum, qui propter delationem à ſe factam ſecuto poſtea iureiurando habendus ſit potius pro cõfeſſo? Atque hanc eſſe puto legis huius ſententiam, quæ hodie facilior longè eſt, & expeditior ſecundũ ius quo vtimur, vt iudicia omnia non per iudices pedaneos exerceantur, vt olim, ſed per ipſos Magiſtratus, quorum erat dare iudicem & formulã poſt litem apud ſe conteſtatam, quique hodie de facto ipſi cognoſcere ac pronunciare iubentur poſt *leg. 2. C. de pedan. iudic. l. 1. & 2. C. de formul. & impetr. act. ſublat.* Vnde fit vt idem hodie ſit locus iuris & iudicij, idem ius dicens & iudex, idem apud quem iuratur, & qui actionem ex iureiurando vel exceptionẽ dare poſſit ſiue ante ſiue poſt litem conteſtatam, aut in ipſa etiam conteſtatione iuſiurandum delatum proponatur, vt proinde nihil impediat, quominus etiam poſt inſtitutam actionem legis Aquiliæ & poſt litem conteſtatam delato præſtitóque iureiurando id ipſum pronuncietur, quod pronunciaretur, ſi ex iureiurando voluntario & cõuentionali a-

Digitized by Google

geretur, quod extra iudicium & delatum eſſet & præſtitum. Ergo ſi ei qui lege Aquilia acturus eſt, iuſiurandum deferatur à reo inficiante apud Prætorem, iſque alias habeat delicti probationes, quibus confidat, multò prudentius faciet ſi iuſiurandum recuſet, id eſt, nec iurare velit, nec referre, vt poſſit lis per inficiationem creſcere. Iuſta enim iuriſiurandi recuſandi cauſa iſta eſt, ſi futurum ſit, vt is cui condicio defertur, tantò minorem condemnationem ex ſuo iureiurando ſit reportaturus, quod hîc contingeret, quemadmodum rei debitor, inquit Bartolus ſi eam ſoluat cum diminutione alicuius qualitatis, non liberatur, *leg. etiam* 27. *de ſolut.* Idque Bartolus etiam benè vidit, nec poſſe hîc obiici quod ſcriptum eſt in *leg. manifeſta* 38. *infr. hoc titul.* Nam nec audiendus eſſet reus, ſi ad euitandam grauiorem condemnationem fortaſſis etiam expenſarum litis, vellet confiteri actoris intentionem, quam actor iam per teſtes, aut aliter pleniſſimè probaſſet, vt hîc quoque Bartolus tractat. Sed cùm deferente reo actor iurauit, atque ita intentionem ſuam probauit, difficilius eſt vt ei permittatur ab ea probatione reſilire, & teſtes, aliáſve probationes conquirere, per quas fiat, vt ad duplum condemnari poſſit reus, cui iam quæſitum ius quodammodo videbatur, ne amplius condemnari niſi ad ſimplum poſſet, quaſi iurando ab aliis omnibus probationibus excludi actor voluerit, & contentus eſſe ſimplo, cùm ſciuerit aut ſcire debuerit non alia condicione iurare ſe poſſe, vt in ſpecie *leg. ſi duo* 38. *de acquirend. heredit.* maximè verò ſi apud Prætorem in iure aut apud iudicem in iudicio fuerit iuratum, non autem extra iudicium, cùm in iudicio quaſi contrahatur *leg.* 3. §. *idem ſcribit infr. de pecul.* Et tamen Accurſij noſtri, vt videtur, itémque Bartoli & interpretum noſtrorum ſententia eſt, nihil hac parte referre, an poſt iuſiurandum præſtitum velit actor alias probationes conquirere, an verò ante, propterea quòd iuſiurandum, inquiunt, non tollat primam actionem, licèt nouationis vim obtineat *dict. leg. qui iuraſſe* 26. §. *vltim.* vbi diximus ſuprà. Sed vereor ne non ſit hæc ratio ſatis bona, non enim quærimus, an etiam poſt præſtitum iuſiurandum ſuperſit actio legis Aquiliæ, de quo non dubitant, ſiue ante propoſitam illam actionem præſtitum ſit ſiue poſtea. Sed quomodo poſſit dupli perſecutio ſupereſſe ei, qui iurando videtur ſimplo contentus fuiſſe, atque ita dupli vnquam obtinendi ſpem ſibi præcidiſſe? Nam ſi quis reſpondeat poſſe quemlibet priuilegio ſuo renunciare, & iuri pro ſe introducto *leg. penultim. Cod. de pact.* *leg. ſi index circumuento* 41. *ſupr. de minor.* replicabo, nemini tamen licere conſilium mutare in alterius iniuriam *leg. nemo poteſt mutare* 75. *de regulis iur.* id eſt in præiudicium iuris, quod alteri iam quæſitum ſit: dubitari autem non poteſt, quin reo, qui detulit iuſiurandum actori, ius acquiſitum ſit non ex ſola quidem illa delatione, ſed ex iureiurando poſtea præſtito ne poſtea in duplum conueniri poſſit. Et quod hîc Paulus ſubiicit, omiſſa hac parte edicti actionem dupli integram manere, facilè hanc interpretationem recipere poteſt, vt ita demùm omiſſa dici poſſit hæc pars edicti, ſi actor delatum ſibi iuſiurandum recuſauerit, non etiam ſi ſuſceperit. Cur enim iurat, niſi vt ex iureiurando, & probationem, & actionem ſibi acquirat ex hac parte edicti? Neque verò ſic prudentes noſtri loquuntur, vt dicant ſolam actionem ex iureiurando nouationis vim obtinere, ſed iuſiurandum ipſum, vt intelligamus ſolum iuſiurandum ſufficere, etiam nulla ex eo propoſita actione, vt prior actio, quæ fuerat, perimatur *dict. leg. qui iuraſſe* 26. §. *vltim. ſupr.* Iuſiurandum, inquam, non rei, ſed actoris. Nam rei iureiurando certum eſt non tolli actionem ipſo iure, ſed tantùm per exceptionem *dict. leg. nam poſteaquam* 9. §. 1. *& dict. leg. in duobus* 28. §. 1. *ſupr.* At per iuſiurandum actoris ſine dubio nouatur & tollitur, quia hoc maluiſſe actor videtur, licèt cum aliquo ſuo damno & incommodo, quàm alterius dubiæ probationis aleam ſubire, ex qua periculum amittendæ litis incurrere potuiſſet. In eóque videtur mihi erraſſe Bartolus poſt Accurſium, & quotquot illos ſequuntur, cùm defendunt ex parte actoris iurantis nullam fieri nouationem priſtinæ actionis, decepti ex vno hoc loco vbi Paulus ſcribit, omiſſa hac parte edicti actionem dupli manere integram, quaſi id obtineat etiam poſt præſtitum iuſiurandum: quod certè non ita eſt, cùm is qui iurauit referente aduerſario non poſſit dici hanc edicti partem omiſiſſe. Et verò quemadmodum is qui iuſiurandum detulit, reuocare delationem poſtea non poteſt, ne quidem ex cauſa vbi ſemel præſtitum eſt *leg. ſi quis iuſiurandum* 11. in illis verbis *necdum eo præſtito. Codic. hoc titul.* ita nec ei qui iam iurauit, permitti vllo caſu poteſt, vt ab eo iureiurando reſiliat inuito aduerſario, cui aliquid iuris ex eo quæſitum fuerit, præſertim cùm abſurdum ſit & ſuperuacuum, ideóque nec ferendum, vt actor alias conquirat & adferat probationes, poſteaquàm iureiurando proprio ſuam intentionem pleniſſimè probauerit. Quid enim hoc aliud eſſet, quàm actum agere, & certam probationem quæſitis congeſtiſque aliis minùs certis probationibus hoc ipſo dubiam & ſuſpectam facere? Nec video, qua ratione hoc permittere bonus iudex poſſit, etiam ab actore ipſo requiſitus, cùm poſt iuſiurandum præſtitum de alio quærendum non ſit, quàm de hoc ſolo, an iuratum fuerit, vt toties diximus ex *leg.* 5. §. *dato iureiurando ſupr.* Aliis autem probationibus non poſſit aperiri via, quin hoc ipſo incertum fiat, quod iam pleniſſimè probatum ex integro probandum ſuſcipitur. Malè igitur Accurſius & Bartolus hanc legem protrahunt ad illum quoque caſum, quo actor poſt præſtitum à ſe iuſiurandum velit priſtinam legis Aquiliæ actionem repetere, ſuámque intentionem adhuc per teſtes probare, vt duplum conſequatur, nec minùs falſum proinde eſt, quod ex eodem errore infert Bartolus, ſi iudex poſt primam negationem admiſerit confeſſionem rei, poſſe actorem adhuc probare maleficium per teſtes, vt eripiat reo beneficium quod ex ſtatuto alioquin ob ſuam confeſſionem eſſet habiturus, cùm neque in poteſtate actoris eſſe debeat eripere reo commodum ſuæ confeſſionis & beneficium, quod habeat non ab actore, ſed à ſtatuto *leg. vlt. ſupr. de pact. leg. Granius* 71. §. *penult. de fideiuſſor. vulg. leg. id quod noſtrum* 11. *leg. non debet* 74. *de regul. iur. leg.* 3. *de interd. & releg.* nec prohibendus ſit reus bonam fidem agnoſcere, ac probè tandem confiteri, quod anteà improbè negauerat, ne durior fiat condicio actoris

&rei

& rei ſi nullus pœnitentiæ locus relinquatur, dummodò nulla ex rei pœnitentia captio ſit actoris, *l. de ætate 11. § vltim. ſupr. de interrog. in iur. fac.* id eſt dummodò res ſit integra. Nam ſi poſt iam allatas ab actore intentionis ſuæ probationes, ob improbam rei negationem vellet reus confiteri, non eſſet audiendus ad beneficium ſtatuti implorandum, nec ſi expenſas omnes litis in eum vſque diem refundere paratus eſſet, nempe quia nullum beneficium mereri poteſt confeſſio, quam probationum contrarium vis potiùs quàm bona fides ab improbo litigatore inuito extorſerit: quod & Bartolus admittit: quanquam nec facilè patior impunitam manere negationem rei improbam, & calumnioſam, ſed aliter puniri eam & coerceri vellem, quàm vt locus pœnitentiæ & confeſſioni denegaretur, mulcta ſcilicet aliqua pecuniaria eo nomine irroganda, ac prætere a expenſarum omnium à die ſaltem negationis in diem vſque confeſſionis factarum, refuſione. Eóque iure paſſim vtimur. Illud æquè non probo, quod addit Bartolus, legem hanc in iureiurando quoque neceſſario, vt vocat, & ſuppletiuo locum habere, vt ſi actor intentionem ſuam à reo negatam non niſi ſemiplenè probauerit, ex eáque cauſa petierit admitti ſe ad iuſiurandum ſuppletiuum, & admiſſus fuerit in actione legis Aquiliæ, aut alia quæ per inficiationem poſſit creſcere, non tamen duplum conſequi debeat, ſed ſimplum, quaſi huic quoque poſſit imputari, cur hanc edicti partem agnouerit, quæ eſt, inquit, de iureiurando non minùs neceſſario, quàm voluntario & iudiciali: in quo fallitur, nullum enim tale iuſiurandum ſuppletiuum agnoſcit Iuriſprudentia, vt diximus iam ſæpius, & tractabimus latius ad *l. ſequ.* longéque aliud eſt iuſiurandum neceſſarium, de quo in Rubrica huius Tituli, vt diximus ad *l. 1. ſupr.* Et præterea non alia eſt ratio huius legis, quam quòd imputare ſibi debeat actor, qui ſuam intentionem iureiurando ſuo probare maluit, quàm per teſtes. Quod tamen non ſimiliter poſſis dicere de eo qui fecit quod potuit, vt intentionem ſuam per teſtes probaret, nec tamen probare potuit niſi ſemipleoè. An ergo tunc admittemus ad dupli perſecutionem? Multò minùs. Imò ne quidem ſimplum conſequi debebit, cùm paria ſint actorem nihil probaſſe, & minùs plenè probaſſe *l. 4. Cod. de edend. l. vltim. C. de rei vindic.* Planè admiſſa interpretum de iureiurando illo ſuppletiuo ſententia, faciliùs deſcendam in Bartoli opinionem, vt actor hic, qui in probationis ſuæ ſupplementum iurauit, ſimplum ſolum conſequi debeat, non duplum. Quidni enim ſit ſimplo contentus, qui ſuo iureiurando non ex aduerſarij delatione, ſed eo inuito litis victoriam ſibi peperit quam amittere omnino ex iuris ratione debuiſſet?

a *Ex ea actione quæ inficiando creſcit.* Inficiationem intellige non ſolùm per quam negetur factum, ſed etiam ſi negetur qualitas facti, quæ ſubſtantiam eius alteret, vt loquitur Bartolus, quòd fieri non poſſit, vt eiuſmodi qualitas negetur quin facti ipſius negatio fiat. Et paris malitiæ & calumniæ eſt qualitatem ſubſtantialem facti, & factum ipſum negare, ſi modò talis qualitas ſit, inquit Bartolus, quam reus probabiliter ſcire debeat, cùm alioqui nulla eius culpa, nullúmque mendacium videri poſſit. Lex enim Aquilia, & quotquot poſt eam leges induxerunt actiones iſtas quæ per inficiationem creſcunt, non tam id egerunt vt inficiationem punirent, quàm vt inficiantis mendacium, & calumniam. Ideoque nec creſcit actio per inficiationem, ſi delictum nullum præceſſerit, quia nec calumnioſa eo caſu videri poteſt inficiatio, ſicuti neque contra eum qui crimen ingenuè confeſſus, negaret tamen propoſitam ab actore damni æſtimationem, quia damni æſtimatio cum facti delictique veritate nihil commune habet. Et ita hæc omnia bene Bartolus ex *l. 2. inde Neratius 23 §. hac actio. & §. vltim. cum l. ſeq. & l. proinde 25. §. vlt. & l. ſeq. ſupr. ad leg. Aquil. l. contra negantem 4. C. eod.* Sicut & quod monet, nihil intereſſe quod ad huius legis ſpeciem pertinet, an ex delatione iuratum ſit, an ex relatione *dict. l. 2. illud 25. §. 1. infr. de pecun. conſtit.*

b *Abundè enim ſufficere exonerari petitorem probandi neceſſitate.* Hæc eadem ratio facit, vt valde probem quod Senatus noſter ſequi ſolet, ne is qui ex aduerſarij iureiurando vincitur, ad expenſas litis condemnetur. Nam ei abundè ſufficere debet quod ex delatione aduerſarij iurando ſe exonerauerit probandi neceſſitate, atque eo modo teſtis in propria cauſa conſtitutus, victoriam litis ſibi parauerit in qua ſuccumbere aliàs debuiſſet. Sed hoc ita, ſi actor ad fundandam ſuam intentionem iurauerit, non etiam ſi ſuper aliqua exceptione à reo propoſita, ne alioqui in rei poteſtate ſit falſa aliqua & calumnioſa exceptione oppoſita, delatoque per calumniam iureiurando immunitatem à condemnatione expenſarum litis ſibi acquirere. De quo in Codice noſtro ſcripſimus *Defin. 1. hoc tit.*

1 ¶ Si iurauero te, Stichum mihi dare oportere, qui non ſit in rerum natura: nec æſtimationem mihi præſtare reus debet, niſi ex cauſa furtiua, vel propter moras, [a] tunc enim etiam poſt mortem ſerui æſtimatio præſtatur.

*Ad §. 1. Si iurauero.*

Ratio dubit. Poſtquam actor iurauit, non de alio quærendum eſt, quàm vtrum iurauerit *l. in duobus 28. §. vltim. in fin. l. ſi duo 13. § idem Iulianus in fin. ſupr. hoc titul.* Non igitur diſtinguendum aut inquirendum eſt, poſtquam iurauit te mihi Stichum dare oportere, an in rerum natura fuerit tempore iuriſiurandi præſtiti an non fuerit, & ſi deceſſit, an poſt moram, an verò ante deceſſerit: cùm nihil vetet etiam peremptı hominis æſtimationem iniri & præſtari delato ſaltem per iudicem iureiurando *l. in actionibus 5. verſ. planè infr. tit. proxim.* adeoque citra iuſiurandum ſi actor petat æſtimationem, quæ fuit vitæ & mortis tempore in arbitrio ſumptio, vt in *l. 3. infr. de condict. tritic. l. 2. ſupr. ad legem Aquil. l. 2. §. quaſitum inf. de priuat. delict.* Nam & cùm quis in iure confeſſus eſt ſe Stichum debere, dicimus poſſe illum ex

ſua confeſſione condemnati, ſiue iam cùm mortuus erat Stichus ſiue poſtea deceſſerit *l. qui Stichum 5. infr. de confeß.* Atqui pro confeſſo habendus eſt qui iuſiurandum detulit ſi ex ea delatione poſtea iuratum ſit, vt ad initium huius legis proximè diximus. Ergo & cùm iuraui te Stichum mihi debere, qui iam deceſſerat, omnimodò tamen condemnandus es, non quidem vt præſtes Stichum qui iam mortuus nullus eſt, ſed ipſius ſaltem æſtimationem quæ fuerit mortis tempore, vt in *dict. l. 3. de condict. tritic.*

Dec. Omne iuſiurandum, vt & alia quælibet diſpoſitio ſiue hominis ſiue legis, præſupponit ſemper terminos habiles vt nulla ſit repugnantia ex parte rei *l. tutor pupilli 35. §. 1. infr. l. 1. §. vlt ad Senatuſconſultum Tertyll.* Atqui non ſunt termini habiles ſi Stichus, quem iuraui meum eſſe iam tum defunctus fuit, non enim deberi poteſt iam homo mortuus, cùm nec ſit in rerum natura, nec eſſe amplius poſſit, adeò vt ſi homo mortuus ſiſti promiſſus ſit ſub pœna certæ quantitatis, nec homo nec ipſius æſtimatio adeóque nec pœna committatur *l. ſi homo mortuum 69. infr. de verborum obligationibus.* Impoſſibilium enim nulla prorſus obligatio eſt, nec eſſe poteſt *l. impoßibilium 185. de reg. iur.* Sicut igitur homo mortuus nec in obligationem, nec in pactionem, nec in iudicium deduci poteſt, ita neque in iuſiurandum, ſiue pro ſtipulatione, ſiue pro pacto conuento, ſiue denique pro iudicio iuſiurandum accipere quis velit, *d. l. tutor pupilli §. 1.* eo quòd dicimus confeſſionem in iure factam non aliter valere & ratam eſſe poſſe, quàm ſi ius & naturam recipiat *l. confeßionibus 13. & l. ſeq. §. vltim. ſupr. de interrog. in iur. fac.* idem de iureiurando perinde dici multò magis debet, quod pro veritate haberi non poteſt niſi de ea re interponatur, quæ vera ſi non ſit, ſaltem eſſe poſſit, non poteſt autem verum eſſe vt te oporteat mihi dare Stichum qui iam ſit mortuus, niſi vel furtiuus fuerit, qui per condictionem furtiuam etiam mortuus peti poſſit, *l. ſi pro fure 7. §. vltim. infr. de condict. furt.* aut poſt debitoris moram deceſſerit, vt Paulus hîc ſubiicit, quoniam his caſibus nec mortuus eſſe creditur, ſed perinde peti poteſt acſi adhuc viueret *l. ſi ſeruum 91. §. ſequitur, & §. vltim. infr. de verborum obligationib.* adeò vt præſens ipſius æſtimatio debeatur, quæ porrò niſi per actoris iuſiurandum fieri nulla poteſt *dict. §. planè l. 5. infr. tit. proxim.* Planè ſi poſt litem conteſtatam deceſſerit, cùm per condictionem certi petitus eſſet, rectè citra iuſiurandum æſtimabitur, quia non præſens æſtimatio hoc caſu debetur, ſed ea quæ fuit præcisè tempore litis conteſtatæ *l. vinum 22. l. cùm fundus 31. ſupr tit. prox. l. vltim. infr. de condict. tritic. l. 3. §. in hac commod. l. hominem 37. infr. mandat.* Si verò petitus fuerat per triticariam, & deceſſerit ante condemnationem, æſtimabitur etiam citra iuſiurandum quanti fuit mortis tempore *dict. l. 3. de condict. tritic.* Sed extra hos caſus neque mortuus homo deberi poteſt neque ipſius æſtimatio, nec magis ex iureiurando, quàm ex alia qualibet cauſa, ideoque placet quod Accurſius noſter notat id, quod ſcriptum eſt in *dict. l. qui Stichum 5. infr. de confeß.* Eum qui in iure confeſſus eſt ſe Stichum debere, qui iam tum deceſſerat, condemnandum omnimodo eſſe, reſtringi oportere ad eum caſum quo Stichus poſt moram deceſſerit, nec ideo commentitia & improbabilis videri debet hæc interpretatio, quod in ea lege nihil de mora priùs contracta dicatur, non enim poteſt fieri confeſſio in iure, & apud Prætorem quin vocatus fuerit in ius reus tanquam Stichi debitor, nec vocatio fieri citra editionem actionis, & interpellationem quæ debitorem in mora conſtituerit *l. 1. ſup. de edend. l. 1. & paß. de in ius vocand. §. omnium. Iuſtit. de pœn. temer. litig.* hoc enim eſt quod Papinianus dicebat in *l. 3. in princip. de vſur.* vix eſſe vt ſine mora perueniri poſſit ad iudicem: etſi non ignoro placere Bartolo aliiſque interpretibus, eum qui in iure confeſſus eſt Stichum debere perinde obligari ex ſua confeſſione vt condemnari debeat, rametſi iam tum Stichus deceſſerit ante moram, ſi modò deceſſiſſe illum non ignorabat, ſed parum probabiliter meo iudicio, cùm ea confeſſio ex illarum numero ſit, quæ nec ius nec naturam recipiunt, de quibus in *d. l. confeßionibus cum l. ſeq. in §. vltim.* Niſi fortè quis velit eam defendere iure tacitæ cuiuſdam donationis ex regula *l. cuius per errorem 53. de reg. iur.* Verùm neque hoc probabile eſt, cùm non magis in donationem deduci poſſit res perempta quàm in ſtipulationem aut in iudicium. Nam nec donatio fieri olim aliter poterat quàm per ſtipulationem vel traditionem: nec tractamus de debitore qui confeſſus ſit ſe Stichi iam mortui æſtimationem debere quæ viuo eo fuerit, ſed de eo qui Stichum ipſum. Neque rurſum obiici poteſt, quod Bartolus obiicit, eum qui iurat, videri abiicere omnes exceptiones, quas ſibi competere ſciebat, non enim hîc de exceptione vlla quæritur, ſed de defectu materiæ, quæ in iuſiurandum deduci potuerit, cùm iuratum ſit de homine iam mortuo, & nullo. Planè ſi ponas iuratum fuiſſe de homine, qui licèt iam tum re vera mortuus, in rebus tamen humanis eſſe credebatur, tantò minùs valere iuſiurandum poterit, ſiue tanquam per errorem præſtitum, ſiue quod nemo credendus ſit renunciaſſe iuri quod ſibi competere ignorauit, vt idem Paulus noſter argumentatur in *l. mater decedens 19. ſupr. de inofficioſo teſtamento.*

a *Niſi ex cauſa furtiua vel propter moram.* Rat. dubit. Neque cauſa furtiua neque mora debitoris facere poteſt, vt Stichus qui debebatur, non ſit reuera mortuus & nullus, nec proinde quin ſit impoſſibile eum præſtari. Atqui impoſſibilium nulla eſt obligatio *dict. l. impoßibilium*, nec poteſt odium furis aut moroſi debitoris facere poſſibile, quod per ipſam rerum naturam eſt impoſſibile, non ergo debuit Paulus iſtas addere exceptiones.

Decid. Eſt hic vnus ex effectibus moræ & quidem præcipuus, vt rem quæ poſt debitoris moram, perempta eſt, faciat haberi pro extante, vtque homo debitus reuera mortuus adhuc viuere exiſtimetur, adeoque peti poſſit & debeat, non ipſius æſtimatio *dict. l. ſi ſeruum 91. §. ſequitur, & §. vltim. de verborum obligationibus.* ne alioqui proſit moratori ſua fruſtratio contra *dict. l. hominem 37. in fin. mandat.* factóque ſuo tollat ſuam obligationem, & ſe liberet, quod abſurdum & iniquum eſſet *dict. l. ſi ſeruum §. nunc videamus.* Ideoque nimirum in furtiua condictione idem iuris eſt *dict. l. ſi pro fure 7. §. vltim. de condict. furt.* quoniam fur qui ſolus ea condictione tenetur hereſve eius *l. 5. eodem titul.* ſemper moram facere intelligitur reipſa, & citra interpellationem quouſque rem furtiuam reſtituerit, *l. in re furtiua 8. §. 1. in fin. l. vltim. eod.* Rem ergo veram iurat creditor cuiuſlibet debitoris, qui in ſoluendo Sticho moram contraxerit, itémque dominus

nus Stichi furto ſobtracti cùm etiam mortuo iam Sticho iurat deferente fure vel alio quolibet moroſo debitore Stichum dari ſibi oportere. Nam & Stichi precium deduci hoc caſu poſſet in conſtitutum *l. promiſſor 21. in princip. infr. de pecun. conſtit.* & in ſtipulationem *l. inter ſtipulantem 83. §. penult. de verborum obligationib.* vbi etiam redditur ratio quare extra hos caſus omnino inutilis ſit ſtipulatio hominis iam mortui, quoniam, inquit, etiamſi debitus antè fuiſſet, tamen eius morte debitor liberaretur. Nec enim qui ſeruum viuum promiſit, illud etiam promiſiſſe intelligitur ſeruum illum non moriturum, quæ promiſſio eſſet impoſſibilis *l. non moriturum 8. C. de contr. & committ. ſtipulat.* Proinde ſi poſt iuſiurandum præſtitum Stichus deceſſerit, qui eo tempore viuebat, dubitari non oportet, quin multò magis præſtanda ſit eius æſtimatio, cùm iuſiurandum non ſolùm interpellationis vim habeat, ad conſtituendum debitorem in mora perpetuandámque obligationem, ſed etiam conteſtationis ad perpetuandam quod difficilius eſt actionem ipſam *l. nam poſteaquam 9. §. ſi is qui ſupr. hoc tit.* Sed hoc ita ſi debitum aliquod verè præceſſerat. Nam ſi nunc primùm contractum ſit per iuſiurandum, quod pro veritate habetur, fieri non poteſt, vt eodem inſtanti quo iuſiurandum præſtitum fuerit, & obligatio contrahatur & mora, ideoque noua interpellatione opus eſt, vt ſubtiliter Bartolus pro Iacobo Butrigario contra Guillielmum diſputat, *ex l. quod dicimus 105. infr. de ſolut.* Sed melior textus eſt *in dict. l. promiſſor 21. §. 1 de pecun. conſtit. iunct. l. mora 32. & l. ſciendum 21. infr. de vſur.*

2 ¶ Si mulier iurauerit, decem dotis ſibi deberi: tota ea ſumma præſtanda eſt. ſed ſi iurauit, ſe decem dediſſe in dotem: hoc ſolùm non erit quærendum, an data ſint; ſed quaſi data ſint, quod ex eo reddi oportet, præſtandum erit.

*Ad §. 2. Si mulier.*

Ratio dvbit. Non poteſt dotis nomine aliud deberi quàm quod in dotem conſtitutum fuit: dotis enim obligatio naſcitur ex contractu dotis, contractus autem dotis ex eorum numero eſt, qui re perficiuntur *l. 1. Cod. de dot. caut. non numer. l. dotem 30. iunct. l. 1. & paſſ. infr. de iure dotium.* Nec rurſus fieri poteſt, vt quod in dotem conſtitutum fuit, & ex ea cauſa traditum non debeatur dotis nomine ſoluto quandocunque matrimonio: dos enim omnimodo reſtituenda eſt *l. 1. & tot. tit. infr. ſolut. matrim.* Nihil ergo intereſſe videtur, an mulier iurauerit decem dotis nomine ſibi videri, an verò decem ſe in dotem dediſſe, & vtroque caſu videntur præſtanda decem, vt iuſiurandum conſeruetur.

Dec. Multum intereſt an iuret mulier de iure obligationis dotalis an de facto conſtitutionis: dotis enim obligatio iuris eſt, dotis autem conſtitutio facti. At mulier quæ ſoluto matrimonio iurat decem ſibi dotis nomine deberi, iurat de obligationis iure non de facto, debiti enim nomine nihil niſi obligationem intelligimus, quæ ſit vel naturalis vel honoraria vel ciuilis *l. 1. §. debitum. infr. de pecun. conſtit.* Conſtitutionem verò dotis cùm dicimus, nihil niſi factum ipſum conſtituentis ſignificamus. Proinde cùm mulier iurauit decem ſibi deberi dotis nomine, decem ei omnimodo præſtanda ſunt, id eſt, etiamſi minùs ſit in facultatibus mariti, quàm vt ſolida decem ſoluere poſſit tametſi habeat priuilegium, vt non ſupra quàm facere poſſit conueniatur *l. maritum 12. & ſeqq. infr. ſolut. matrim. l. ſunt qui 16. & ſeqq. infr. de re iudic.* Verbum enim *deberi* in iureiurando mulieris cum effectu accipiendum eſt, vt ait Accurſ. *ex l. 1. §. 1. Quod quiſq; iur. l. penult. §. penult. ſup. Ne quis eum qui in ius vocab.* Non acciperetur autē cū effectu ſi debiti probationem quæ per iuſiurandum inducitur, ſolutio integra non ſequeretur: tametſi nihil vetet plus deberi & minus exigi, ſi cauſa iuris ab effectu ſuo diſcernatur. Nam tum quoque cùm maritus non niſi in quantum facere poteſt, conuenitur, id eſt, in partem dotis debitæ reſtituendæ, non eò minùs tamen verum eſt eum debere ſolidum, quomodo & is ſolidum debet qui bonis ceſſit, ſi ex iis ſolidum conſequi creditor non potuerit *§. vltim. Inſtit. De replicat.* Ex quo intelligimus quàm verum ſit quod docuimus ad initium huius legis, per iuſiurandum non ſolùm fieri nouationem prioris actionis, ita vt perimatur illa ipſo iure, ſed etiam ita fieri, vt actio ex iureiurando non induat nec repræſentet naturam præcedentis illius actionis quam perimit, alioqui non periret marito, contra quem iurauit mulier, priuilegium quod haberet, ſi actione De dote conueniretur. Et quamuis iuſiurandum non minus iudicij, quàm ſtipulationis inſtar habere dicatur *l. qui iuraſſe 26. §. vltim. ſupr. hoc tit.* nouatio tamen quæ per iuſiurandum contingit, magis ei ſimilis eſt quæ fit per ſtipulationem, quam ei quæ per iudicium & litis conteſtationem: illa enim priuilegium mariti non adimeret, quod adimit ei iuſiurandum mulieris *l. aliam 29. infr. De nouat.* nempe quia fit ex voluntate, non vt illa ex iuris neceſſitate. Mulier igitur quæ actura de dote iurauit decem ſibi deberi, decem haberè & conſequi omnimodo debet, nec per mariti priuilegium impediri poteſt, quominùs ſolida decem conſequatur: deberi ſiquidem cum effectu id demum intelligitur quod exigi poteſt, non cuius petitio per exceptionem aliquam ſummoueri poſſit *l. debitor 108. de verborum ſignificationib. l. non videtur 13. l. Marcellus 66. l. nihil intereſt 112. de regul. iur.* Nec ideo magis iuſtam querelæ occaſionem maritus habet, cùm ſibi imputare debeat qui iuſiurandum ei tale vltro detulit. At cùm mulier iurauit ſe decem dediſſe & conſtituiſſe in dotem, non poteſt iuſiurandum illud tollere priuilegium mariti, vt ſuprà quàm facere poſſit, ad ſolida decem conueniatur, quia quod decem conſtituta & data ſint, facere non poteſt, vt omnimodo reddere maritus debeat decem ſi facere minùs poſſit, quia nihil de actionis & exactionis iure iuratum eſſe intelligitur, ſed tantùm de ipſa conſtitutione, quæ tota in facto conſiſtit. Cùm ergo nihil per iuſiurandum videri poſſit probatum



Digitized by Google

niſi quod iuratum eſt, nec proinde aliæ exceptiones excluſæ, quàm quæ alioqui cum eo quod iuratum eſt, pugnarent; apparet non prohiberi maritum, qui ex eo mulieris iureiurando conuenitur, ne poſſit exceptionem illam opponere, vt ſupra quàm facere poſſit, non exigatur, ſed tantùm, ne poſſit dicere, non tota decem data in dotem fuiſſe: impugnaret enim eo modo iuſiurandum, quod non æquè impugnat, cùm excipit, non ideo decem tota exigi poſſe. Manet enim veritas facti integra, de qua iuratum eſt, & exceptio hæc non factum reſpicit, de quo iuratum eſt, ſed executionem iuris, de quo nihil iuratum fuit. Ita fit vt vtroque in caſu huius §. iuſiurandum pro veritate habeatur, ſiue de iure, ſiue de facto iuratum ſit, ſed quatenus iuratum eſt, & ita vt cùm de facto duntaxat iuratum eſt, cauſa iuris maneat integra & illibata, vt & in ſpecie *l. ſed ſi poſſeſſori 11. §. item ſi iurauero ſupr.* & in ſpecie *§. vltim. infr.* non etiam cùm de iure iuratum eſt: potior enim cauſa eſt iuriſiurandi quàm iuris ſi de iure iuratum ſit, & quàm facti ſi de facto: ſed non potior quàm iuris, cùm de ſolo facto iuratum eſt.

3 ¶ In popularibus actionibus iuſiurandum exactum ita demum aduerſus alios proderit, ſi bona fide exactum fuerit. nam & ſi quis egerit: ita demum conſumit publicam actionem, ſi non per colluſionem actum ſit.

*Ad §. 3. In popularibus.*

Ratio dvbitandi. Iuſiurandum inter alios delatum & præſtitum alij quàm deferenti nec prodeſſe debet nec obeſſe, *l. quia non debet 10. ſupr. hoc titul.* Atqui alia perſona eſt eius qui nunc populi ius tuetur populari actione propoſita (illa enim demum popularis actio dicitur, vt nomen ipſum indicat, quæ populi ius tuetur *l. 1. infr. de popul. act.*) alia verò perſona illius, qui prior egit populari actione & iuſiurandum detulit. Ergo quamuis prior ille detulerit bona fide, id eſt, citra colluſionem, & ex ea delatione iuratum ſit, non tamen debet iuſiurandum alij nocere eandem actionem proponenti: niſi nouum factum ſit, ex quo noua actio naſcatur, quemadmodum ſolemus in furto dicere, nouum furtum eſſe ſi noua fiat contrectatio, vt in *l. ei qui 9. infr. de furt. iunct. l. ſi quis vxori 52. §. ſi quis iurauerit 27. eodem.*

Decis. Actio popularis populi eſt, non eius qui eam proponit, ideoque nec ad heredem tranſeunt populares actiones, nec locupletior eſſe cenſetur igitur qui eam habet & exercet *l. penult. §. 1. & l. vltim. de popul. act.* quia non tam ad rem familiarem actoris, quàm ad publicam vltionem pertinent *l. 6. in fin. de ſepulchro violat.* niſi ex tempore litis conteſtatæ, ſi ad eum res pertineat, & eius intereſt proprio nomine (nam & hic aliis præferendus eſt *l. 3. §. ſi is cuius eodem titul. l. 3. §. 1. l. mulier 6. de popul. act.*) ſic enim accipi debet quod ſcriptum eſt in *l. vt ſi cui 12. de verborum ſignificationib.* Ergo ſicuti vnus populus eſt *l. proponebatur 76. ſupr. de iudic.* ita & vna actio, quæ proinde tunc cùm exercetur conſumitur, vt cæteræ actiones omnes, niſi colluſum probetur, vt Paulus hîc ſubiicit: quoties enim colluſio & præuaricatio prioris agentis probatur, nullius momenti eſſe poteſt quod ab eo geſtum eſt *leg. 3. §. ſi tamen poſteaquam infr. de homin. liber exhib. l. Præſes duodecima. Cod. de tranſact. omnib. l. ſi ſuſpecta 19. ſupr. de inofficioſo teſtamento. l. ſi per luſorio 14. infr. de appellat. l. ex eo tractu 44. infr. de re iudicata. l. ſi ſeruus 50. §. 1. de legatis 1.* Excipitur tamen actio illa popularis, quæ à Prætore proponitur, de libero homine exhibendo, ex qua ſi reus condemnatus æſtimationem ſolnerit, adhuc conueniri poteſt non ſolùm ab alio, ſed quod magis eſt, ab eodem actore, & quidem ſine vlla exceptione, ſiue doli ſiue rei iudicatæ *dict. §. ſi tamen poſteaquam. verſ. ſi tamen reus.* ſiue fauore libertatis ita placuit, vt putat Accurſius, ſiue potius, vt vult Bartolus, quòd interdictum illud comparatum ſit ad alterius, quàm ad ipſius agentis commodum: quo caſu generaliter docet idem Bartolus. neque iuſiurandum vnius, neque pactum, neque ſententiam pro vno latam nocere alteri ex *dict. verſicul. ſi tamen reus,* quod in cæteris caſibus ſecus eſt *l. 3. de popular. action. l. non cogendum 45. §. qui ita ſupr. de procurat.* ſcilicet quantum ad ſententiam & rem iudicatam pertinet, itémque quantum ad iuſiurandum, de quo in hoc paragrapho agitur, & quod æquiparatur rei iudicatæ, *lege prima & ſecunda ſupr.* Nam in pacto & tranſactione certum eſt aliud iuris eſſe, neque pactum aut tranſactionem de populari cauſa valere propter admixtam populi & reipublicæ cauſam, tantum abeſt, vt pactum vel tranſactio vnius nocere poſſit alteri *leg. iuris gentium 7. §. ſi paciſcar ne operis. leg. ſi vnus vigeſima ſeptima. § pacta quæ turpem verſicul & in ſumma ſupr. de pact. leg. quis caret quinta, §. vltim. ad legem Iuliam de vi public. leg. ingenuū octaua. Codic. de ingen. manumiſſ.* Nec mirum eſt plus poſſe rem iudicatam & iuſiurandum, quàm pactum vel tranſactionem, cùm ex neceſſitate litigandum ſit, & conſequenter iudicandum, vt actionis popularis effectus aliquis eſſe poſſit, quæ alioqui maneret inanis & inutilis: paciſcendum autem vel tranſigendum non ſit neceſſariò. Cur ergo, inquies, rei iudicatæ potiùs quàm tranſactioni aut pacto iuſiurandum hac parte comparamus, cùm iuſiurandum, ſiue conuentionale, ſiue iudiciale ſit voluntarium, nec niſi ex deferentis iurantíſque voluntate proficiſcatur? præſertim cùm tranſactio quoque perinde ac iuſiurandum vim habeat rei iudicatæ *l. non minorem 20. Cod. de tranſact.* & iuſiurandum ipſum ſit inſtar tranſactionis *l. ſecunda ſupr.* Reſpondeo iuſiurandum hac parte, vt & in aliis pleriſque maioris eſſe poteſtatis, quàm tranſactionem, quia tranſactio nihil niſi pactum eſt, pacta autem non alia Prætor adprobat, quàm quæ fiunt de re priuata & familiari, non quæ de re publica *dict. § ſi paciſcar.* ſententiam autem ferri neceſſe eſt etiam de re publica, alioqui fruſtra actiones in eam rem propoſitæ

eſſent

eſſent & interdicta. Maiorem autem adfinitatem habet iuſiurandum cum re iudicata, quàm cum tranſactione, & quàm ipſa tranſactio, quia præſtito iureiurando ſequitur ſtatim ſententia *l. iuſiurandum & ad pecunias 34. §. vltim. infr. hoc tit.* non etiam interueniente tranſactione. Et præterea quamuis iuſiurandum etiam iudiciale proficiſcatur ex voluntate deferentis, vix tamen eſt, vt deferatur vnquam, niſi ex neceſſitate, & ab eo qui alias probationes deſperet, vt in *l. tutor pupilli 35. infr. hoc titul. l. ſi quis iuſiurandum 11. C. eod.* quotus enim quiſque eſt, qui niſi coactus & inuitus aduerſarium ſuum teſtem in propria cauſa, & iudicem conſtituere velit? quod ipſum tamen fit per delationem iuriſiurandi *l. 1. in fr. quarum rerum act. non det.* Defertur ergo iuſiurandum ad euitandam duntaxat condemnationem, ſi iurare aduerſarius nolet, aut ad eam differendam ſi cunctabitur, cùm nulla alia vincendi ſpes & ratio ſuperſit deferenti, nec aliàs delaturo. Suſcipitur autem plerumque etiam ab inuito, & quem Prætor cogat aut iurare aut referre, qui alioquin nec iurare nec referre mallet *dict. l. iuſiurandum & ad pecunias 34. §. ait Prætor, & ſeq. l. manifeſtæ 38. infr.* Meritò igitur Paulus hîc ſcribit, in popularibus actionibus iuſiurandum exactum etiam aduerſus alios prodeſſe, qui non detulerint, nec aliud requiri niſi vt bona fide exactum ſit, nō per colluſionem. Nam & ſi quis egerit, inquit, dum ne per colluſionem, conſumit publicam actionem perinde ac priuatam: iuſiurandum autem non tantùm rei iudicatæ vim habet, ſed etiam conteſtationis adeoque iudicij in quo exerceatur actio *l. qui iuraſſe 26. §. vltim. ſup. & d. l. tutor pupilli §. 1. infr.* Sic enim ratio hæc Pauli ſupplenda & adiuuanda eſt, ne quis iam miretur iuſiurandum hac in re magis rei iudicatæ, quàm tranſactioni pactóve æquiparari. Ideo autem requirit Paulus, vt iuſiurandum bona fide ſit exactum, non quia bene fiat quicquid fit bona fide, *l. quæ hominem 34. §. ſi nullo. & ſeqq. infr. de ſolut.* ſed quia nunquam bene fit quod fit ex non bona fide, vt malè putat Accurſius. Quid tamen ſi in populari actione deferente actore iuratum ſit de ea re quæ etiamnum duret? vt in exemplo quod proponit Accurſius, ſi quis adpenſum & ſuſpenſum aliquid habuerit contra ſecundam partem edicti Prætoris, *de his qui deiec. vel effud.* eoque nomine vnus de populo actionem ex illo edicto propoſuerit, quæ popularis eſt *l. 5. §. Prætor ait ne quis & §. vltim. ſupr. de his qui deiec. vel effud.* An ſi ex ea cauſa iuſiurandum exactum vel iudicatum ſit, nocebit ea res cæteris, eâdē actione poſtmodum agere volentibus? Dubitationem facit, quod eadem adpenſio eſt & vna eadémque continuata poſitio: non ergo illius nomine ſæpius agi poteſt nec ab vno eodémque actore, nec à pluribus, ne ſæpiùs de eiuſdem hominis admiſſo quæratur *l. pen. §. vltim. ſupr. Naut. caupon. ſtabul.* Atque ita Accurſius concludit. Sed Bartolus contrà putat, quia hæc actio popularis oritur ex facto habente cauſam manentem & perſeuerantem in futurum. Idque magis probo, quia quandiu adpenſum manet, poteſt decidere, atque ita nocere, quamuis non nocuerit, quod ſufficit vt illi actioni locus eſſe poſſit ex verbis edicti, & ex mente Prætoris, cui non poteſt videri ſatisfactum quandiu ſuſpenſum manet *dict. §. Prætor ait. & ſeq.* Quandiu autem edicto ſatisfactum non eſt, & edicti ratio durat, tamdiu actionem quoque ex edicto competere, & exercere poſſe fatendum eſt. Ad quod etiam reſpexit fortaſſe Vlpianus *in dict. l. 3. §. ſi tamen poſteaquam verſ. Si tamen reus*, quia non vult pati Prætor, vt liber homo à quoquam detineatur, nec ſi condemnatus iam reus præſtiterit æſtimationem, non quaſi quod continuè fit, quotidie fieri videatur in iis, quæ animum exigunt, & perſeuerationem voluntatis, vt nimis generaliter tradit Bartolus *ex l. 1. §. interdum ſup. de vſufr. adcreſc.* qui locus non niſi de vſufructu, in quo ſpeciale illud eſt, vt & alia non pauca, ſed quia tamdiu durat prohibitio Prætoris, & actio eo nomine propoſita quamdiu factum durat quod prohibitum eſt, & ratio prohibitionis, quomodo hic durat quandiu adpenſum nocere poteſt. Vnde etiam fit, vt ſola rei furtiuæ detentione ac retentione per furem facta non multiplicetur furtum, niſi noua fiat contrectatio *d. l. eï qui 9. & d. l. ſi quis vxori 52. §. ſi quis iurauerit infr. de furt.* quia furtum ſemel factum ab eodem fieri amplius non prohibetur, niſi nouum & aliud furtum fiat ex alia contrectatione *l. inficiando 67. §. infans eodem tit.* multiplicetur tamen mora furis ita vt vnoquoque inſtanti nouam moram facere videatur *l. in re furtiua 8. in fin. l. vlt. infr. de condict. furt.* Quia ſcilicet vnoquoque inſtanti lex & cōſcientia furem interpellat, vt rem furtiuam reſtituat. Illud ſanè conſtat, ſi poſt iuſiurandū præſtitum aliquid noui ſuperuenerit, nō nocere exceptionem iuriſiurandi, ne quidem illi ipſi qui iurauit, multò minùs aliis quaſi de alia re fuerit iuratum *l. qui iuraſſe 26. § ſi pater iurauerit ſupr. hoc tit. l. quoties 21. §. vlt. ſup. de noxal. act.* ſicuti nec rei iudicatæ exceptio eo caſu noceret *l. ſi rem meam 10. & ſequent. infr. de except. rei iudic.*

4 ¶ Si libertus, deferente patrono, iurauit ſe libertum non eſſe: ratum habendum eſt iuſiurandum, vt nec operarum petitio, nec bonorum poſſeſsio contra tabulas dari debeat.

*Ad §. 4. Si libertus.*

RATIO DVBIT. Quemadmodum nemo poteſt libertus eſſe, & libertinæ condicionis, niſi qui ex iuſta ſeruitute manumiſſus eſt, ita neque ingenuus, niſi qui ab initio liber natus nec vnquam ſeruus fuit *l. & ſeruorum 3. §. ingenui. l. liberti 6. ſupr. de ſtat. homin.* Atquin is qui iurauit ſe libertum non eſſe, fieri poteſt vt ſeruus aliquando fuerit, & ex iuſta ſeruitute manumiſſus. Non ergo debet hoc iuſiurandum prodeſſe liberto. vt nec operas ab eo viuo, nec bonorum poſſeſſionem contra tabulas ipſius defuncti petere patronus poſſit. Nam & operæ debentur naturaliter patrono *l. ſi non ſortem 26. §. libertus infr. de condict. ind. debit.* & Prætor vocat patronum ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas liberti, certis caſibus, itémque ad ſucceſſionem inteſtati, ſi nullos liberos heredes libertus reliquerit, in præmium manumiſſionis datæque libertatis, *Tot. tit. de bon. libert.* & apud Iuſtinianum *Tit. de ſucceſſ.*

*libert.* Indéque eſt quod etiamſi iurauero, me patronum tuum eſſe, non tamen ero patronus quantum ad bonorum poſſeſſionem, & ad ſucceſſionem, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, quia iuſiurandum non facit patronum, vt nec manumiſſorem, inquit Vlpianus in *l. ſi iurauero 14. infr. de iur. patron.* quamuis aliud ſit, ſi pronunciatum ſit me patronum eſſe, quia tunc ſententiæ ſtandum erit, vt ibidem Vlpianus ſubiicit. Cur ergo magis faciet iuſiurandum ex liberto ingenuum? præſertim cùm dici ſoleat correlatiuorum eandem rationem eſſe debere *vulg. l. 1. C. de cupreſſ. lib. 12. tit. vlt.*

Decio. Iuſiurandum pro veritate habetur non minùs quàm ſententia, quoties de facto iuratur, aut etiam de iure quod facti cauſam permixtam habeat *§. ſi mulier ſupr. hac lege l. ſed ſi poſſeſſori 11. §. item ſi iurauero, & §. vlt. l. in duobus 28. in fin. ſupr.* Atqui cùm libertus deferente patrono iurat ſe libertum non eſſe, hoc ipſo negat ſe manumiſſum aut quicquam aliud paſſum eſſe, per quod patronum habere, & nanciſci liber homo ſoleat, ex iis ſcilicet quæ enumerantur in *l. adoptiuum 8. §. ſi patronum ſupr. de in ius vocand.* Iurat igitur de facto, non de mero iure, ac proinde pro veritate iuſiurandum hoc haberi debet, vt qui ſic iurauit ſe libertum non eſſe, nulla penitus in re pro liberto haberi poſſit, nec quantum ad operas, nec quantum ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas, nec quod ad ſucceſſionem inteſtati, nec denique quantum ad hoc, vt eum qui ſe patronum dicebat, in ius vocare ſine Prætoris venia non poſſit, non magis quàm ſi iuraſſet ſe ingenuum eſſe. Nam & quiſquis libertus non eſt, cùm ſit liber, is vt ingenuus ſit, neceſſe eſt, cùm in contradictoriis, quicquid de vno negatur, neceſſariò de alio affirmetur. Etſi verò iuſiurandum non magis poteſt quem facere ingenuum quàm patronum, non indiget tamen is, qui iurauit, auxilio iuſiurandi, vt fiat ingenuus, cùm natura ſufficiat, quæ omnes ingenuos facit, ſi nullum ſeruitutis præteritæ obſtaculum, & impedimentum intercedat: quod diſſimile eſt in patrono, qualis nemo eſt à natura, ſed ab aliquo facto manumiſſionis, aut alio huiuſmodi, per quod libertas poſſit contingere. Eſt namque ingenuitas qualitas naturalis, ſeruitus verò qualitas accidentalis & contra naturam, & conſequenter ingenuum eſſe naturale eſt, libertinum verò accidentale. Porrò omnia ingenuitatis obſtacula ille amouet vno verbo, qui negatiuè iurat ſe libertum non eſſe. Hoc ipſo enim negat ſe ſeruum vnquam fuiſſe, negat igitur ſe manumiſſum: at is qui affirmatiuè iurat ſe patronum, de mero ſuo iure iurat, non de facto aliquo per quod patronus fieri potuerit. Ideoque ſi iuſiurandum hoc pro veritate haberetur, conſequens eſſet dicere, fieri eum ſolo iureiurando patronũ, quod eſſet abſurdum: ius enim patronatus non niſi certis & legitimis modis acquiritur, inter quos iuſiurandum non eſt, ſi non iuratum ſit ſuper facto ipſo, ex quo ius patronatus acquiri potuerit, puta ſi is qui patronum ſe dicit, iurauerit liberto deferente ſe manumiſiſſe: hoc enim caſu non dubito, quin exinde pro vero patrono haberi debeat in omnibus, & per omnia tanquam manumiſſor, neque patronum eum faciet iuſiurandum ſolum, ſed manumiſſio, de qua iuratum eſt, cùm iuſiurandum hoc pro veritate habeatur, quia de facto iuratum eſt, & quidem tali, ex quo ius patronatus omnimodo naſcitur, excluſa iam ingenuitate, quæ cum manumiſſione ſtare non poteſt. Multum ergo refert an quis iuret ſe patronum, an verò ſe manumiſſorem: prius iuſiurandum nihil prodeſt, ſed poſterius prodeſt ad iura omnia patronatus acquirenda, quia patroni nomen iuris eſt, manumiſſoris facti. At nihil refert an is, qui libertinus dicitur, iuret ſe libertum non eſſe, an verò ſe manumiſſum non eſſe: nullo enim alio modo vel medio concludendi indiget, vt ſe ingenuum probet, quàm ſola negatione ſeruitutis, & libertinitatis. Et hæc, meo iudicio, vnica veráque diuerſitatis ratio eſt inter iuſiurandum patroni & liberti, vt is qui ſe patronum iurauerit, iuſiurandum eius pro veritate ac plena probatione non habeatur, iuſiurandum verò liberti iurantis ſe libertum non eſſe pro veritate habendum ſit. Hoc verò neque Accurſius, neque Bartolus, neque alij intellexerunt, qui non diſtinguunt an patronus iurauerit ſe patronum an manumiſſorem, vt in ſpecie *dict. l. ſi iurauero:* voluntque patronum etiam qui ſimpliciter iurauerit ſe patronum eſſe, pro patrono habendum eſſe, etiam quantum ad operas, quòd nihil de iis dictum ſit in *dict. l. ſi iurauero*, itémque quod eſt abſurdius quantum ad ſucceſſionem inteſtati, cùm tamen lex generaliter dicat quantum ad ſucceſſionem, patronum non eſſe, vt ſucceſſionem vtramque teſtati & inteſtati comprehendat. Et quamuis lex illa de operis nihil dicat, legis tamen ratio generalis eſt, *quia iuſiurandum non facit patronum*, adeò, vt nec pro patrono habendus ſit, ſi ex lege Iulia velit prohibere, ne inuito eo alij nubat mulier, cuius ille ſe patronum eſſe iurauerit *l. in eo iure 45. §. 1. infr. de ritu nuptiar.* Nec minus errant in eo, quod volunt hunc tanquam patronum in ius vocari ſine venia non poſſe, ex *dict. l. adoptiuum 8. §. patronum ſupr. de in ius vocand.* Non enim tractat ibi Vlpianus de eo, qui iurauerit ſe patronum eſſe, ſed de illo, qui aduerſarium ſuum iurauit libertum ſuum eſſe, cuius iuriſiurandi longè alia ratio eſt: qui enim iurat alium libertum ſuum eſſe, magis ei comparandus eſt, qui iurat ſe manumiſſorem eſſe, quem diximus hoc iureiurando verè patronum fieri, quàm ei qui iurat ſe patronum: cùm libertus nemo eſſe poſſit, niſi qui & ſeruus fuerit, & manumiſſus. Non poteſt autem fieri, vt tu libertus meus ſis, quin per conſequentiam neceſſariam verum etiam ſit me patronum tuum eſſe, quemadmodum qui iurat aduerſarium ſeruum ſuum eſſe, hoc ipſo probat ſe dominum. Quid autem refert, an quis ſeruum ſuum eſſe contendat, an libertum? *l. circa 14. de probat.* Nec aliud medium concludendi, vt loquuntur, aptius eſſe poteſt, vt probem me patronum tuum eſſe, quàm ſi probem te meum eſſe libertum, quomodo ſi præiudicio pronũciatum eſſet; te meum libertum eſſe, hoc ipſo fierem patronus tuus, *dict. l. adoptiuum §. patronum.* Hoc ipſum autem quòd libertus meus ſis, probo per iuſiurandum meum te deferente præſtitum, quod pro veritate haberi debet: at is qui iurat ſimpliciter ſe patronũ eſſe, ſi hoc ipſo patronus fieret, vtiq; fieret immediatè per iuſiurandum, quod tamen fieri, vt diximus, nullomodo poteſt, & aliquo præiudicio opus eſt, ex quo appareat te libertum meum eſſe, ſiue per iuſiurandum id fiat, ſiue cognitione prætoria *dict. §. patronum.* Planè ſi cùm famoſa aut turpi aliqua actione vel exceptione contra me vteretis, quæ liberto contra patronum dari non debeat *l. 2. 5. 6. & 7. infr. de obſeq. parent. &*

rent. &

*rent.& patron.praſt.* ego ad te ſummonendum dixerim me patronum tuum, tu verò rogaueris, & deferente te iurauerim ſimpliciter me patronum tuum eſſe, vix eſt, vt in ea cauſa in qua iuratum eſt, non debeam haberi pro patrono, vt iuſiurandum meum promiſit mihi, & hac parte pro veritate habeatur: neque id negat Vlp in *d.l ſi iurauero*, ſed ita eſſe innuit potiùs, cùm ait, me quantum ad ſucceſſionem patronum non eſſe: non quaſi velit me in cæteris omnibus iura patronatus nanciſci, vt malè putat Accurſius, ſed potiùs vt hoc veluti exemplo probet, non eſſe trahendum hoc iuſiurandum ad conſequentias, neque ad iura patronatus, ſed reſtringendum ad eam cauſam, in qua iuratum eſt, vt cōſtat ex *d.l.in eo §.1.de rit.nupt.* vt extra illam cauſam nulla in re pro patrono habeatur is, qui iurauit ſe patronum eſſe, ne quidem ad hoc, vt ſine Prætoris venia vocari in ius non poſſit, niſi ponas, cùm libertus patronum ſine venia in ius vocaſſet, patronum in ea ipſa cauſa iuraſſe ſe patronum eſſe. Hoc enim caſu admittam ſimiliter, quantum ad illam cauſam iuſiurandum pro veritate habendum eſſe, non quoque ad cætera, quia tale iuſiurandum facere illum patronum non potuit. Malè igitur idem Accurſius & poſt eum, vir doctiſſimus ad hunc locum rationem huius legis ſumit ex fauore ingenuitatis, quaſi facere debeat, vt iuſiurandum liberti latius & ad omnia porrigatur. Malè item Bartolus, ad id quod non poſſit libertus teſtandi facultatem liberam ſibi eripere, & ingenuitatis ſuæ iura remittere, quomodo patronus iuſiurandum deferens liberto poſſet iura patronatus ſua omnia alienare *l.3. C.de bon.liber.* Nam ſi poneres patronum iuraſſe, ſe manumiſſorem aut te libertum eius eſſe, tam validum & potens eſſet iuſiurandum hoc patroni ad omnia patronatus iura ei acquirenda, quàm validum & potens eſt in ſpecie huius §. iuſiurandum liberti negantis ſe libertum eſſe, ad omnia patroni iura excludenda, cùm nihil interſit, an præiudicio libertus quis pronuncietur per ſententiam, an per iuſiurandum patroni *d.§ patronum.* Et quemadmodum quod ſcriptum eſt in hoc §. ſi libertus deferente patrono iurauerit ſe libertum non eſſe, ita ratum habendum eſſe iuſiurandum, vt neque operarum petitio, neque bonorum poſſeſſio, contra tabulas patrono dari debeat, non facit vt eo magis dicendum ſit, patronum hunc poſſe nihilominus ab inteſtato ſuccedere, & priuilegium retinere, ne ſine venia in ius vocari poſſit, aut famoſa turpíve aliqua actione conueniri: quandoquidem is, qui iurauit ſe libertum non eſſe, nullam talem reuerentiam ei debet, qui ſe patronum contendebat: ita & quod Vlpianus ait in *d.l.ſi iurauero*, eum qui iurauit ſe patronum eſſe, non idcirco tamen quantum ad ſucceſſionem patronum eſſe, non ſic accipiendum eſt, quaſi in cæteris omnibus extra cauſam ſucceſſionis pro patrono haberi debeat, ſed ita potius, vt in nullo, extra cauſam & controuerſiam illam, in qua iuratum fuerit *d.l.in eo iure 45.§.1.de rit.nupt.* Aliud eſſet in eo, qui ſe patronum iuraſſet non ſimpliciter, ſed adiecta cauſa, quòd aduerſarium manumiſiſſet: hic enim nil diſtaret ab eo, qui ſe manumiſſorem iuraſſet, quem diximus omnia patronatus iura nanciſci: cauſa enim iuriſiurandi ſemper ac potiſſimùm ſpectanda eſt *l.in duobus 28.§.ſi ei qui ſupr hoc tit.l.nam poſteaquàm 9.§.ſi damnetur*, vbi diximus eod. Quid ergo ſi contra eum cui libertus aſſignatus fuerit, iurauerit libertus ſe libertum non eſſe, deinde mortui patroni frater ad quem redire libertus debuit vt in *§.1.inſtit.de aſſignat. libertor.* contendat eum libertum ſuum eſſe, an nocebit ei iuſiurandum, quod contra defunctum fuit præſtitum? Hanc enim queſtionem proponit Accurſius, & benè reſpondet nocere non debere, quoniam alia cauſa eſt, cum ſit alia perſona patroni, quamuis eadem ſit perſona liberti, nec habet frater poſterior ius a fratre, cui priori aſſignatus fuerat libertus, ſed à teſtatore, qui aſſignauit antequàm iuraretur *d.l.nā poſteaquàm 9.§.vlt.& l.ſeq ſupr.l.ſi mater 11.§.eandem l.iudicata 29.in fin.infr.de except.rei iudic.* Nec ſimile eſt, quod qui in ſeruitutem libertum paternum petit, nec liberorum nomine bonorum poſſeſſionem accipere poteſt *l.qui in ſeruitutem 9.infr.de bon.libert.* Id enim fit, non quia, vt putat Bartolus, delictum non debeat manere impunitum [ an non enim ſatis punitur, qui proprio nomine arcetur à bonorum poſſeſſione liberti paterni? ] ſed quia contra proprium factum venit is, qui libertum hodie vult ſuum dicere, quem anteà ſeruum ſuum dixit, ideóque audiendus non eſt, licèt veniat ex aliorum perſona, cùm veniat ad ſuum commodum *l ſi non ſortem 26.§.ſi filiusfamilias infr.de condict. indeb.* eum ſummum ſit vt bonorum poſſeſſio quam hic acciperet liberorum nomine, non tam liberis, quàm ipſi accipienti eſſet profutura *l.1.C qui admitt.ad bonor poſſeſſ poſt.l.1.ſi quis à parent.manum.ſit l.placet 79.de acquir hered.*

§ ¶ Si iurauero vſumfructum mihi dari oportere: non aliter dari debet, quàm ſi caueam boni viri arbitratu me vſurum; & finito vſufructu reſtituturum.

*Ad §. vlt. Si iurauero.*

RAT. DVB. Is demum vſusfructus finiri poteſt, & poſtquàm finitus fuit, reſtitui, qui anteà per traditionem conſtitutus fuit vtiliter, vel teſtamento, vel ſtipulatione, aut pactione, aut legato, aut aliis modis legitimis, ſi qui ſunt inter quos conſtat non eſſe iuſiurandum *l.3. ſupr.de vſufr.* Quomodo enim poſſet vſusfructus finem accipere, qui nec initium habuiſſet? *l.Titio vſumfructum 96.infr.de condic. & demonſtr.* Atqui ponimus vſumfructum, quem actor iurauit dari ſibi oportere, non probari conſtitutum neque teſtamento, neque ſtipulatione, neque pactione, neque alio vllo legitimo modo, adeóque nec tuitione prætoria, vt loquitur Vlpianus in *leg.1. infr. quib. mod.vſufr. amitt.* Et quemadmodum diximus ad *§. præced. item*, iuſiurandum non poſſe facere patronum ex *l.ſi iurauero 14.infr.de iur.patron.* ita nec poteſt facere vſufructuarium. Multo minùs igitur poterit iuſiurandum onerare eum, qui iurauit vſumfructum ſibi dari oportere, vt caueat ſe boni viri arbitratu vſurum, finitóque vſufructu eum arbitrio boni viri reſtituturum, eſt enim hoc onus vſusfructus non iuriſiurandi: præſertim cùm iuſiurandum habeat vim nouationis *l.qui iuraſſe 26.§.vlt. ſupr.* ac proinde mouet actionem de vſufructu, quæ onus hoc duplicis cautionis vſufructuario irrogabat

*leg. 1. & 1ots tit. ſupr. Vſuſr. quemadm. caueat.*

D e c. Iuſiurandum pro veritate habetur tanquam probatio, vt loquuntur, probata *l. ſed ſi poſſeſſori 11. §. item ſi iurauera & §. vlt. ſupr.* Ergo quamuis iuſiurandum non faciat fructuarium, perinde tamen habendus eſt is, qui iurauit vſumfructum ſibi dari oportere, non quidem acſi iam eſſet fructuarius [ nemo enim talis eſt, niſi cui vel conſtitutus, & traditus fuit vſusfructus ipſo iure vel tuitione prætoria *l. 1. 3. & paſſ. ſupr. ſi vſuſr. petet.* Sed acſi probaſſet vſumfructum ſibi deberi ex cauſa aliqua, vel ciuili, vel honoraria, ex qua proinde conſtituendus ei ſit & tradendus. Atquin ſi eſſet debitus vſusfructus ſiue ex teſtamento, ſiue ex ſtipulatione, aut ex qua alia cauſa, non aliter cogeretur eum tradere is qui deberet, quàm ſi actor duplicem illam cautionem offerret, quæ ex edicto illo Prætoris fructuario cuilibet iniungitur. Idem ergo iuris eſſe debet in eo, qui ſibi vſumfructum dari oportere iurauit. Qua enim fronte poſſit contendere, meliorem condicionem ſuam eſſe debere, ob id ſolùm, quòd non aliam debiti vſusfructus probationem habeat, quàm proprium iuſiurandum? An non potius ęquũ eſſet deterioris condicionis ſi daretur occaſio, eſſe idcirco debere, quod abundè ſufficere ei debeat, exoneratum ſe onere probandi quo non fuiſſet exoneratus, ſi hanc partem edicti actor omiſiſſet? vt in principio huius legis. Ex quo intelligimus tantò magis verum eſſe quod nos ibi docuimus & ad *leg. nam poſteaquam 9. §. ſi damnetur ſupr. hoc tit.* actionem in factum quæ ex iureiurando naſcitur, adeóque iuſiurandum ipſum ſic habere vim nouandi *dict. l. qui iuraſſe §. vlt.* vt non tantùm veterem actionem perimat, quod nouationi cuilibet commune eſt *l. 1. de nouat.* ſed etiam eius qualitates omnes induat, quomodo alia quælibet actio in locum alterius ſubrogata *l. ſi quis cum 10. §. qui iniuriarum ſupr. ſi quis caution.* non quidem accidentales, qualis illa eſt in actione legis Aquiliæ, vt poſſit per inficiationem in duplum creſcere, ſed primordiales, vt noſtri loquuntur, qualis hæc eſt in actione de vſufructu, vt is cui vſusfructus debetur caueat ſe arbitrio boni viri & fruiturum & reſtituturum *dict. tit. vſuſr. quem. caueat.* item in famoſa actione vt infamiam irroget condemnato *d. §. ſi damnetur.*

31. G a i v s libro 30. ad Edictum Prouinciale.

ADmonendi ſumus, interdum etiam poſt iuſiurandum exactum permitti conſtitutionibus principum, ex integro cauſam agere, ſi quis noua inſtrumenta ſe inueniſſe dicat, quibus nunc ſolis vſurus ſit, ſed hæ conſtitutiones tunc videntur locum habere, cùm à iudice aliquis abſolutus fuerit. ſolent enim ſæpè iudices in dubiis cauſis, exacto iureiurando, ſecundum eum iudicare, qui iurauerit, quòd ſi aliàs inter ipſos iureiurando tranſactum ſit negotium, non conceditur eandem cauſam retractare.

*Ad l. Admonendi 31.*

R a t. d v b. Iuſiurandum habet vim tranſactionis & rei iudicatæ *l. 1. & 2. ſupr. hoc tit.* Atqui neque tranſactio reſcindi poteſt prætextu inſtrumentorum poſteà repertorum *l. ſub prætextu inſtrumenti 19. Cod. de tranſact.* neque ſententia *l. ſub ſpecie 4. C. de re iudic. l. Imperatores 35. infr. eod ill. tit.* vbi vna tantùm exceptio additur, niſi in publica cauſa id permiſſum ſit. Ergo multo minus permittendum eſt, vt poſt ſententiam exacto iureiurando redditam agere cauſam ex integro liceat, prætextu nouorum inſtrumentorum, præſertim cùm duo vincula ſoleant & debeant eſſe fortiora *l. pen. C. de adopt. l. 1. C. de pact.* D e c. Longè alia ratio eſt iuriſiurandi, quod ex voluntate partium defertur, & præſtatur, ſiue in iudicio, ſiue extra iudicium, de quo iureiurando hucuſque diximus, alia verò eius de quo agitur in hac lege, id eſt, quod in dubiis cauſis & in magno conflictu probationum exigitur à iudice, vt ſecundum animi ſui ſententiam pro eo iudicet qui iurauerit. Prioris generis iuſiurandum & tranſactionis & rei iudicatæ vim obtinet, ideóque nec prætextu nouorum inſtrumentorum retractari poteſt, quamuis ille contra quem iuratum eſt proteſtetur, iis ſolis ſe vſurum, vt ſcriptum eſt in fine huius legis: excepto tamen caſu nouæ conſtitutionis Iuſtinianeæ *in l. vltim. Cod. hoc titul. leg. 1. & 2. eod. tit.* Poſterioris verò generis iuſiurandum retractari facilius poteſt, tanquam minus fauorabile, quòd non fuerit ab aduerſario delatum, ſed à iudice ex officio exactum, qui cùm adeò dubiam cauſam eſſe videret, vt non facilè poſſet ſtatuere, in vtram partem propendere deberet, & an pro actore an pro reo iudicare, non aliam tollendi & expediendi dubij rationem commodiorem inuenire potuit, quàm ſi iuſiurandum deferret, & quidem ei ex litigatoribus pro quo maior ſuſpicio vigeret vel præſumptio, potiſſimum autem reo qui etiam omnibus cæteris paribus vincere deberet, abſoluíque, eo ſcilicet iure, quo fauorabiliores ſunt rei quàm actores *l. fauorabiliores 125. de regul. iur.* Nec ideo tamen exiſtimandum eſt, ſuperuacuum eſſe hoc onus iurandi, cùm moueat iudicem, vt pro eo pronunciare cogatur qui iurauerit, quíque iureiurando ſuo cauſam certam fecerit, quæ alioqui erat dubia. Porrò dubia eſſe non intelligitur, ſi alteruter litigantium, præſertim verò actor ſuam intentionem non ſatis plenè probauit, ſed tantùm ſemiplenè, vt puta per ſcripturam priuatam, aut per comparationem literarum aut per vnum teſtē, aut per famam, de quibus omnibus latè fruſtráque noſtri poſt Accurſium & Bartolum diſputant ad hanc legem, debet ille ſuccumbere, acſi omnino nihil probaſſet cùm non alius poſſit vnquam vincere, quàm qui ſuam intentionem impleuerit *l. vlt. Cod. de rei vindicat. l. 4. Cod. de edend.* id eſt, plenè probauerit, ſiue actor ille ſit qui actionem ſuam fundare debuit, ſiue reus qui ſuam exceptionem: nam & reus in ſua exceptione actor eſt *leg. in exceptionibus 19. infr. de probat.* Et verò faceret reo iniuriam iudex ſi actore in ſuis probationibus deficiente iuſiurandum etiam

ipſi

ipſi reo deferret, cùm vincere hoc caſu reus debeat, etiamſi nihil præſtiterit, vt diſertè ſcriptum eſt in *d.l.4.Cod.de edend.* Quantò magis ſi in ea cauſa iuſiurandum deferat actori, vt inuito reo litis deciſionem periurio committat actoris, quem repellere omnimodo deberet, non teſtem illum & iudicem in propria cauſa conſtituere contra *l. nullus 10. infr. & l. omnibus 10. Cod. de teſtib.* nec rurſus vnum teſtem quantumuis integrum habere pro ſemiplena probatione, cùm dici ſoleat & veriſſimum ſit, extra quoſdam ſingulares caſus vocem vnius etiam ſenatoris vocem eſſe nullius *leg. iuriſiurandi 9.§.1.eod.tit.* Quod tamen non verè diceretur, ſi poſſet vnus teſtis prodeſſe ad obligandum iudicem vel inuitum, vt ei qui vnum teſtem haberet, iuſiurandum deferre cogeretur, neque verò hęc iuriſiurandi exactio eſſet facta per iudicem, de qua tamen ſola Caius hîc loquitur, ſed delatio, quæ longè diuerſum quid eſt. Exigit enim iuſiurandum iudex volens ab inuito in dubiis cauſis, non autem inuitus à volente, multo minùs à requirente, cùm non poſſit, non eſſe ſuſpectus, vel maximè qui non ſolum vltro ſe iuriiurando offerat, vt teſtem ſe conſtituat in cauſa propria, quemadmodum & pro ſuſpecto haberi ſolet, qui ſe pro alio teſtem vltrò ingerit aut procuratorem *l.3. inf. de teſtib. l. quæ omnia 25. ſupr. de procur.* At delatio fit à volente volenti, nec vnquam à ſolo iudice, ſed ab aduerſario primùm deferente, ſiue actor ille ſit, ſiue reus. Dubiam igitur cauſam non aliam Caius hîc intelligere potuit, quàm in qua vterque litigatorum intentionem ſuam plenè probauerit, ita vt propter conflictum probationum non facilè poſſit iudex, vt diximus, apud ſe conſtituere, quis vincere debeat: ita vt iurare ipſe etiam liquidò poſſit, ſibi non liquere. Quo tamen caſu æquius eſt, vt iuſiurandum exigere à reo debeat, vt pro eo poſteà iudicet, qui alioquin ſummo iure cæteris parib. etiam citra iuſiurandum vincere & abſolui deberet, quàm actori qui cæteris quoq; paribus deberet ſuccumbere. Ideóque benè Caius, ſi tamen hæc lex Triboniani non eſt, potiùs quàm Caij, eas conſtitutiones quæ contra ius commune quod anteà obtinuerat, induxerunt, vt etiam poſt iuſiurandum exactum, latámque pro eo, qui iurauit, ſententiam permittatur ex integro cauſam agere, ſi quis noua ſe inſtrumenta dicit inueniſſe, quibus nunc ſolis vſurus ſit, tunc demum locum habere, cùm à iudice abſolutus quis fuerit, vt intelligamus, non temerè idem actori indulgendum eſſe, vt ex ſuo iureiurando debeat vincere, ſed reo duntaxat, cùm tamen eo iure; quo interpretes, & pragmatici noſtri vtuntur, præcipuus vſus iuriſiurandi iſtius, quod ſuppletorium aut ſuppletiuum vocant, pro actore ſit potiùs quàm pro reo, ſicuti actor ſolus eſt, qui probatione oneratur non reus *d. l. 4. C. de edend. d. l. vlt. C. de rei vindic. l. actor 23. C. de probat. l. adſeueratio 10. C. de non numer. pecun.* Etenim quoque cùm reo, qui ſuam exceptionem minùs plenè probauerit, tale iuſiurandum defertur, non tamen quaſi reo defertur, ſed tanquam actori, quia reus, vt diximus, in ſua exceptione, actor eſt *d.l. in exceptionibus §.1.* & ei ſemper incumbit onus probandi qui dicit non qui negat *l. 2. eod. tit. de probat.* Vnde eſt quod Africanus ſcribit in *l. ſi priuſquàm 15. in fin. infra de oper. noui nunciat.* Actoris partes ſuſtinere, aut actoris partibus fungi, nihil aliud eſſe, quã probandi onere ac neceſſitate adſtringi. Poteſt tamen interdum fieri, vt etiam circa intentionem ipſam actoris plenè ab eo probatam, conflictus talis ſit probationum rei, vt maior tamen ſi non præſumptio, ſaltem ſuſpicio ſit pro actore, fortè quia vel pluribus nitatur teſtibus, vel qui ſint maioris fidei & exiſtimationis, aut alia de cauſa minùs ſuſpecti, quàm qui à reo producti ſunt, nec tamen pro actore citra iuſiurandum pronunciare iudex ſatis tutò poſſit, aut quòd reus quoque alias pro ſe veriſimilis ſuſpicionis & præſumptionis cauſas habeat, aut quia ſolus rei fauor non minoris momenti & ponderis eſſe debeat ad mouendum iudicem, vt pro reo pronunciet, quàm ſuſpiciones illæ & præſumptiones quæ faciunt pro actore: nec tamen tantus poſſit eſſe fauor ille, vt non potiùs pro actore iurante iudicandum ſit, fortè quòd eius perſona ſit honeſtiſſima & ſpectatæ fidei, perſona verò rei vilis aut etiam turpis & infamis. Cur non hoc ſaltem caſu & aliis, ſi qui ſunt ſimiles, permittamus iudici in cauſa dubia hæſitanti, vt iuſiurandum actori deferat, potiùs quàm reo, vt poſtmodum pro actore contra reum pronunciet? Quandoquidem nullo quoque exacto iureiurando vincere tamen hoc caſu actor deberet, qui intentionem ſuam non modò plenè, ſed etiam veriſimilioribus teſtimoniis aliiſve argumentis comprobaſſet. Nulla certè hoc caſu fit reo iniuria, fieret autem actori, ſi ſolo rei fauore vinceretur, qui tamen grauiores pro ſe ac probabiliores haberet probationes. Alioqui nec ſi bonam cauſam actor haberet, vincere tamen vnquam poſſet, ſed rei fauore ſemper vinceretur, ſaltem eo caſu quo reus aliquas pro ſe adferret probationes, quamuis leuiores, aut ſuſpectiores, quod certè eſſet iniquum. Fateor tamen poſſe hoc rarius contingere, & à communiter accidentibus dicendum potius eſſe, iuſiurandum de quo in hac lege agitur, reo deferendum eſſe, non actori, vt ſi iuret abſoluatur, eúmque ſenſum eſſe horum verborum *tunc videntur locum habere cùm aliquis abſolutus fuerit.* Quæ verba conuincunt etiam manifeſtè interpretationem Dyni exiſtimantis, intelligendam eſſe legem hanc de eo caſu, quo iuſiurandum à iudice exactum, nulladum ſubſecuta ſit ſententia: quomodo enim poſſet reus abſolutus eſſe, niſi per ſententiam? *l. 1. infr. de re iudic. l. pen. infr. de confeſſ.* Item illa præcedentia *ex integro cauſam agere.* Non enim de cauſa ex integro agenda tractandum eſſet, ſed de lite proſequenda, ſi nihil dum iudicatum proponeretur, quòd ſi reus fuerit condemnatus, eo nimirum caſu, quo diximus, etiam actori poſſe hoc iuſiurandum deferri, adeóque ab ipſo inuito exigi, vt ſecundum eum pronuncietur: nec enim quod actori licet, non debet etiam reo licere, vt habet vulgata iuris regula *l. non debet actori 41. de regul. iur.* Ergo ei qui in cauſa dubia ſuccubuit ob iuſiurandum aduerſarij, à iudice exactum, ſiue actor, ſiue reus ſit, permittendum eſt ex Conſtitutionibus, vt cauſam ex integro agat, ſed hoc non paſſim, at vno illo caſu, qui in hac lege ponitur, quo dicat noua ſe inſtrumenta inueniſſe quibus ſolis nunc ſit vſurus. Quo tamen etiam caſu illa dubitandi ratio ſemper manet, quam initio attulimus, quòd is qui iurauit, nunquam debeat condicionis eſſe deterioris, ob id ſolùm quod iurauerit, & tantò melioris, quòd poſtquàm iuratum eſt, de periurio quæri ampliùs non poteſt *dict. l. 1. Cod. hoc tit.* niſi in caſu *l. vltim. eod. tit.* Atqui ſi iuratum non eſſet, nemo diceret ſententiam retractari debere prætex-

geretur, quod extra iudicium & delatum eſſet & præſtitum. Ergo ſi ei qui lege Aquilia acturus eſt, iuſiurandum deferatur à reo inficiante apud Prætorem, iſque alias habeat delicti probationes, quibus confidat, multò prudentius faciet ſi iuſiurandum recuſet, id eſt, nec iurare velit, nec referre, vt poſſit lis per inficiationem creſcere. Iuſta enim iuriſiurandi recuſandi cauſa iſta eſt, ſi futurum ſit, vt is cui condicio defertur, tantò minorem condemnationem ex ſuo iureiurando ſit reportaturus, quod hîc contingeret, quemadmodum rei debitor, inquit Bartolus ſi eam ſoluat cum diminutione alicuius qualitatis, non liberatur, *leg. etiam* 27. *de ſolut.* Idque Bartolus etiam benè vidit, nec poſſe hîc obiici quod ſcriptum eſt in *leg. manifeſta* 38. *infr. hoc titul.* Nam nec audiendus eſſet reus, ſi ad euitandam grauiorem condemnationem fortaſſis etiam expenſarum litis, vellet confiteri actoris intentionem, quam actor iam per teſtes, aut aliter pleniſſimè probaſſet, vt hîc quoque Bartolus tractat. Sed cùm deferente reo actor iurauit, atque ita intentionem ſuam probauit, difficilius eſt vt ei permittatur ab ea probatione reſilire, & teſtes, aliáſve probationes conquirere, per quas fiat, vt ad duplum condemnari poſſit reus, cui iam quæſitum ius quodammodo videbatur, ne amplius condemnari niſi ad ſimplum poſſet, quaſi iurando ab aliis omnibus probationibus excludi actor voluerit, & contentus eſſe ſimplo, cùm ſciuerit aut ſcire debuerit non alia condicione iurare ſe poſſe, vt in ſpecie *leg. ſi duo* 38. *de acquirend. heredit.* maximè verò ſi apud Prætorem in iure aut apud iudicem in iudicio fuerit iuratum, non autem extra iudicium, cùm in iudicio quaſi contrahatur *leg.* 3. §. *idem ſcribit infr. de pecul.* Et tamen Accurſij noſtri, vt videtur, itémque Bartoli & interpretum noſtrorum ſententia eſt, nihil hac parte referre, an poſt iuſiurandum præſtitum velit actor alias probationes conquirere, an verò ante, propterea quòd iuſiurandum, inquiunt, non tollat primam actionem, licèt nouationis vim obtineat *dict. leg. qui iuraſſe* 26. §. *vltim.* vbi diximus ſuprà. Sed vereor ne non ſit hæc ratio ſatis bona, non enim quærimus, an etiam poſt præſtitum iuſiurandum ſuperſit actio legis Aquiliæ, de quo non dubitant, ſiue ante propoſitam illam actionem præſtitum ſit ſiue poſtea. Sed quomodo poſſit dupli perſecutio ſupereſſe ei, qui iurando videtur ſimplo contentus fuiſſe, atque ita dupli vnquam obtinendi ſpem ſibi præcidiſſe? Nam ſi quis reſpondeat poſſe quemlibet priuilegio ſuo renunciare, & iuri pro ſe introducto *leg. penultim. Cod. de pact. leg. ſi iudex circumuento* 41. *ſupr. de minor.* replicabo, nemini tamen licere conſilium mutare in alterius iniuriam *leg. nemo poteſt mutare* 75. *de regulis iur.* id eſt in præiudicium iuris, quod alteri iam quæſitum ſit: dubitari autem non poteſt, quin reo, qui detulit iuſiurandum actori, ius acquiſitum ſit non ex ſola quidem illa delatione, ſed ex iureiurando poſtea præſtito ne poſtea in duplum conueniri poſſit. Et quod hîc Paulus ſubiicit, omiſſa hac parte edicti actionem dupli integram manere, facilè hanc interpretationem recipere poteſt, vt ita demùm omiſſa dici poſſit hæc pars edicti, ſi actor delatum ſibi iuſiurandum recuſauerit, non etiam ſi ſuſceperit. Cur enim iurat, niſi vt ex iureiurando, & probationem, & actionem ſibi acquirat ex hac parte edicti? Neque verò ſic prudentes noſtri loquuntur, vt dicant ſolam actionem ex iureiurando nouationis vim obtinere, ſed iuſiurandum ipſum, vt intelligamus ſolum iuſiurandum ſufficere, etiam nulla ex eo propoſita actione, vt prior actio, quæ fuerat, perimatur *dict. leg. qui iuraſſe* 26. §. *vltim. ſupr.* Iuſiurandum, inquam, non rei, ſed actoris. Nam rei iureiurando certum eſt non tolli actionem ipſo iure, ſed tantùm per exceptionem *dict. leg. nam poſteaquam* 9. §. 1. *& dict. leg. in duobus* 28. §. 1. *ſupr.* At per iuſiurandum actoris ſine dubio nouatur & tollitur, quia hoc maluiſſe actor videtur, licèt cum aliquo ſuo damno & incommodo, quàm alterius dubiæ probationis aleam ſubire, ex qua periculum amittendæ litis incurrere potuiſſet. In eóque videtur mihi erraſſe Bartolus poſt Accurſium, & quotquot illos ſequuntur, cùm defendunt ex parte actoris iurantis nullam fieri nouationem priſtinæ actionis, decepti ex vno hoc loco vbi Paulus ſcribit, omiſſa hac parte edicti actionem dupli manere integram, quaſi id obtineat etiam poſt præſtitum iuſiurandum: quod certè non ita eſt, cùm is qui iurauit referente aduerſario non poſſit dici hanc edicti partem omiſiſſe. Et verò quemadmodum is qui iuſiurandum detulit, reuocare delationem poſtea non poteſt, ne quidem ex cauſa vbi ſemel præſtitum eſt *leg. ſi quis iuſiurandum* 11. in illis verbis *necdum eo præſtito. Codic. hoc titul.* ita nec ei qui iam iurauit, permitti vllo caſu poteſt, vt ab eo iureiurando reſiliat inuito aduerſario, cui aliquid iuris ex eo quæſitum fuerit, præſertim cùm abſurdum ſit & ſuperuacuum, ideóque nec ferendum, vt actor alias conquirat & adferat probationes, poſteaquàm iureiurando proprio ſuam intentionem pleniſſimè probauerit. Quid enim hoc aliud eſſet, quàm actum agere, & certam probationem quæſitis congeſtiſque aliis minùs certis probationibus hoc ipſo dubiam & ſuſpectam facere? Nec video, qua ratione hoc permittere bonus iudex poſſit, etiam ab actore ipſo requiſitus, cùm poſt iuſiurandum præſtitum de alio quærendum non ſit, quàm de hoc ſolo, an iuratum fuerit, vt toties diximus ex *leg.* 5. §. *dato iureiurando ſupr.* Aliis autem probationibus non poſſit aperiri via, quin hoc ipſo incertum fiat, quod iam pleniſſimè probatum ex integro probandum ſuſcipitur. Malè igitur Accurſius & Bartolus hanc legem protrahunt ad illum quoque caſum, quo actor poſt præſtitum à ſe iuſiurandum velit priſtinam legis Aquiliæ actionem repetere, ſuámque intentionem adhuc per teſtes probare, vt duplum conſequatur, nec minùs falſum proinde eſt, quod ex eodem errore infert Bartolus, ſi iudex poſt primam negationem admiſerit confeſſionem rei, poſſe actorem adhuc probare maleficium per teſtes, vt eripiat reo beneficium quod ex ſtatuto alioquin ob ſuam confeſſionem eſſet habiturus, cùm neque in poteſtate actoris eſſe debeat eripere reo commodum ſuæ confeſſionis & beneficium, quod habeat non ab actore, ſed à ſtatuto *leg. vlt. ſupr. de pact. leg. Granius* 71. §. *penult. de fideiuſſor. vulg. leg. id quod noſtrum* 11. *leg. non debet* 74. *de regul. iur. leg.* 3. *de interd. & releg.* nec prohibendus ſit reus bonam fidem agnoſcere, ac probè tandem confiteri, quod anteà improbè negauerat, ne durior fiat condicio actoris

& rei

& rei ſit nullus pœnitentiæ locus relinquatur, dummodò nulla ex rei pœnitentia captio ſit actoris, *l. de ætate 11. § vltim. ſupr. de interrog. in iur. fac.* id eſt dummodò res ſit integra. Nam ſi poſt iam allatas ab actore intentionis ſuæ probationes, ob improbam rei negationem vellet reus confiteri, non eſſet audiendus ad beneficium ſtatuti implorandum, nec ſi expenſas omnes litis in eum vſque diem refundere paratus eſſet, nempe quia nullum beneficium mereri poteſt confeſſio, quam probationum contrariarum vis potiùs quàm bona fides ab improbo litigatore inuito extorſerit: quod & Bartolus admittit: quanquam nec facilè patior impunitam manere negationem rei improbam, & calumnioſam, ſed aliter puniri eam & coërceri vellem, quàm vt locus pœnitentiæ & confeſſioni denegaretur, mulcta ſcilicet aliqua pecuniaria eo nomine irroganda, ac prætereà expenſarum omnium à die ſaltem negationis in diem vſque confeſſionis factarum, refuſione. Eóque iure paſſim vtimur. Illud æquè non probo, quod addit Bartolus, legem hanc in iureiurando quoque neceſſario, vt vocat, & ſuppletiuo locum habere, vt ſi actor intentionem ſuam à reo negatam non niſi ſemiplenè probauerit, ex eáque cauſa petierit admitti ſe ad iuſiurandum ſuppletiuum, & admiſſus fuerit in actione legis Aquiliæ, aut alia quæ per inficiationem poſſit creſcere, non tamen duplum conſequi debeat, ſed ſimplum, quaſi huic quoque poſſit imputari, cur hanc edicti partem agnouerit, quæ eſt, inquit, de iureiurando non minùs neceſſario, quàm voluntario & iudiciali: in quo fallitur, nullum enim tale iuſiurandum ſuppletiuum agnoſcit Iuriſprudentia, vt diximus iam ſæpius, & tractabimus latius ad *l. ſequ.* longéque aliud eſt iuſiurandum neceſſarium, de quo in Rubrica huius Tituli, vt diximus ad *l. 1. ſupr.* Et prætereà non alia eſt ratio huius legis, quam quòd imputare ſibi debeat actor, qui ſuam intentionem iureiurando ſuo probare maluit, quàm per teſtes. Quod tamen non ſimiliter poſſis dicere de eo qui fecit quod potuit, vt intentionem ſuam per teſtes probaret, nec tamen probare potuit niſi ſemiplenè. An ergo tunc admittemus ad dupli perſecutionem? Multò minùs. Imò ne quidem ſimplum conſequi debebit, cùm paria ſint actorem nihil probaſſe, & minùs plenè probaſſe *l. 4. Cod. de edend. l. vltim. C. de rei vindic.* Planè admiſſa interpretum de iureiurando illo ſuppletiuo ſententia, faciliùs deſcendam in Bartoli opinionem, vt actor hic, qui in probationis ſuæ ſupplementum iurauit, ſimplum ſolum conſequi debeat, non duplum. Quidni enim ſit ſimplo contentus, qui ſuo iureiurando non ex aduerſarij delatione, ſed eo inuito litis victoriam ſibi peperit quam amittere omnino ex iuris ratione debuiſſet?

a *Ex ea actione quæ inficiando creſcit.* Inficiationem intellige non ſolùm per quam negetur factum, ſed etiam ſi negetur qualitas facti, quæ ſubſtantiam eius alteret, vt loquitur Bartolus, quòd fieri non poſſit, vt eiuſmodi qualitas negetur quin facti ipſius negatio fiat. Et paris malitiæ & calumniæ eſt qualitatem ſubſtantialem facti, & factum ipſum negare, ſi modò talis qualitas ſit, inquit Bartolus, quam reus probabiliter ſcire debeat, cùm alioqui nulla eius culpa, nullúmque mendacium videri poſſit. Lex enim Aquilia, & quotquot poſt eam leges induxerunt actiones iſtas quæ per inficiationem creſcunt, non tam id egerunt vt inficiationem punirent, quàm vt inficiantis mendacium, & calumniam. Ideóque nec creſcit actio per inficiationem, ſi delictum nullum præceſſerit, quia nec calumnioſa eo caſu videri poteſt inficiatio, ſicuti neque contra eum qui crimen ingenuè confeſſus, negaret tamen propoſitam ab actore damni æſtimationem, quia damni æſtimatio cum facti delictique veritate nihil commune habet. Et ita hæc omnia bene Bartolus ex *l. 2. inde Neratius 23 §. hac actio. & §. vltim. cum l. ſeq. & l. proinde 25. §. vlt. & l. ſeq. ſupr. ad leg. Aquil. l. contra negantem 4. C. eod.* Sicut & quod monet, nihil intereſſe quod ad huius legis ſpeciem pertinet, an ex delatione iuratum ſit, an ex relatione *dict. l. ſi. illud 25. §. 1. infr. de pecun. conſtit.*

b *Abundè enim ſufficere exonerari petitorem probandi neceſſitate.* Hæc eadem ratio facit, vt valde probem quod Senatus noſter ſequi ſolet, ne is qui ex aduerſarij iureiurando vincitur, ad expenſas litis condemnetur. Nam ei abundè ſufficere debet quod ex delatione aduerſarij iurando ſe exonerauerit probandi neceſſitate, atque eo modo teſtis in propria cauſa conſtitutus, victoriam litis ſibi parauerit in qua ſuccumbere aliàs debuiſſet. Sed hoc ita, ſi actor ad fundandam ſuam intentionem iurauerit, non etiam ſi ſuper aliqua exceptione à reo propoſita, ne alioqui in rei poteſtate ſit falſa aliqua & calumnioſa exceptione oppoſita, delatoque per calumniam iureiurando immunitatem à condemnatione expenſarum litis ſibi acquirere. De quo in Codice noſtro ſcripſimus *Defin. 1. hoc tit.*

1 ¶ Si iurauero te, Stichum mihi dare oportere, qui non ſit in rerum natura: nec æſtimationem mihi præſtare reus debet, niſi ex cauſa furtiua, vel propter moras, [a] tunc enim etiam poſt mortem ſerui æſtimatio præſtatur.

*Ad §. 1. Si iurauero.*

RATIO DVBIT. Poſtquam actor iurauit, non de alio quærendum eſt, quàm vtrum iurauerit *l. in duobus 28. §. vltim. in fin. l. ſi duo 13. § idem Iulianus in fin. ſupr. hoc titul.* Non igitur diſtinguendum aut inquirendum eſt, poſtquam iurauit te mihi Stichum dare oportere, an in rerum natura fuerit tempore iuriſiurandi præſtiti an non fuerit, & ſi deceſſit, an poſt moram, an verò ante deceſſerit: cùm nihil vetet etiam perempti hominis æſtimationem iniri & præſtari delato ſaltem per iudicem iureiurando *l. in actionibus 5. verſ. planè infr. tit. proxim.* adeoque citra iuſiurandum ſi actor petat æſtimationem, quæ fuit vitæ & mortis tempore [illegible] ſumpto, vt in *l. 3. infr de condict. tritic. l. 2 ſupr. ad legem Aquil. l. 2. §. quaſitum inf. de priuat. delict.* Nam & cùm quis in iure confeſſus eſt ſe Stichum debere, dicimus poſſe illum ex

ſua confeſſione condemnari, ſiue iam cùm mortuus erat Stichus ſiue poſtea deceſſerit *l. qui Stichum* 5. *infr. de confeß.* Atqui pro confeſſo habendus eſt qui iuſiurandum detulit ſi ex ea delatione poſtea iuratum ſit, vt ad initium huius legis proximè diximus. Ergo & cùm iuraui te Stichum mihi debere, qui iam deceſſerat, omnimodò tamen condemnandus es, non quidem vt præſtes Stichum qui iam mortuus nullus eſt, ſed ipſius ſaltem æſtimationem quę fuerit mortis tempore, vt in *dict. l. 3. de condict. tritic.*

Dec. Omne iuſiurandum, vt & alia quælibet diſpoſitio ſiue hominis ſiue legis, præſupponit ſemper terminos habiles vt nulla ſit repugnantia ex parte rei *l. tutor pupilli* 35. *§. 1. infr. l. 1. §. vlt ad Senatuſconſultum Tertyll.* Atqui non ſunt termini habiles ſi Stichus, quem iuraui meum eſſe iam tum defunctus fuit, non enim deberi poteſt iam homo mortuus, cùm nec ſit in rerum natura, nec eſſe amplius poſſit, adeò vt ſi homo mortuus ſiſti promiſſus ſit ſub pœna certæ quantitatis, nec homo nec ipſius æſtimatio adeóque nec pœna committatur *l. ſi homo mortuus* 69. *infr. de verborum obligationibus.* Impoſſibilium enim nulla prorſus obligatio eſt, nec eſſe poteſt *l. impoßibilium* 185. *de reg. iur.* Sicut igitur homo mortuus nec in obligationem, nec in pactionem, nec in iudicium deduci poteſt, ita neque in iuſiurandum, ſiue pro ſtipulatione, ſiue pro pacto conuento, ſiue denique pro iudicio iuſiurandum accipere quis velit, *d. l. tutor pupilli* §. 1. eo quòd dicimus confeſſionem in iure factam non aliter valere & ratam eſſe poſſe, quàm ſi ius & naturam recipiat *l. confeßionibus* 13. *& l. ſeq. §. vltim. ſupr. de interrog. in iur. fac.* idem de iureiurando perinde dici multò magis debet, quod pro veritate haberi non poteſt niſi de ea re interponatur, quæ vera ſi non ſit, ſaltem eſſe poſſit, non poteſt autem verum eſſe vt te oporteat mihi dare Stichum qui iam ſit mortuus, niſi vel furtiuus fuerit, qui per condictionem furtiuam etiam mortuus peti poſſit, *l. ſi pro fure* 7. *§. vltim. infr. de condict. furt.* aut poſt debitoris moram deceſſerit, vt Paulus hîc ſubiicit, quoniam his caſibus nec mortuus eſſe creditur, ſed perinde peti poteſt acſi adhuc viueret *l. ſi ſeruum* 91. *§. ſequitur, & §. vltim. infr. de verborum obligationib.* adeò vt præſens ipſius æſtimatio debeatur, quæ porrò niſi per actoris iuſiurandum fieri nulla poteſt *dict. §. planè l. 5. infr. tit. proxim.* Planè ſi poſt litem conteſtatam deceſſerit, cùm per condictionem certi peritus eſſet, rectè citra iuſiurandum æſtimabitur, quia non præſens æſtimatio hoc caſu debetur, ſed ea quæ fuit præciſè tempore litis conteſtatæ *l. vinum* 22. *l. cùm fundus* 31. *ſupr tit. prox. l. vltim. infr. de condict. tritic. l. 3. §. in hac commod. l. hominem* 37. *infr. mandat.* Si verò petitus fuerat per triticariam, & deceſſerit ante condemnationem, æſtimabitur etiam citra iuſiurandum quanti fuit mortis tempore *dict. l. 3. de condict. tritic.* Sed extra hos caſus neque mortuus homo deberi poteſt neque ipſius æſtimatio, nec magis ex iureiurando, quàm ex alia qualibet cauſa, ideoque placet quod Accurſius noſter notat id, quod ſcriptum eſt in *dict. l. qui Stichum* 5. *infr. de confeß.* Eum qui in iure confeſſus eſt ſe Stichum debere, qui iam tum deceſſerat, condemnandum omnimodo eſſe, reſtringi oportere ad eum caſum quo Stichus poſt moram deceſſerit, nec ideo commentitia & improbabilis videri debet hæc interpretatio, quod in ea lege nihil de mora priùs contracta dicatur, non enim poteſt fieri confeſſio in iure, & apud Prætorem quin vocatus fuerit in ius reus tanquam Stichi debitor, nec vocatio fieri citra editionem actionis, & interpellationem quæ debitorem in mora conſtituerit *l. 1. ſup. de edend. l. 1. & paß. de in ius vocand. §. omnium. Inſtit. de pæn. temer. litig.* hoc enim eſt quod Papinianus dicebat in *l. 3. in princip. de vſur.* vix eſſe vt ſine mora perueniri poſſit ad iudicem: etſi non ignoro placere Bartolo aliiſque interpretibus, eum qui in iure confeſſus eſt Stichum debere perinde obligari ex ſua confeſſione vt condemnari debeat, tametſi iam tum Stichus deceſſerit ante moram, ſi modò deceſſiſſe illum non ignorabat, ſed parum probabiliter meo iudicio, cùm ea confeſſio ex illarum numero ſit, quæ nec ius nec naturam recipiunt, de quibus in *d. l. confeßionibus cum l. ſeq. in §. vltim.* Niſi fortè quis velit eam defendere iure tacitæ cuiuſdam donationis ex regula *l. cuius per errorem* 53. *de reg. iur.* Verùm neque hoc probabile eſt, cùm non magis in donationem deduci poſſit res perempta quàm in ſtipulationem aut in iudicium. Nam nec donatio fieri olim aliter poterat quàm per ſtipulationem vel traditionem: nec tractamus de debitore qui confeſſus ſit ſe Stichi iam mortui æſtimationem debere quæ viuo eo fuerit, ſed de eo qui Stichum ipſum. Neque rurſum obiici poteſt, quod Bartolus obiicit, eum qui iurat, videri abiicere omnes exceptiones, quas ſibi competere ſciebat, non enim hîc de exceptione vlla quæritur, ſed de defectu materiæ, quæ in iuſiurandum deduci potuerit, cùm iuratum ſit de homine iam mortuo, & nullo. Planè ſi ponas iuratum fuiſſe de homine, qui licèt iam tum re vera mortuus, in rebus tamen humanis eſſe credebatur, tantò minùs valere iuſiurandum poterit, ſiue tanquam per errorem præſtitum, ſiue quod nemo credendus ſit renunciaſſe iuri quod ſibi competere ignorauit, vt idem Paulus noſter argumentatur in *l. mater decedens* 19. *ſupr. de inofficioſo teſtamento.*

a *Niſi ex cauſa furtiua vel propter moram.* Rat. dvbit. Neque cauſa furtiua neque mora debitoris facere poteſt, vt Stichus qui debebatur, non ſit reuera mortuus & nullus, nec proinde quin ſit impoſſibile eum præſtari. Atqui impoſſibilium nulla eſt obligatio *dict. l impoßibilium*, nec poteſt odium furis aut moroſi debitoris facere poſſibile, quod per ipſam rerum naturam eſt impoſſibile, non ergo debuit Paulus iſtas addere exceptiones.

Decid. Eſt hic vnus ex effectibus moræ & quidem præcipuus, vt rem quæ poſt debitoris moram perempta eſt, faciat haberi pro extante, vtque homo debitus reuera mortuus adhuc viuere exiſtimetur, adeoque peti poſſit & debeat, non ipſius æſtimatio *dict. l. ſi ſeruum* 91. *§. ſequitur, & §. vltim. de verborum obligationibus.* ne alioqui proſit moratori ſua fruſtratio contra *dict. l. hominem* 37. *in fin. mandat.* factóque ſuo tollat ſuam obligationem, & ſe liberet, quod abſurdum & iniquum eſſet *dict. l. ſi ſeruum §. nunc videamus.* Ideoque nimirum in furtiua condictione idem iuris eſt *dict. l. ſi pro fure* 7. *§. vltim. de condict. furt.* quoniam fur qui ſolus ea condictione tenetur heréſve eius *l. 5. eodem titul.* ſemper moram facere intelligitur reipſa, & citra interpellationem quouſque rem furtiuam reſtituerit, *l. in re furtiua* 8. *§. 1. in fin. l. vltim. eod.* Rem ergo veram iurat creditor cuiuſlibet debitoris, qui in ſoluendo Sticho moram contraxérit, itémque dominus

nus Stichi furto ſubtracti cùm etiam mortuo iam Sticho iurat deferente fure vel alio quolibet moroſo debitore Stichum dari ſibi oportere. Nam & Stichi precium deduci hoc caſu poſſet in conſtitutum *l. promiſſor 21. in princip. infr. de pecun. conſtit.* & in ſtipulationem *l. inter ſtipulantem 83. §. penult. de verborum obligationib.* vbi etiam redditur ratio quare extra hos caſus omnino inutilis ſit ſtipulatio hominis iam mortui, quoniam, inquit, etiamſi debitus antè fuiſſet, tamen eius morte debitor liberaretur. Nec enim qui ſeruum viuum promiſit, illud etiam promiſiſſe intelligitur ſeruum illum non moriturum, quæ promiſſio eſſet impoſſibilis *l. non moriturum 8. C. de contr. & committ. ſtipulat.* Proinde ſi poſt iuſiurandum præſtitum Stichus deceſſerit, qui eo tempore viuebat, dubitari non oportet, quin multò magis præſtanda ſit eius æſtimatio, cùm iuſiurandum non ſolùm interpellationis vim habeat, ad conſtituendum debitorem in mora perpetuandámque obligationem, ſed etiam conteſtationis ad perpetuandam quod difficilius eſt actionem ipſam *l. nam poſteaquam 9. §. ſi is qui ſupr. hoc tit.* Sed hoc ita ſi debitum aliquod verè præceſſerat. Nam ſi tunc primùm contractum ſit per iuſiurandum, quod pro veritate habetur, fieri non poteſt, vt eodem inſtanti quo iuſiurandum præſtitum fuerit, & obligatio contrahatur & mora, ideoque noua interpellatione opus eſt, vt ſubtiliter Bartolus pro Iacobo Butrigario contra Guillielmum diſputat, *ex l. quod dicimus 105. infr. de ſolut.* Sed melior textus eſt *in dict. l. promiſſor 21. §. 1 de pecun. conſtit. iunct. l. mora 32. & l. ſciendum 21. infr. de vſur.*

2 ¶ Si mulier iurauerit, decem dotis ſibi deberi: tota ea ſumma præſtanda eſt. ſed ſi iurauit, ſe decem dediſſe in dotem: hoc ſolùm non erit quærendum, an data ſint; ſed quaſi data ſint, quod ex eo reddi oportet, præſtandum erit.

*Ad §. 1. Si mulier.*

Ratio dvbit. Non poteſt dotis nomine aliud deberi quàm quod in dotem conſtitutum fuit: dotis enim obligatio naſcitur ex contractu dotis, contractus autem dotis ex eorum numero eſt, qui re perficiuntur *l. 1. Cod. de dot. caut. non numer. l. dotem 30. iunct. l. 1. & paſſ. infr. de iure dotium.* Nec rurſus fieri poteſt, vt quod in dotem conſtitutum fuit, & ex ea cauſa traditum non debeatur dotis nomine ſoluto quandocunque matrimonio: dos enim omnimodo reſtituenda eſt *l. 1. & tot. tit. infr. ſolut matrim.* Nihil ergo intereſſe videtur, an mulier iurauerit decem dotis nomine ſibi videri, an verò decem ſe in dotem dediſſe, & vtroque caſu videntur præſtanda decem, vt iuſiurandum conſeruetur.

Dec. Multum intereſt an iuret mulier de iure obligationis dotalis an de facto conſtitutionis: dotis enim obligatio iuris eſt, dotis autem conſtitutio facti. At mulier quæ ſoluto matrimonio iurat decem ſibi dotis nomine deberi, iurat de obligationis iure non de facto, debiti enim nomine nihil niſi obligationem intelligimus, quæ ſit vel naturalis vel honoraria vel ciuilis *l. 1. §. debitum. infr. de pecun. conſtit.* Conſtitutionem verò dotis cùm dicimus, nihil niſi factum ipſum conſtituentis ſignificamus. Proinde cùm mulier iurauit decem ſibi deberi dotis nomine, decem ei omnimodo præſtanda ſunt, id eſt, etiamſi minùs ſit in facultatibus mariti, quàm vt ſolida decem ſoluere poſſit tametſi habeat priuilegium, vt non ſupra quàm facere poſſit conueniatur *l. maritum 12. & ſeqq. infr. ſolut. matrim. l. ſunt qui 16. & ſeqq. infr. de re iudic.* Verbo enim *deberi* in iureiurando mulieris cum effectu accipiendum eſt, vt ait Accurſ. ex *l. 1. §. 1. Quod quiſq; iur. l. penult. §. penult. ſup. Ne quis eum qui in ius vocab.* Non acciperetur autē cū effectu ſi debiti probationem quæ per iuſiurandum inducitur, ſolutio integra non ſequeretur: tametſi nihil vetet plus deberi & minus exigi, ſi cauſa iuris ab effectu ſuo diſcernatur. Nam tum quoque cùm maritus non niſi in quantum facere poteſt, conuenitur, id eſt, in partem dotis debitæ reſtituendæ, non eò minùs tamen verum eſt eum debere ſolidum, quomodo & is ſolidum debet qui bonis ceſſit, ſi ex iis ſolidum conſequi creditor non potuerit *§. vltim. Inſtit. De replicat.* Ex quo intelligimus quàm verum ſit quod docuimus ad initium huius legis, per iuſiurandum non ſolùm fieri nouationem prioris actionis, ita vt perimatur illa ipſo iure, ſed etiam ita fieri, vt actio ex iureiurando non induat nec repræſentet naturam præcedentis illius actionis quam perimit, alioqui non periret marito, contra quem iurauit mulier, priuilegium quod haberet, ſi actione De dote conueniretur. Et quamuis iuſiurandum non minus iudicij, quàm ſtipulationis inſtar habere dicatur *l. qui iuraſſe 26. §. vltim. ſupr. hoc tit.* nouatio tamen quæ per iuſiurandum contingit, magis ei ſimilis eſt quæ fit per ſtipulationem, quam ei quæ per iudicium & litis conteſtationem: illa enim priuilegium mariti non adimeret, quod adimit ei iuſiurandum mulieris *l. aliam 29. infr. De nouat.* nempe quia fit ex voluntate, non vt illa ex iuris neceſſitate. Mulier igitur quæ actura de dote iurauit decem ſibi deberi, decem haberē & conſequi omnimodo debet, nec per mariti priuilegium impediri poteſt, quominùs ſolida decem conſequatur: deberi ſiquidem cum effectu id demum intelligitur quod exigi poteſt, non cuius petitio per exceptionem aliquam ſummoueri poſſit *l. debitor 108. de verborum ſignificationib. l. non videtur 13. l. Marcellus 66. l. nihil intereſt 112. de regul. iur.* Nec ideo magis iuſtam querelæ occaſionem maritus habet, cùm ſibi imputare debeat qui iuſiurandum ei tale vltro detulit. At cùm mulier iurauit ſe decem dediſſe & conſtituiſſe in dotem, non poteſt iuſiurandum illud tollere priuilegium mariti, vt ſuprà quàm facere poſſit, ad ſolida decem conueniatur, quia quod decem conſtituta & data ſint, facere non poteſt, vt omnimodo reddere maritus debeat decem ſi facere minùs poſſit, quia nihil de actionis & exactionis iure iuratum eſſe intelligitur, ſed tantùm de ipſa conſtitutione, quæ tota in facto conſiſtit. Cùm ergo nihil per iuſiurandum videri poſſit probatum

niſi quod iuratum eſt, nec proinde aliæ exceptiones excluſæ, quàm quæ alioqui cum eo quod iuratum eſt, pugnarent; apparet non prohiberi maritum, qui ex eo mulieris iureiurando conuenitur, ne poſſit exceptionem illam opponere, vt ſuprà quàm facere poſſit, non exigatur, ſed tantùm, ne poſſit dicere, non tota decem data in dotem fuiſſe: impugnaret enim eo modo iuſiurandum, quod non æquè impugnat, cùm excipit, non ideo decem tota exigi poſſe. Manet enim veritas facti integra, de qua iuratum eſt, & exceptio hæc non factum reſpicit, de quo iuratum eſt, ſed executionem iuris, de quo nihil iuratum fuit. Ita fit vt vtroque in caſo huius §. iuſiurandum pro veritate habeatur, ſiue de iure, ſiue de facto iuratum ſit, ſed quatenus iuratum eſt, & ita vt cùm de facto duntaxat iuratum eſt, cauſa iuris maneat integra & illibata, vt & in ſpecie *l. ſed ſi poſſeſſori* 11. §. *item ſi iurauero ſupr.* & in ſpecie §. *vltim. infr.* non etiam cùm de iure iuratum eſt: potior enim cauſa eſt iuriſiurandi quàm iuris ſi de iure iuratum ſit, & quàm facti ſi de facto: ſed non potior quàm iuris, cùm de ſolo facto iuratum eſt.

3 ¶ In popularibus actionibus iuſiurandum exactum ita demum aduerſus alios proderit, ſi bona fide exactum fuerit. nam & ſi quis egerit: ita demum conſumit publicam actionem, ſi non per colluſionem actum ſit.

*Ad §.3 In popularibus.*

RATIO DVBITANDI. Iuſiurandum inter alios delatum & præſtitum alij quàm deferenti nec prodeſſe debet nec obeſſe, *l. quia non debet* 10. *ſupr. hoc titul.* Atqui alia perſona eſt eius qui nunc populi ius tuetur populari actione propoſita (illa enim demum popularis actio dicitur, vt nomen ipſum indicat, quæ populi ius tuetur *l. 1. infr. de popul. act.*) alia verò perſona illius, qui prior egit populari actione & iuſiurandum detulit. Ergo quamuis prior ille detulerit bona fide, id eſt, citra colluſionem, & ex ea delatione iuratum ſit, non tamen debet iuſiurandum alij nocere eandem actionem proponenti: niſi nouum factum ſit, ex quo noua actio naſcatur, quemadmodum ſolemus in furto dicere, nouum furtum eſſe ſi noua fiat contrectatio, vt in *l. eo qui* 9. *infr. de furt. iunct. l. ſi quis vxori* 52. §. *ſi quis iurauerit* 27. *eodem.*

DECIO. Actio popularis populi eſt, non eius qui eam proponit, ideoque nec ad heredem tranſeunt populares actiones, nec locupletior eſſe intelligitur qui eam habet & exercet *l. penult. §. 1. & l. vltim. de popul. act.* quia non tam ad rem familiarem actoris, quàm ad publicam vltionem pertinent *l. 6. in fin. de ſepulchro violat.* niſi ex tempore litis conteſtatæ, ſi ad eum res pertineat, & eius interſit proprio nomine (nam & hic aliis præferendus eſt *l. 3. §. ſi is cuius eodem titul. l. 3. §. 1 l. mulier 6. de popul. act.*) ſic enim accipi debet quod ſcriptum eſt in *l. vt ſi cui* 12 *de verborum ſignificationib.* Ergo ſicuti vnus populus eſt *l. proponebatur* 76 *ſupr. de iudic.* ita & vna actio, quæ proinde tunc cùm exercetur conſumitur, vt cæteræ actiones omnes, niſi colluſum probetur, vt Paulus hîc ſubijcit: quoties enim colluſio & præuaricatio prioris agentis probatur, nullius momenti eſſe poteſt quod ab eo geſtum eſt *leg. 3. §. ſi tamen poſteaquam infr. de homin. liber exhib. l. Præſes duodecima. Cod. de transact. l. ſi ſuſpecta* 29. *ſupr. de inofficioſo teſtamento. l. ſi per luſorio* 14. *infr. de appellat. l. ex eo tractu* 44. *infr. de re iudicata. l. ſi ſeruus* 50. §. 1. *de legatis* 1. Excipitur tamen actio illa popularis, quæ à Prætore proponitur, de libero homine exhibendo, ex qua ſi reus condemnatus æſtimationem ſoluerit, adhuc conueniri poteſt non ſolùm ab alio, ſed quod magis eſt, ab eodem actore, & quidem ſine vlla exceptione, ſiue doli ſiue rei iudicatæ *dict. §. ſi tamen poſteaquam. verſ. ſi tamen reus.* ſiue fauore libertatis ita placuit, vt putat Accurſius, ſiue potius, vt vult Bartolus, quòd interdictum illud comparatum ſit ad alterius, quàm ad ipſius agentis commodum: quo caſu generaliter docet id m Bartolus. neque iuſiurandum vnius, neque pactum, neque ſententiam pro vno latam nocere alteri ex *dict. verſicul. ſi tamen rem*, quod in cæteris caſibus ſecus eſt *l. 3. de popular. action. l. non cogendum* 45. §. *qui ita ſupr. de procurat.* ſcilicet quantum ad ſententiam & rem iudicatam pertinet, itémque quantum ad iuſiurandum, de quo in hoc paragrapho agitur, & quod æquiparatur rei iudicatæ, *lege prima & ſecunda ſupr.* Nam in pacto & tranſactione certum eſt aliud iuris eſſe, neque pactum aut tranſactionem de populari cauſa valere propter admixtam populi & reipublicæ cauſam, tantum abeſt, vt pactum vel tranſactio vnius nocere poſſit alteri *leg. iuris gentium* 7. §. *ſi paciſcar ne operis. leg. ſi vnus vigeſima ſeptima.* § *pacta quæ turpem verſicul. & in ſumma ſupr. de pact. leg. qui cœtu quinta.* §. *vltim. ad legem Iuliam de vi public. leg. ingenuū octaua. Codic. de ingen. manumiſſ.* Nec mirum eſt plus poſſe rem iudicatam & iuſiurandum, quàm pactum vel tranſactionem, cùm ex neceſſitate litigandum ſit, & conſequenter iudicandum, vt actionis popularis effectus aliquis eſſe poſſit, quæ alioqui maneret inanis & inutilis: paciſcendum autem vel tranſigendum non ſit neceſſariò. Cur ergo, inquies, rei iudicatæ potiùs quàm tranſactioni aut pacto iuſiurandum hac parte comparamus, cùm iuſiurandum, ſiue conuentionale, ſiue iudiciale ſit voluntarium, nec niſi ex deferentis iurantíſque voluntate proficiſcatur? præſertim cùm tranſactio quoque perinde ac iuſiurandum vim habeat rei iudicatæ *l. non minorem* 20. *Cod. de tranſact.* & iuſiurandum ipſum ſit inſtar tranſactionis *l. ſecunda ſupr.* Reſpondeo iuſiurandum hac parte, vt & in aliis pleriſque maioris eſſe poteſtatis, quàm tranſactionem, quia tranſactio nihil niſi pactum eſt, pacta autem non alia Prætor adprobat, quàm quæ fiunt de re priuatiua & familiari, non quæ de re publica *dict. § ſi paciſcar.* ſententiam autem ferri neceſſe eſt etiam de re publica, alioqui fruſtra actiones in eam rem propoſitæ

eſſent

eſſent & interdicta. Maiorem autem adfinitatem habet iuſiurandum cum re iudicata, quàm cum tranſactione, & quàm ipſa tranſactio, quia præſtito iureiurando ſequitur ſtatim ſententia *l. iuſiurandum & ad pecunias 34. §. vltim. infr. hoc tit.* non etiam interueniente tranſactione. Et prætereà quamuis iuſiurandum etiam iudiciale proficiſcatur ex voluntate deferentis, vix tamen eſt, vt deferatur vnquam, niſi ex neceſſitate, & ab eo qui alias probationes deſperet, vt in *l. tutor pupilli 35. infr. hoc titul. l. ſi quis iuſiurandum 11. C. eod.* quotus enim quiſque eſt, qui niſi coactus & inuitus aduerſarium ſuum teſtem in propria cauſa, & iudicem conſtituere velit? quod ipſum tamen fit per delationem iuriſiurandi *l. 1. in fr. quarum rerum act. non det.* Defertur ergo iuſiurandum ad euitandam dumtaxat condemnationem, ſi iurare aduerſarius nolet, aut ad eam differendam ſi cunctabitur, cùm nulla alia vincendi ſpes & ratio ſuperſit deferenti, nec aliàs delaturo. Suſcipitur autem plerumque etiam ab inuito, & quem Prætor cogat aut iurare aut referre, qui alioquin nec iurare nec referre mallet *dict. l. iuſiurandum & ad pecunias 34. § ait Prætor, & ſeq. l. manifeſtæ 38. infr.* Meritò igitur Paulus hîc ſcribit, in popularibus actionibus iuſiurandum exactum etiam aduerſus alios prodeſſe, qui non detulerunt, nec aliud requiri niſi vt bona fide exactum ſit, non per colluſionem. Nam & ſi quis egerit, inquit, dum ne per colluſionem, conſumit publicam actionem perinde ac priuatam: iuſiurandum autem non tantùm rei iudicatæ vim habet, ſed etiam conteſtationis adeóque iudicij in quo exerceatur actio *l. qui iuraſſe 26. §. vltim ſup. & d. l. tutor pupilli § 1. inſr.* Sic enim ratio hæc Pauli ſupplenda & adiuuanda eſt, ne quis iam miretur iuſiurandum hac in re magis rei iudicatæ, quàm tranſactioni pactóve æquiparari. Ideo autem requirit Paulus, vt iuſiurandum bona fide ſit exactum, non quia bene fiat quicquid fit bona fide, *l. qui hominem 34. §. ſi nullo, & ſeqq. infr. de ſolut.* ſed quia nunquam bene fit quod fit ex non bona fide, vt malè putat Accurſius. Quid tamen ſi in populari actione deferente actore iuratum ſit de ea re quæ etiamnum duret? vt in exemplo quod proponit Accurſius, ſi quis adpenſum & ſuſpenſum aliquid habuerit contra ſecundam partem edicti Prætoris, *de his qui deiec. vel effud.* eóque nomine vnus de populo actionem ex illo edicto propoſuerit, quæ popularis eſt *l. 5 §. Prætor ait ne quis & §. vltim. ſupr. de his qui deiec. vel effud.* An ſi ex ea cauſa iuſiurandum exactum vel iudicatum ſit, nocebit ea res cæteris, eâdē actione poſtmodum agere volentibus? Dubitationem facit, quod eadem adpenſio eſt & vna eadémque continuata poſitio: non ergo illius nomine ſæpius agi poteſt nec ab vno eodémque actore, nec à pluribus, ne ſæpiùs de eiuſdem hominis admiſſo quæratur *l. pen. §. vltim ſupr. Naut. caupon. ſtabul.* Atque ita Accurſius concludit. Sed Bartolus contrà putat, quia hæc actio popularis oritur ex facto habente cauſam manentem & perſeuerantem in futurum. Idque magis probo, quia quandiu adpenſum manet, poteſt decidere, atque ita nocere, quamuis non nocuerit, quod ſufficit vt illi actioni locus eſſe poſſit ex verbis edicti, & ex mente Prætoris, cui non poteſt videri ſatisfactum quandiu ſuſpenſum manet *dict. §. Prætor ait. & ſeq.* Quandiu autem edicto ſatisfactum non eſt, & edicti ratio durat, tamdiu actionem quoque ex edicto competere, & exercere poſſe fatendum eſt. Ad quod etiam reſpexit fortaſſe Vlpianus *in dict. l. 3. §. ſi tamen poſteaquam ve §. Si tamen reus*, quia non vult pati Prætor, vt liber homo à quoquam detineatur, nec ſi condemnatus iam reus præſtiterit æſtimationem, non quaſi quod continuè fit, quotidie fieri videatur in iis, quæ animum exigunt, & perſeuerationem voluntatis, vt nimis generaliter tradit Bartolus *ex l. 1. § interdum ſup. de vſufr. adcreſc.* qui locus non niſi de vſufructu, in quo ſpeciale illud eſt, vt & alia non pauca, ſed quia tamdiu durat prohibitio Prætoris, & actio eo nomine propoſita quamdiu factum durat quod prohibitum eſt, & ratio prohibitionis, quomodo hic durat quandiu adpenſum nocere poteſt. Vnde etiam fit, vt ſola rei furtiuæ detentione ac retentione per furem facta non multiplicetur furtum, niſi noua fiat contrectatio *d. l. et qui 9. & d. l. ſi quis vxori 52 §. ſi quis iurauerit infr. de furt.* quia furtum ſemel factum ab eodem fieri amplius non prohibetur, niſi nouum & aliud furtum fiat ex alia contrectatione *l. inficiando 67. §. infans eodem tit.* multiplicetur tamen mora furis ita vt vnoquoque inſtanti nouam moram facere videatur *l. in re furtiua 8. in fin. l. vlt. infr. de condict. furt.* Quia ſcilicet vnoquoque inſtanti lex & cōſcientia furem interpellat, vt rem furtiuam reſtituat. Illud ſanè conſtat, ſi poſt iuſiurandū præſtitum aliquid noui ſuperuenerit, nō nocere exceptionem iuriſiurandi, ne quidem illi ipſi qui iurauit, multò minùs aliis quaſi de alia re fuerit iuratum *l. qui iuraſſe 26. § ſi patet iurauerit ſupr. hoc tit. l. quoties 21. §. vlt. ſup. de noxal. act.* ſicuti nec rei iudicatæ exceptio eo caſu noceret *l. ſi rem meam 10. & ſequent. infr. de except. rei iudic.*

4 ¶ Si libertus, deferente patrono, iurauit ſe libertum non eſſe: ratum habendum eſt iuſiurandum, vt nec operarum petitio, nec bonorum poſſeſsio contra tabulas dari debeat.

*Ad §. 4. Si libertus.*

Ratió dubit. Quemadmodum nemo poteſt libertus eſſe, & libertinæ condicionis, niſi qui ex iuſta ſeruitute manumiſſus eſt, ita neque ingenuus, niſi qui ab initio liber natus nec vnquam ſeruus fuit *l. & ſeruorum 3. §. ingenui. l. liberti 6. ſupr. de ſtat. homin.* Atqui is qui iurauit ſe libertum non eſſe, fieri poteſt vt ſeruus aliquando fuerit, & ex iuſta ſeruitute manumiſſus. Non ergo debet hoc iuſiurandum prodeſſe liberto. vt nec operas ab eo viuo, nec bonorum poſſeſſionem contra tabulas ipſius defuncti petere patronus poſſit. Nam & operæ debentur naturaliter patrono *l. ſi non ſortem 26. § libertus infr. de condict. in debit.* & Prætor vocat patronum ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas liberti, certis caſibus, itémque ad ſucceſſionem inteſtati, ſi nullos liberos heredes libertus reliquerit, in præmium manumiſſionis datæque libertatis, *Tot. tit. de bon. libert.* & apud Iuſtinianum *Tit. de ſucceſſ.*

*libert.* Indéque eſt quod etiamſi iurauero, me patronum tuum eſſe, non tamen ero patronus quantum ad bonorum poſſeſſionem, & ad ſucceſſionem, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, quia iuſiurandum non facit patronum, vt nec manumiſſorem, inquit Vlpianus in *l. ſi iurauero 14. inſr. de iur. patron.* quamuis aliud ſit, ſi pronunciatum ſit me patronum eſſe, quia tunc ſententiæ ſtandum erit, vt ibidem Vlpianus ſubiicit. Cur ergo magis faciet iuſiurandum ex liberto ingenuum? præſertim cùm dici ſoleat correlatiuorum eandem rationem eſſe debere *vulg. l. 1. C. de cupreſ. lib. 12. tit. vlt.*

Decio. Iuſiurandum pro veritate habetur non minùs quàm ſententia, quoties de facto iuratur, aut etiam de iure quod facti cauſam permixtam habeat *§. ſi mulier ſupr. hac lege l. ſed ſi poſſeſſori 11. §. item ſi iurauero, & §. vlt. l. in duobus 28. in fin. ſupr.* Atqui cùm libertus deferente patrono iurat ſe libertum non eſſe, hoc ipſo negat ſe manumiſſum aut quicquam aliud paſſum eſſe, per quod patronum habere, & nanciſci liber homo ſoleat, ex iis ſcilicet quæ enumerantur in *l. adoptiuum 8. §. ſi patronum ſupr. de in ius vocand.* Iurat igitur de facto, non de mero iure, ac proinde pro veritate iuſiurandum hoc haberi debet, vt qui ſic iurauit ſe libertum non eſſe, nulla penitus in re pro liberto haberi poſſit, nec quantum ad operas, nec quantum ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas, nec quod ad ſucceſſionem inteſtati, nec denique quantum ad hoc, vt eum qui ſe patronum dicebat, in ius vocare ſine Prætoris venia non poſſit, non magis quàm ſi iuraſſet ſe ingenuum eſſe. Nam & quiſquis libertus non eſt, cùm ſit liber, is vt ingenuus ſit, neceſſe eſt, cùm in contradictoriis, quicquid de vno negatur, neceſſariò de alio affirmetur. Etſi verò iuſiurandum non magis poteſt quem facere ingenuum quàm patronum, non indiget tamen is, qui iurauit, auxilio iuriſiurandi, vt fiat ingenuus, cùm natura ſufficiat, quæ omnes ingenuos facit, ſi nullum ſeruitutis præteritæ obſtaculum, & impedimentum intercedat: quod diſſimile eſt in patrono, qualis nemo eſt à natura, ſed ab aliquo facto manumiſſionis, aut alio huiuſmodi, per quod libertas poſſit contingere. Eſt namque ingenuitas qualitas naturalis, ſeruitus verò qualitas accidentalis & contra naturam, & conſequenter ingenuum eſſe naturale eſt, libertinum verò accidentale. Porrò omnia ingenuitatis obſtacula ille amouet vno verbo, qui negatiuè iurat ſe libertum non eſſe. Hoc ipſo enim negat ſe ſeruum vnquam fuiſſe, negat igitur ſe manumiſſum: at is qui affirmatiuè iurat ſe patronum, de mero ſuo iure iurat, non de facto aliquo per quod patronus fieri potuerit. Ideóque ſi iuſiurandum hoc pro veritate haberetur, conſequens eſſet dicere, fieri eum ſolo iureiurando patronũ, quod eſſet abſurdum: ius enim patronatus non niſi certis & legitimis modis acquiritur, inter quos iuſiurandum non eſt, ſi non iuratum ſit ſuper facto ipſo, ex quo ius patronatus acquiri potuerit, puta ſi is qui patronum ſe dicit, iurauerit liberto deferente ſe manumiſiſſe: hoc enim caſu non dubito, quin exinde pro vero patrono haberi debeat in omnibus, & per omnia tanquam manumiſſor, neque patronum eum faciet iuſiurandum ſolum, ſed manumiſſio, de qua iuratum eſt, cùm iuſiurandum hoc pro veritate habeatur, quia de facto iuratum eſt, & quidem tali, ex quo ius patronatus omnimodo naſcitur, excluſa iam ingenuitate, quæ cum manumiſſione ſtare non poteſt. Multum ergo refert an quis iuret ſe patronum, an verò ſe manumiſſorem: prius iuſiurandum nihil prodeſt, ſed poſterius prodeſt ad iura omnia patronatus acquirenda, quia patroni nomen iuris eſt, manumiſſoris facti. At nihil refert an is, qui libertinus dicitur, iuret ſe libertum non eſſe, an verò ſe manumiſſum non eſſe: nullo enim alio modo vel medio concludendi indiget, vt ſe ingenuum probet, quàm ſola negatione ſeruitutis, & libertinitatis. Et hæc, meo iudicio, vnica veráque diuerſitatis ratio eſt inter iuſiurandum patroni & liberti, vt is qui ſe patronum iurauerit, iuſiurandum eius pro veritate ac plena probatione non habeatur, iuſiurandum verò liberti iurantis ſe libertum non eſſe pro veritate habendum ſit. Hoc verò neque Accurſius, neque Bartolus, neque alij intellexerunt, qui non diſtinguunt an patronus iurauerit ſe patronum an manumiſſorem, vt in ſpecie *dict. l. ſi iurauero:* voluntque patronum etiam qui ſimpliciter iurauerit ſe patronum eſſe, pro patrono habendum eſſe, etiam quantum ad operas, quòd nihil de iis dictum ſit in *dict. l. ſi iurauero*, itémque quod eſt abſurdius quantum ad ſucceſſionem inteſtati, cùm tamen lex generaliter dicat quantum ad ſucceſſionem, patronum non eſſe, vt ſucceſſionem vtramque teſtati & inteſtati comprehendat. Et quamuis lex illa de operis nihil dicat, legis tamen ratio generalis eſt, *quia iuſiurandum non facit patronum*, adeò, vt nec pro patrono habendus ſit, ſi ex lege Iulia velit prohibere, ne inuito eo alij nubat mulier, cuius ille ſe patronum eſſe iurauerit *l. in eo iure 45. §. 1. infr. de ritu nuptiar.* Nec minus errant in eo, quod volunt hunc tanquam patronum in ius vocari ſine venia non poſſe, ex *dict. l. adoptiuum 8. §. patronum ſupr. de in ius vocand.* Non enim tractat ibi Vlpianus de eo, qui iurauerit ſe patronum eſſe, ſed de illo, qui aduerſarium ſuum iurauit libertum ſuum eſſe, cuius iuriſiurandi longè alia ratio eſt: qui enim iurat alium libertum ſuum eſſe, magis ei comparandus eſt, qui iurat ſe manumiſſorem eſſe, quem diximus hoc iureiurando verè patronum fieri, quàm ei qui iurat ſe patronum: cùm libertus nemo eſſe poſſit, niſi qui & ſeruus fuerit, & manumiſſus. Non poteſt autem fieri, vt tu libertus meus ſis, quin per conſequentiam neceſſariam verum etiam ſit me patronum tuum eſſe, quemadmodum qui iurat aduerſarium ſeruum ſuum eſſe, hoc ipſo probat ſe dominum. Quid autem refert, an quis ſeruum ſuum eſſe contendat, an libertum? *l. circa 14. de probat.* Nec aliud medium concludendi, vt loquuntur, aptius eſſe poteſt, vt probem me patronum tuum eſſe, quàm ſi probem te meum eſſe libertum, quomodo ſi præiudicio pronunciatum eſſet; te meum libertum eſſe, hoc ipſo fierem patronus tuus, *dict. l. adoptiuum §. patronum.* Hoc ipſum autem quòd libertus meus ſis, probo per iuſiurandum meum te deferente præſtitum, quod pro veritate haberi debet: at is qui iurat ſimpliciter ſe patronũ eſſe, ſi hoc ipſo patronus fieret, vtiq; fieret immediatè per iuſiurandum, quod tamen fieri, vt diximus, nullomodo poteſt, & aliquo præiudicio opus eſt, ex quo appareat te libertum meum eſſe, ſiue per iuſiurandum id fiat, ſiue cognitione prætoria *dict. §. patronum.* Planè ſi cùm famoſa aut turpi aliqua actione vel exceptione contra me vtereris, quæ liberto contra patronum dari non debeat *l. 2. 5. 6. & 7. inſr. de obſeq. parent. &*

Digitized by Google

*rent.& patron.praſt.* ego ad te ſummouendum dixerim me patronum tuum, tu verò rogaueris, & deferente te iurauerim ſimpliciter me patronum tuum eſſe, via eſt, vt in ea cauſa in qua iuratum eſt, non debeam haberi pro patrono, vt iuſiurandum meum promiſit mihi, & hac parte pro veritate habeatur: neque id negat Vlp in *d.l.ſi iurauero*, ſed ita eſſe innuit potius, cùm ait, me quantum ad ſucceſſionem patronum non eſſe: non quaſi velit me in cæteris omnibus iura patronatus nanciſci, vt malè putat Accurſius, ſed potiùs vt hoc veluti exemplo probet, non eſſe trahendum hoc iuſiurandum ad conſequentias, neque ad iura patronatus, ſed reſtringendum ad eam cauſam, in qua iuratum eſt, vt cõſtat ea *d.l.in eo §.1.de rit.nupt.* vt extra illam cauſam nulla in re pro patrono habeatur is, qui iurauit ſe patronum eſſe, ne quidem ad hoc, vt ſine Prætoris venia vocari in ius non poſſit, niſi ponas, cùm libertus patronum ſine venia in ius vocaſſet, patronum in ea ipſa cauſa iuraſſe ſe patronum eſſe. Hoc enim caſu admittam ſimiliter, quantum ad illam cauſam iuſiurandum pro veritate habendum eſſe, non quantum ad cætera, quia tale iuſiurandum facere illum patronum non potuit. Malè igitur idem Accurſius & poſt eum, vir doctiſſimus ad hunc locum rationem huius legis ſumit ex fauore ingenuitatis, quaſi facere debeat, vt iuſiurandum liberti latius & ad omnia porrigatur. Malè item Bartolus, ad id quod non poſſit libertus reſtandi facultatem liberam ſibi eripere, & ingenuitatis ſuæ iura remittere, quomodo patronus iuſiurandum deferens, liberto poſſet iura patronatus ſua omnia alienare *l.3. C.de bon.liber.* Nam ſi poneres patronum iuraſſe, te manumiſſorem aut te libertum eius eſſe, tam validum & potens eſſet iuſiurandum hoc patroni ad omnia patronatus iura ei acquirenda, quàm validum & potens eſt in ſpecie huius §. iuſiurandum liberti negantis ſe libertum eſſe, ad omnia patroni iura excludenda, cùm nihil intereſit, an præiudicio libertus quis pronuncietur per ſententiam, an per iuſiurandum patroni *d.§ patronum*. Et quemadmodum quod ſcriptum eſt in hoc §. ſi libertus deferente patrono iurauerit ſe libertum non eſſe, ita ratum habendum eſſe iuſiurandum, vt neque operarum petitio, neque bonorum poſſeſſio, contra tabulas patrono dari debeat, non facit vt eo magis dicendum ſit, patronum hunc poſſe nihilominus ab inteſtato ſuccedere, & priuilegium retinere, ne ſine venia in ius vocari poſſit, aut famoſa turpive aliqua actione conueniri: quandoquidem is, qui iurauit ſe libertum non eſſe, nullam talem reuerentiam ei debet, qui ſe patronum contendebat: ita & quod Vlpianus ait in *d.l.ſi iurauero*, eum qui iurauit ſe patronum eſſe, non idcirco tamen quantum ad ſucceſſionem patronum eſſe, non ſic accipiendum eſt, quaſi in cæteris omnibus extra cauſam ſucceſſionis pro patrono haberi debeat, ſed ita potius, vt in nullo, extra cauſam & controuerſiam illam, in qua iuratum fuerit *d.l.in eo iure 45.§.1.de rit.nupt.* Aliud eſſet in eo, qui ſe patronum iuraſſet non ſimpliciter, ſed adiecta cauſa, quòd aduerſarium manumiſiſſet: hic enim nil diſtaret ab eo, qui ſe manumiſſorem iuraſſet, quem diximus omnia patronatus iura nanciſci: cauſa enim iuſiurandi ſemper ac potiſſimùm ſpectanda eſt *l.in duobus 28.§.ſi ei qui ſupr hoc tit.l.nam poſteaquàm 9.§.ſi damnetur*, vbi diximus eod. Quid ergo ſi contra eum cui libertus aſſignatus fuerit, iurauerit libertus ſe libertum non eſſe, deinde mortui patroni frater ad quem redire libertus debuit vt in *§.1.Inſtit.de aſsignat. libertor.* contendat eum libertum ſuum eſſe, an nocebit ei iuſiurandum, quod contra defunctum fuit præſtitum? Hanc enim queſtionem proponit Accurſius, & benè reſpondet nocere non debere, quoniam alia cauſa eſt, cum ſit alia perſona patroni, quamuis eadem ſit perſona liberti, nec habet frater poſterior ius à fratre, cui priori aſſignatus fuerat libertus, ſed à teſtatore, qui aſſignauit antequàm iuraretur *d.l.nã poſteaquàm 9.§.vlt.& l.ſeq ſupr.l.ſi mater 11.§.eandem l.iudicata 29.in fin.infr.de except.rei iudic.* Nec ſimile eſt, quod qui in ſeruitutem libertum paternum petiit, nec liberorum nomine bonorum poſſeſſionem accipere poteſt *l.qui in ſeruitutem 9.infr.de bon.libert.* Id enim fit, non quia, vt putat Bartolus, delictum non debeat manere impunitum [an non enim ſatis punitur, qui proprio nomine arcetur à bonorum poſſeſſione liberti paterni? ] ſed quia contra proprium factum venit is, qui libertum hodie vult ſuum dicere, quem anteà ſeruum ſuum dixit, ideòque audiendus non eſt, licèt veniat ex aliorum perſona, cùm veniat ad ſuum commodum *l ſi non ſortem 26.§.ſi filiusfamilias infr.de condict. indeb.* cùm futurum ſit vt bonorum poſſeſſio quam hic acciperet liberorum nomine, non tam liberis, quàm ipſi accipienti eſſet profutura *l.1.C qui admitt.ad bonor poſſeſſ poſt.l.1.ſi quis à parent.manum.ſit l.placet 79.de acquir hered.*

5 ¶ Si iurauero vſumfructum mihi dari oportere: non aliter dari debet, quàm ſi caueam boni viri arbitratu me vſurum, & finito vſufructu reſtituturum.

*Ad §. vlt. Si iurauero.*

RAT. DVB. Is demum vſusfructus finiri poteſt, & poſtquàm finitus fuit, reſtitui, qui anteà per traditionem conſtitutus fuit vtiliter, vel teſtamento, vel ſtipulatione, aut pactione, aut legato, aut aliis modis legitimis, ſi qui ſunt inter quos conſtat non eſſe iuſiurandum *l.3. ſupr.de vſufr.* Quomodo enim poſſet vſusfructus finem accipere, qui nec initium habuiſſet? *l.Titio vſumfructum 96.infr.de condit. & demonſtr.* Atqui ponimus vſumfructum, quem actor iurauit dari ſibi oportere, non probari conſtitutum neque teſtamento, neque ſtipulatione, neque pactione, neque alio vllo legitimo modo, adeóque nec tuitione prætoria, vt loquitur Vlpianus in *leg.1. infr.quib.mod.vſusfr.amitt.* Et quemadmodum diximus ad *§.præced.item*, iuſiurandum non poſſe facere patronum ex *l.ſi iurauero 14.infr.de iur.patron.* ita nec poteſt facere vſufructuarium. Multo minùs igitur poterit iuſiurandum onerare eum, qui iurauit vſumfructum ſibi dari oportere, vt caueat ſe boni viri arbitratu vſurum, finitóque vſufructu eum arbitrio boni viri reſtituturum, eſt enim hoc onus vſusfructus non iuriſiurandi: præſertim cùm iuſiurandum habeat vim nouationis *l.qui iuraſſ 26.§.vlt. ſupr.* ac proinde mouet actionem de vſufructu, quæ onus hoc duplicis cautionis vſufructuario irrogabat



Digitized by Google

*leg.1.& toto tit.ſupr. Vſufr.quemadm.caueat.*

Dec. Iuſiurandum pro veritate habetur tanquam probatio,vt loquuntur, probata *l.ſed ſi poſſeſſori 11.§.item ſi iurauero & §.vlt.ſupr.* Ergo quamuis iuſiurandum non faciat fructuarium, perinde tamen habendus eſt is, qui iurauit vſumfructum ſibi dari oportere, non quidem acſi iam eſſet fructuarius[nemo enim talis eſt, niſi cui vel conſtitutus, & traditus fuit vſusfructus ipſo iure vel tuitione prætoria *l.1.3.& paſſ.ſupr.ſi vſufr.petet.* Sed acſi probaſſet vſumfructum ſibi deberi ex cauſa aliqua, vel ciuili, vel honoraria, ex qua proinde conſtituendus ei ſit & tradendus. Atquin ſi eſſet debitus vſusfructus ſiue ex teſtamento, ſiue ex ſtipulatione, aut ex qua alia cauſa, non aliter cogeretur eum tradere is qui deberet, quàm ſi actor duplicem illam cautionem offerret,quæ ex edicto illo Prætoris fructuario cuilibet iniungitur. Idem ergo iuris eſſe debet in eo, qui ſibi vſumfructum dari oportere iurauit. Qua enim fronte poſſit contendere, meliorem condicionem ſuam eſſe debere, ob id ſolùm, quòd non aliam debiti vſusfructus probationem habeat, quàm proprium iuſiurandum? An non potius æquū eſſet deterioris condicionis ſi daretur occaſio, eſſe idcirco debere, quod abundè ſufficere ei debeat, exoneratum ſe onere probandi quo non fuiſſet exoneratus, ſi hanc partem edicti actor omiſiſſet? vt in principio huius legis. Ex quo intelligimus tantò magis verum eſſe quod nos ibi docuimus & ad *leg. nam poſteaquam 9.§.ſi damnetur ſupr.hoc tit.* actionem in factum quæ ex iureiurando naſcitur, adeòque iuſiurandum ipſum ſic habere vim nouandi *dict.l. qui iuraſſe §.vlt.* vt non tantùm veterem actionem perimat, quod nouationi cuilibet commune eſt *l.1. de nouat.* ſed etiam eius qualitates omnes induat, quomodo alia quælibet actio in locum alterius ſubrogata *l.ſi quis cum 10 §.qui iniuriarum ſupr.ſi quis caution.* non quidem accidentales, qualis illa eſt in actione legis Aquiliæ, vt poſſit per inficiationem in duplum creſcere, ſed primordiales, vt noſtri loquuntur, qualis hæc eſt in actione de vſufructu, vt is cui vſusfructus debetur caueat ſe arbitrio boni viri & fruiturum & reſtituturum *dict.tit.vſufr.quem. caueat.* item in famoſa actione vt infamiam irroget condemnato *d.§.ſi damnetur.*

31. Gaivs libro 30. ad Edictum Prouinciale.

ADmonendi ſumus, interdum etiam poſt iuſiurandum exactum permitti conſtitutionibus principum, ex integro cauſam agere, ſi quis noua inſtrumenta ſe inueniſſe dicat, quibus nunc ſolis vſurus ſit, ſed hæ conſtitutiones tunc videntur locum habere, cùm à iudice aliquis abſolutus fuerit. ſolent enim ſæpè iudices in dubiis cauſis, exacto iureiurando, ſecundum eum iudicare, qui iurauerit, quòd ſi aliàs inter ipſos iureiurando tranſactum ſit negotium, non conceditur eandem cauſam retractare.

*Ad l.Admonendi 31.*

Rat. dvb. Iuſiurandum habet vim tranſactionis & rei iudicatæ *l.1.& 2.ſupr.hoc tit.* Atqui neque tranſactio reſcindi poteſt prætextu inſtrumentorum poſteà repertorum *l.ſub prætextu inſtrumenti 19.Cod.de tranſact.* neque ſententia *l.ſub ſpecie 4.C.de re iudic.l.Imperatores 35.infr.eod ult.tit.* vbi vna tantùm exceptio additur, niſi in publica cauſa id permiſſum ſit. Ergo multo minùs permittendum eſt, vt poſt ſententiam exacto iureiurando redditam agere cauſam ex integro liceat, prætextu nouorum inſtrumentorum, præſertim cùm duo vincula ſoleant & debeant eſſe fortiora *l.pen.C.de adopt. l.1.C. de pact.* Dec. Longè alia ratio eſt iuriſiurandi, quod ex voluntate partium defertur, & præſtatur, ſiue in iudicio, ſiue extra iudicium, de quo iureiurando hucuſque diximus, alia verò eius de quo agitur in hac lege, id eſt, quod in dubiis cauſis & in magno conflictu probationum exigitur à iudice, vt ſecundum animi ſui ſententiam pro eo iudicet qui iurauerit. Prioris generis iuſiurandum & tranſactionis & rei iudicatæ vim obtinet, ideòque nec prætextu nouorum inſtrumentorum retractari poteſt, quamuis ille contra quem iuratum eſt proteſtetur, iis ſolis ſe vſurum, vt ſcriptum eſt in fine huius legis: excepto tamen caſu nouæ conſtitutionis Iuſtinianeæ *in l.vltim. Cod.hoc titul.leg.1.& 2.eod.tit.* Poſterioris verò generis iuſiurandum retractari facilius poteſt, tanquam minus fauorabile, quòd non fuerit ab aduerſario delatum, ſed à iudice ex officio exactum, qui cùm adeò dubiam cauſam eſſe videret, vt non facilè poſſet ſtatuere, in vtram partem propendere deberet, & an pro actore an pro reo iudicare, non aliam tollendi & expediendi dubij rationem commodiorem inuenire potuit, quàm ſi iuſiurandum deferret, & quidem ei ex litigatoribus pro quo maior ſuſpicio vrgeret vel præſumptio, potiſſimum autem reo qui etiam omnibus cæteris paribus vincere deberet, abſoluíque, eo ſcilicet iure, quo fauorabiliores ſunt rei quàm actores *l.fauorabiliores 125.de regul.iur.* Nec ideo tamen exiſtimandum eſt, ſuperuacuum eſſe hoc onus iurandi, cùm moueat iudicem, vt pro eo pronunciare cogatur qui iurauerit, quíque iureiurando ſuo cauſam certam fecerit, quæ alioqui erat dubia. Porrò dubia eſſe non intelligitur, ſi alteruter litigantium, præſertim verò actor ſuam intentionem non ſatis plenè probauit, ſed tantùm ſemiplenè, vt puta per ſcripturam priuatam, aut per comparationem literarum aut per vnum teſtē, aut per famam, de quibus omnibus latè fruſtràque noſtri poſt Accurſium & Bartolum diſputant ad hanc legem, debet ille ſuccumbere, acſi omnino nihil probaſſet cùm non alius poſſit vnquam vincere, quàm qui ſuam intentionem impleuerit *l.vlt. Cod. de rei vindicat.l.4.Cod.de edend.* id eſt, plenè probauerit, ſiue actor ille ſit qui actionem ſuam fundare debuit, ſiue reus qui ſuam exceptionem: nam & reus in ſua exceptione actor eſt *leg. in exceptionibus 19.infr.de probat.* Et verò faceret reo iniuriam iudex ſi actore in ſuis probationibus deficiente iuſiurandum etiam

ipſi

ipſi reo deferret, cùm vincere hoc caſu reus debeat, etiamſi nihil præſtiterit, vt diſertè ſcriptum eſt in *d.l.4.Cod.de edend.* Quantò magis ſi in ea cauſa iuſiurandum deferat actori, vt inuito reo litis deciſionem periurio committat actoris, quem repellere omnimodo deberet, non teſtem illum & iudicem in propria cauſa conſtituere contra *l. nullus 10. infr. & l.omnibus 10. Cod. de teſtib.* nec rurſus vnum teſtem quantumuis integrum habere pro ſemiplena probatione, cùm dici ſoleat & veriſſimum ſit, extra quoſdam ſingulares caſus vocem vnius etiam ſenatoris vocem eſſe nullius *leg. iuriſiurandi 9.§.1.eod.tit.* Quod tamen non verè diceretur, ſi poſſet vnus teſtis prodeſſe ad obligandum iudicem vel inuitum, vt ei qui vnum teſtem haberet, iuſiurandum deferre cogeretur, neque verò hęc iuriſiurandi exactio eſſet facta per iudicem, de qua tamen ſola Caius hîc loquitur, ſed delatio, quæ longè diuerſum quid eſt. Exigit enim iuſiurandum iudex volens ab inuito in dubus cauſis, non autem inuitus à volente, multo minùs à reqoirente, cùm non poſſit, non eſſe ſuſpectus, vel maximè qui non ſolum vltro ſe iuriiurando offerat, vt teſtem ſe conſtituat in cauſa propria, quemadmodum & pro ſuſpecto haberi ſolet, qui ſe pro alio teſtem vltrò ingerit aut procuratorem *l.3. inf.de teſtib.l.quæ omnia 25.ſupr.de procur.* At delatio fit à volente volenti, nec vnquam à ſolo iudice, ſed ab aduerſario primùm deferente, ſiue actor ille ſit, ſiue reus. Dubiam igitur cauſam non aliam Caius hîc intelligere potuit, quàm in qua vterque litigatorum intentionem ſuam plenè probauerit, ita vt propter conflictum probationum non facilè poſſit iudex, vt diximus, apud ſe conſtituere, quis vincere debeat: ita vt iurare ipſe etiam liquidò poſſit, ſibi non liquere. Quo tamen caſu æquius eſt, vt iuſiurandum exigere à reo debeat, vt pro eo poſteà iudicet, qui alioquin ſummo iure cæteris parib. etiam citra iuſiurandum vincere & abſolui deberet, quàm actori qui cæteris quoq; paribus deberet ſuccumbere. Ideóque benè Caius, ſi tamen hæc lex Triboniani non eſt, potiùs quàm Caij, eas conſtitutiones quæ contra ius commune quod anteà obtinuerat, induxerunt, vt etiam poſt iuſiurandum exactum, latámque pro eo, qui iurauit, ſententiam permittatur ex integro cauſam agere, ſi quis noua ſe inſtrumenta dicit inueniſſe, quibus nunc ſolis vſurus ſit, tunc demum locum habere, cùm à iudice abſolutus quis ſuetit, vt intelligamus, non temerè idem actori indulgendum eſſe, vt ex ſuo iureiurando debeat vincere, ſed reo dumtaxat, cùm tamen eo iure; quo interpretes, & pragmatici noſtri vtuntur, præcipuus vſus iuriſiurandi iſtius, quod ſuppletorium aut ſuppletiuum vocant, pro actore ſit potiùs quàm pro reo, ſicuti actor ſolus eſt, qui probatione oneratur non reus *d.l. 4.C.de edend.d.l.vlt. C.de rei vindic. l.actor 23.C. de probat. l.adſeueratio 10. C.de non numer. pecun.* Et tum quoque cùm reo, qui ſuam exceptionem minùs plenè probauerit, tale iuſiurandum defertur, non tamen quaſi reo defertur, ſed tanquam actori, quia reus, vt diximus, in ſua exceptione, actor eſt *d.l.in exceptionibus 9.1.* & ei ſemper incumbit onus probandi qui dicit non qui negat *l. 2.eod.tit.de probat.* Vnde eſt quod Africanus ſcribit in *l.ſi priuſquàm 15.in fin.infra de oper.noui nunciat.* Actoris partes ſuſtinere, aut actoris partibus fungi, nihil aliud eſſe, quā probandi onere ac neceſſitate adſtringi. Poteſt tamen interdum fieri, vt etiam circa intentionem ipſam actoris plenè ab eo probatam, conflictus talis ſit probationum rei, vt maior tamen ſi non præſumptio, ſaltem ſuſpicio ſit pro actore, fortè quia vel pluribus nitatur teſtibus, vel qui ſint maioris fidei & exiſtimationis, aut alia de cauſa minùs ſuſpecti, quàm qui à reo producti ſunt, nec tamen pro actore citra iuſiurandum pronunciare iudex ſatis tutò poſſit, aut quòd reus quoque alias pro ſe veriſimilis ſuſpicionis & præſumptionis cauſas habeat, aut quia ſolus rei fauor non minoris momenti & ponderis eſſe debeat ad mouendum iudicem, vt pro reo pronunciet, quàm ſuſpiciones illæ & præſumptiones quæ faciunt pro actore: nec tamen tantus poſſit eſſe fauor ille, vt non potiùs pro actore iurante iudicandum ſit, fortè quòd eius perſona ſit honeſtiſſima & ſpectatæ fidei, perſona verò rei vilis aut etiam turpis & infamis. Cur non hoc ſaltem caſu & aliis, ſi qui ſunt ſimiles, permittamus iudici in cauſa dubia hæſitanti, vt iuſiurandum actori deferat, potiùs quàm reo, vt poſtmodum pro actore contra reum pronunciet? Quandoquidem nullo quoque exacto iureiurando vincere tamen hoc caſu actor deberet, qui intentionem ſuam non modò plenè, ſed etiam veriſimilioribus teſtimoniis aliiſve argumentis comprobaſſet. Nulla certè hoc caſu fit reo iniuria, fieret autem actori, ſi ſolo rei fauore vinceretur, qui tamen grauiores pro ſe ac probabiliores haberet probationes. Alioqui nec ſi bonam cauſam actor haberet, vincere tamen vnquam poſſet, ſed rei fauore ſemper vinceretur, ſaltem eo caſu quo reus aliquas pro ſe adferret probationes, quamuis leuiores, aut ſuſpectiores, quod certè eſſet iniquum. Fateor tamen poſſe hoc rarius contingere, & à communiter accidentibus dicendum potius eſſe, iuſiurandum de quo in hac lege agitur, reo deferendum eſſe, non actori, vt ſi iuret abſoluatur, eúmque ſenſum eſſe horum verborum *tunc videntur locum habere cùm aliquis abſolutus fuerit.* Quæ verba conuincunt etiam manifeſtè interpretationem Dyni exiſtimantis, intelligendam eſſe legem hanc de eo caſu, quo iuſiurandum à iudice exactum, nulladum ſubſecuta ſit ſententia: quomodo enim poſſet reus abſolutus eſſe, niſi per ſententiam? *l.1.infr.de re iudic.l.pen.infr.de confeſſ.* Item illa præcedentia *ex integro cauſam agere.* Non enim de cauſa ex integro agenda tractandum eſſet, ſed de lite proſequenda, ſi nihil dum iudicatum proponeretur, quòd ſi reus fuerit condemnatus, eo nimirum caſu, quo diximus, etiam actori poſſe hoc iuſiurandum deferri, adeóque ab ipſo inuito exigi, vt ſecundum eum pronuncietur: nec enim quod actori licet, non debet etiam reo licere, vt habet vulgata iuris regula *l. non debet actori 41.de regul. iur.* Ergo ei qui in cauſa dubia ſuccubuit ob iuſiurandum aduerſarij, à iudice exactum, ſiue actor, ſiue reus ſit, permittendum eſt ex Conſtitutionibus, vt cauſam ex integro agat, ſed hoc non paſſim, at vno illo caſu, qui in hac lege ponitur, quo dicat noua ſe inſtrumenta inueniſſe quibus ſolis nunc ſit vſurus. Quo tamen etiam caſu illa dubitandi ratio ſemper manet, quam initio attulimus, quòd is qui iurauit, nunquam debeat condicionis eſſe deterioris, ob id ſolùm quod iurauerit, & tantò melioris, quòd poſtquàm iuratum eſt, de periurio quæri ampliùs non poteſt *dict.l.1.Cod. hoc tit. niſi in caſu l.vltim.eod.tit.* Atqui ſi iuratum non eſſet, nemo diceret ſententiam retractari debere prætex-

tu nouorum inſtrumentorum, etiam quibus ſolis ſe vſurum victus diceret *d. l. ſub ſpecie & d. l. Imperatores.* An fortè ita placuit in odium peierantis? vt poſt Accurſium Bartolus & alij omnes putant. Atqui nullum peierantis odium eſſe poteſt, quin prius conſtet de periurio, de quo tamen, vt diximus, ne quidem inquiri poteſt *dict. l. 1. l. vltim. infr. tit. proxim.* Nec enim quiſquam odio dignus eſt ob id ſolùm, quod iurauerit, maximè ſi mandante & iusiurandum exigente ipſo iudice id fecerit *l. non videntur data 167. §. 1. de regul. iur.* ſicut è contrario non poteſt dolo carere, qui iubenti iudici non obtemperauit *leg. non poteſt dolo 199. eod.* Sed & quamuis ſpeciale eſſet hoc caſu, vt de periurio quæri poſſet, quod tamen ferendum non eſt, non tamen video qua ratione periurus probari poſſit ille, qui ſuam intentionem plenè probauit, ſi verum eſt, vt eſt, quod nos contendimus, non de alio iureiurando Caium hîc tractare, quàm quod per iudicem in cauſa dubia exactum ſit ab eo qui plenè probauerit, ſed cuius tamen probationes contrariis aduerſarij probationibus, quamuis paullo leuioribus, debilitentur, & apud animum iudicis in dubium & ſuſpicionem adducantur, præſertim cùm is contra quem iuratum eſt, & iudicatum, non poſſit admitti ad cauſam ex integro agendam, quam cauerit nuda ſaltem repromiſſione, ſe nec prioribus vſurum probationibus nec aliis inſtrumentis, quàm quis ſe dicat noua inueniſſe, niſi fortè poneres probationes illius qui iurauit & vicit, & quas iudex pro plenis habuit, ex poſtfacto, id eſt, ex nouis inſtrumentis, quibus nunc ſolis victus vtitur, falſas & falsò fabricatas apparere, quod etſi vix poteſt euenire, poteſt tamen, ſed neque hoc ſufficeret ad probandum, & ex periurio inducendum odium eius, qui iuraſſet, ſi non etiam dolus ipſius probaretur. Aliud enim eſt falſum iurare, aliud falsò, nec periurus ille eſt qui falſum iurat, ſed qui falsò, id eſt, ſcienter, ac dolo malo, vt diximus *ad l. qui iuraſſe 26. ſupr.* Referenda igitur potiùs eſt tota huius legis ratio ad id, quòd in cauſa dubia, & vt pragmaticorum noſtrorum verbo vtar, arbitraria, in qua liberum erat iudici animi ſui arbitrium ſequi, & in quam vellet partem pronunciare, non tanta fiat victori iniuria, quamuis ex integro cauſa agatur, quanta fieret, ſi iure ſuo, id eſt, ex mera iuris ratione, ac inuito ipſo quoque iudice, quod non ſemel accidit, viciſſet, quoniam & ante ſententiam ſuccumbere potuiſſet, nec iniuſtè, ſi eam partem propenſio & arbitrium iudicis elegiſſet. Quamquam enim non ſatis iuſtè factum quid dici poteſt, ſi iuſtius aliquid fieri potuerit *l. quoties 200. de regul. iur. l. bona fides 50. infr. depoſit.* non tamen iuſtè factum poſſis negare, quod iniuſtè factum probare non poſſis. In arbitrariis autem probari nequit iniuſtè pronunciatum eſſe, quod iudex pro arbitrio ſuo pronunciauerit, dum ne quid per ſordes aut per gratiam, aut per imprudentiam iuriſque imperitiam color arbitrio quæſitus probetur, quod hodie quàm plurimi iudices faciunt, omnia ferè de quibus iudicant conſtituentes arbitraria, vt hoc colore, legibus & certiſſimæ iuris rationi impunè illudant, ac in alienis litibus & patrimoniis diſperdendis, tuta, vt ſibi videntur, conſcientia graſſentur. Non ergo magnam querelæ occaſionem haberet is, qui ex iureiurando ſuo vicit, etiam poſt fundatam plenè intentionem ſuam, ſi aduerſario permittatur cauſam ex integro agere, quam plenis quoque ex parte ſua probationibus iam inſtruxerat, & in qua vincere iuſtè poterat, ſaltem adhibitio ex parte ſua iureiurando, ſi fauorabiliorem minúſque ſcrupuloſum iudicem habuiſſet. Enimuerò fatendum eſt in retractanda ex integro cauſa, non aliter poſſe hunc vincere, quàm ſi ex nouis inſtrumentis quibus nunc ſolis vtatur, clariſſimas & certiſſimas ſui iuris probationes adferat, cùm ſit difficilius, vt eum vincat, qui non tantùm ex plenis ſuis probationibus, ſed etiam ex iureiurando ſuo anteà vicerit: præſertim cùm apud eundem iudicem cauſa retractanda ſit, non apud alium qui ſuſpiciones, præſumptiones, rationes denique neſciret fortaſſe quibus prior iudex permotus fuiſſet. Ex quo apparet iusiurandum hoc, quod in dubiis cauſis per iudicem exigitur, nec deciſiuum aut deciſorium litis dici poſſe, cùm non exigatur niſi ab eo, qui plenas ſuæ intentionis probationes adferat, ex quibus etiam citra iusiurandum poſſet ac deberet vincere, nec proinde probationis ſuppletiuum, vt noſtri vocant, cùm plena probatio, qualem hîc præcedere neceſſe eſt, nullo ſupplemento aut adminiculo indigeat, nec denique neceſſarium, quia licèt in dubia cauſa iudex in dubio ipſe conſtitutus, non aliter quàm exacto iureiurando iudicare velit, poſſet tamen ſi vellet, nec iniuſtè, vt dictum eſt, ſi arbitrium tale ſuum interponere quàm iusiurandum exigere maluiſſet, quod proinde non tam neceſſarium, vt litem decidere iudex per ſe poſſit, & quidem pro eo ipſo pro quo poſt iusiurandum exactum iudicat, quàm vt meliùs ex animi ſui ſententia, vel interdum etiam tutiore conſcientia pronunciet. Itaque purgatiuum dici potius deberet, cùm ideo interponatur, vt qui iurat, iudicem ſuum adhuc dubium faciat de iure ſuo certiorem, etſi non eo ſenſu purgatiuum dici poteſt quo iusiurandum illud, cuius mentio fit *in l. præſenti 6. § cùm autem verſicul. ſicuti depoſita Cod. de his qui ad eccleſ. confug. l. vltim. Codic. de fid. inſtrum. l. vltim. § licentia Cod. de iur. delib. & Nouell. 73. de inſtrum. cautel. & fid. 1. §. 4. ſi tamen quiſquam.* Iusiurandum enim illud interponitur ideo dumtaxat, vt quis ſe purget de dolo malo, hoc autem vt actor iuret rem ſuam eſſe vel ſibi obligatam vel ſibi deberi, reus verò rem ſuam eſſe, aut non obligatam, aut ſe non debere, denique ſuper principali negotio, acſi foret litis deciſorium, & ad neceſſitatem litis decidendæ potiùs quàm ad inſtructionem animi iudicis comparatum. Et hæc quidem noſtra de huius legis interpretatione ſententia eſt à Duareno primùm tentata, poſteà verò à nobis defenſa, probatáque ſæpius tam *in libris Coniecturarum quàm in Chiliade noſtra de error. pragmat. & interpr. iur.* Cui conuenit mirificè quod ſcriptum eſt *in cap. vltim. Extr. hoc tit. de iureiur.* Eius namque loci non alium quàm huius legis ſenſum eſſe putandum eſt. Et verò quis credat in tam multis iuris noſtri locis, qui extant & de iureiurando & de probationibus nullam aut à prudentibus, aut ab Imperatoribus factam eſſe, niſi in hac lege iuriſiurandi huius mentionem, cuius tamen vſum omnium frequentiſſimum eſſe maximéque neceſſarium quotidiana praxis oſtendit. Quid enim occurrit in praxi frequentius, quàm vt nunc actoris, nunc rei probationes minùs plenæ ſint, & conſequenter de iis per hoc iusiurandum ſupplẽdis quæri oporteat? Scio noſtros adferre tan-

quam

quam ſimile quod ab Imperatoribus reſcriptum eſt *in l. in bonæ fidei 3. Cod. hoc titu.* In bonæ fidei contractibus, necnon etiam in cæteris cauſis, inopia probationum per iudicem iureiurando cauſa cognita rem decidi oportere. Quo loco paſſim abutuntur, vt iuſiurandum hoc ſuppletiuum & neceſſarium in ſupplementum probationis deferendum eſſe probent. Sed quis non videt, non de alio iureiurando Imperatores intelligere quàm quod à parte parti decidendæ litis gratia in iudicio deferatur, & à iudice adprobetur, non quod à iudice ipſo inferatur? vt loquitur Iuſtin. *in l. generaliter 12. in princip. & §. 1. eod. tit.* Illa namque verba *per iudicem* non ad dictionem *iureiurando* quæ ſtatim ſequitur, referenda ſunt, ſed ad poſtrema *decidi oportet* acſi ſcriptum eſſet, decidi rem per iudicem oportere inopia probationum, cauſa cognita. Neque verò ponit lex iuſiurandum exactum à iudice in cauſa dubia ad rei potiſſimum abſolutionem, vt in hac lege, ſed generaliter de iureiurando à parte parti delato in iudicio, vt per iudicem decidi lis poſſit ſiue pro actore, ſiue pro reo. *inopia probationũ* inquit lex, vt & in *l. vltim. infr. de prætor. ſtipulat. iuncta l. vnic. verſic. in aliis autem Cod. de ſenten. quæ pro eo quod inter.* Quod quid aliud eſt dicere quàm *deficientibus omnimodo probationibus* vt Paulus loquitur *in l. tutor pupilli 35. in princip. infrà* licèt ſciam Cuiacium *ad d. l. tutor* aliter explicare quaſi aliud ſit defectus, aliud inopia probationum & quaſi *dict. l. 3.* loquatur de iureiurando à iudice delato non à parte, quod non probo, *argum. dict. l. vlt.* Inops enim verè & propriè ille eſt qui nullas habet opes, ne ſtipem quidem. Inopia ergo probationum illa quæ nullas omnino habeat probationes, nõ quæ minùs plenas. Quamquam & parum refert ad dirimendam litem an quis nullas omnino probationes habeat, an aliquas quidem ſed minus plenas, & vtroque caſu facit inopia probationum vt non niſi iureiurando decidi res poſſit, ſed quod delatum eſſe ab aduerſario aut à iudice neceſſe ſit, non ab eo ipſo qui iuraturus eſt, poſtulatum. Cur verò addit *cauſa cognita?* Nempe quia non quodlibet iuſiurandum admittere iudex debet, ſed ita demum ſi delatum ſit ab eo, qui deferendi ius habuit, & ius adminiſtrandarum rerum vt *in l. iuſiurandum quod ex conuentione 17. §. 1. & ſeqq. ſupr. dict. l. tutor infr.* item ſi iuſiurandum præſtitum ſit eo modo quo fuit delatum *l. 3. §. vlt. l. 4. & 5. ſupr. hoc tit. l. qui per ſalutem 33. infr.* Et verò aiunt Imperatores, inopia probationum rem iureiurando decidi per iudicem oportere non tantùm in bonæ fidei contractibus, in quibus multa ſunt ſingularia *l. in omnibus 41 ſuprà de iudic. l. 7 infrà de eo quod cert. loc. l. 5 infra tit. proxim. l. 3. Cod. de pact.* ſed etiam in cæteris cauſis, vt ſignificent non in iudicis arbitrio, ſed in mera iuris neceſſitate poſitum illud eſſe, nam vt Donatus in Hecyra ſcripſit, vbi argumenta & teſtimonia deficiunt, ibi iureiurando opus eſt, ſed quod deferendum ſit aduerſario ab eo qui probationum inopia & egeſtate laborat, non quod illi ipſi à iudice deferri oporteat inuito aduerſario. Caius verò in hac lege, ſi modò Caius ille eſt, vt iam dixi, non Tribonianus, ſcribit ſolere iudices in dubiis cauſis iuſiurandum exigere, & ſecundum eum pronunciare, qui iurauerit, ita innuens facilitate hoc iudices ſolere, quod facere ſi nollent, non cogerentur, cui conuenit quod Iuſtinianus præfatur in *dict. l. generaliter verſic. Cùm enim iam increbuerit iudices in plenißima deſtitutione ſacramentum impoñere,* ita innuens Caij aliorúmque prudentum noſtrorum temporibus nondum ius illud obtinuiſſe, ſed cœpiſſe paullo ante Iuſtiniani tempora, exindéque factas eſſe conſtitutiones illas, quarum hæc lex meminit, quæ tantum abeſt, vt prudentibus noſtris fuerint cognitæ, vt nec vlla earum mentio extet in Codice. Vnde in ſuſpicionem venit, iampridẽ totam legem hanc, quæ ſola tot errorum materiam interpretibus præbuit, Triboniano adſcribendam eſſe, cui velle contigit, aliquid in Pandectis ponere de huiuſmodi iureiurando, de quo tam multa in *d. l. generaliter.* de cuius etiam ſententia videnda ſunt quæ & in *Coniecturis noſtris & in Chiliade* ſcripſimus. Illud certè fatentur cognitores inter partes, iuſiurandum hoc quod ſuppletiuum & neceſſarium appellant, non habere locum in cauſis criminalibus, nec in magnis quæ criminalibus æquiparantur, nec per iudicem deferri poſſe, ſi non petatur, nimirum vt iuriſiurandi huius iniquitatem, quam diſſimulare non poſſunt, exceptionibus iſtis & aliis nonnullis quas in eorum Commentariis videre eſt, leniant atque temperent. Quibus vt tanto faciliùs aſſentiar, illud facit, quod nec vllo caſu paterer, ſi prohibere poſſem, vt iuſiurandum hoc admitteretur, quod nec in Pariſienſi Curia admitti vnquam potuiſſe pleríque ex pragmaticis Gallis teſtantur. Suauis verò eſt Bartolus, qui probet hanc iuriſiurandi ſpeciem planè commentitiam non valde à naturali ratione & æquitate abhorrere, tentat agere Theologum, & opinionis ſuæ confirmationem quærere ex illo Euangelij loco *adhibe tecum teſtem vnum vel duos vt in ore duorum vel trium ſtet omne verbum.* Quòd in ore duorum ita demum ſtet verbum, ſi ſtet in ore dicentis & teſtis adhibiti: ſicut in ore trium illud demum ſtat, quod habet duos teſtes adhibitos, & ipſum quoque dicentem: quo argumento ſi rectum eſſet, æquè probaret Bartolus plenam eſſe probationem, ſi quis pro ſua intentione probanda vel vnum teſtem habeat, nullo etiam interueniente iureiurando, quod tamen nec Bartolus ipſe, nec poſt eum quiſquam dicere auſus eſt. Neque verò de illo Chriſtus Dominus loquitur, qui ad vtilitatem aliquam conſequendam ex proprio teſtimonio velit proximum corripere, quaſi huic credendum ſit in cauſa propria vno teſte adhibito, vt in numero duorum teſtium qui omnimodo ad probationem requiruntur. is quoque cuius intereſt & qui ſe actorem conſtituit, computari debeat: ſed de eo qui fraterna charitate animatus id agat, vt proximum qui aduerſus eum peccauerit corripiat & corrigat, quam nos fraternam correctionem appellamus, ab omni ſpecie litis & iudicij remotiſſimam, ſolóſque charitatis Chriſtianæ vinculo, quod perfectionis vinculum eſt, ſubnixam. Sed omiſſa ſi placet iſta Bartoli noſtri Theologia, pergamus iam ad leges cæteras.

32. MODESTINVS libro (tertio) Differentiarum.

## IVriſiurandi gratiam facere pupillus non poteſt.

*Ad l. Iuriſiurandi 32.*

RAT. DVB. Pupillus deferre iuſiurandum poteſt, etiam ſine tutoris authoritate, quamuis eo caſu exceptio competens ex eiuſmodi iureiurando elidi poſſit & debeat per replicationem, quia pupillus rerum ſuarum adminiſtrandarum ius non habet, cæterùm quin tutore authore iuſiurandum deferre poſſit ex quo danda ſit exceptio, cum effectu nemo dubitat *l. iuſiurandum quod ex conuentione 17. §. 1. ſuprà hoc tit.* Nam & tutor ipſe ſolus poſſet deferre, ſaltem deficientibus aliis omnibus probationibus *l. tutor 35. in princip. infr.* Ergo etiam iuriſiurandi gratiam facere pupillus poteſt, ſaltem interueniente tutoris authoritate. Eius ſiquidem eſt iuriſiurandi gratiam facere, id eſt, iuſiurandum remittere, cuius eſt deferre *l. remittit 6. iunct. §. vltim. legis praeced. ſuprà hoc tit.* Et tamen Modeſtinus hîc negat, poſſe pupillum gratiã facere iuriſiurandi, quod Accurſius noſter ſic intelligit, & benè, vt ne quidem tutore authore poſſit.

DEC. Non omni titulo poteſt tutor, aut etiam pupillus ipſe tutore authore alienare, ſed eò demum caſu quo expediat pupillo, nec aliter ei conſuli melius poſſit *l. non omni 16. Cod. de admin. tutor.* Nec enim tutor in omnibus & per omnia domini loco eſt, ſed tunc tantùm cùm rem pupilli ex bona fide adminiſtrat, non etiam cùm eum ſpoliat *l. qui fundum 7. §. ſi tutor infr. pro emptor.* Atqui is qui gratiam facit iuriſiurandi iam delati ſuſceptique alienat, éſtque illa ſpecies quædam donationis, quę tutoribus omnibus interdicta eſt omni caſu *l. cùm plures 12. §. penult. l. Lucius 46. §. vltim. infrà de admin. tutor. l. non omni 16. Cod. eod.* quia donare nihil niſi perdere eſt *l. filiusfamilias 7. infr. de donat.* Si enim alienare intelligitur etiam is qui iuſiurandum defert *dict. l. 17. §. 1. ſupr.* quanto magis ille qui iuriſiurandi iam delati ſuſceptique gratiam facit? ſiquidem poteſt delatio ipſi etiam deferenti prodeſſe aliquo caſu, puta ſi is cui delatum eſt, nec iurare velit nec referre, cogetur enim ſoluere *l. iuſiurandum & ad pecunias 34. §. ait Prætor & l. manifeſtæ 38. infr. hoc tit.* aut ſi referre malit quàm iurare, & pupillus iuret. At iuriſiurandi remiſſio non poteſt non eſſe damnoſa remittenti, cùm exinde iuſiurandum habeatur pro præſtito, & quod eſt conſequens, is qui detulit & remiſit pro victo, & ſtatim aut ſummouendus ſi actor ſit, aut condemnandus ſi reus *dict. l. 34. §. vltim. infr.* Ratio igitur facit & pupilli vtilitas omnino exigit, vt iuriſiurandi gratiam facere pupillus nullo caſu poſſit, ne quidem tutore authore quamuis iuſiurandum deferre poſſit, ſaltem cum tutoris authoritate, neque verò nouum eſt vt contrariorum non ſint pares conſequentiæ, vbi diuerſa eorum ratio eſt *vulg. l. illud 32. ſupr. ad l. Aquil. l. 3. §. vnde etiam de iniuſt. rupt.* Aliud eſt, ſi delatum iuſiurandum necdum præſtitum reuocare pupillus velit: poteſt enim ſaltem tutore authore: & tutor ſolus ſine pupillo, ſed ex cauſa, id eſt, ſi probationes ſuperuenerint *arg. d. l. tutor & l. ſi quis 11. C. hoc tit.*

33. VLPIANVS libro 28. ad Sabinum.

## QVi per ſalutem ſuam iurat: licèt per Deum iurare videatur: (reſpectu enim diuini numinis ita iurat) attamen, ſi non ita ſpecialiter iuſiurandum eĩ delatum eſt, iuraſſe non videtur. & ideo ex integro ſolemniter iurandum eſt [a].

*Ad l. Qui per ſalutem 33.*

RAT. DVB. Is qui per ſalutem ſuam iurat, cùm ei delatum eſſet iuſiurandum, vt per Deum iuraret, quod in dubio quoque factum intelligitur, cùm ſimpliciter delatum eſt, vt hæc lex innuit, non niſi reſpectu diuini numinis ita iuraſſe intelligitur. Quis enim neſcit ſoli Deo iurari & in omni iureiurando Deum teſtem & iudicem adhiberi? Ergo nihil refert an per Deum iurauerit, an per ſuam ſalutem, cùm in rebus omnibus, maximè verò in iureiurando, magis ſpectandum ſit quid in iurantis animo & intentione fuerit, quàm quid in nuda verborum figura, nam & in cæteris ſolemus dicere, nihil referre quid ex æquipollentibus fiat *vulg. l. vlt. infr. mandat. l. mulier 22. ad SC. Trebell.*

DEC. Non valet iuſiurandum, niſi eo modo præſtitum ſit quo delatum *l. 3. § vlt. & l. 4. & 5. princip. ſupr. hoc tit.* quia pactionis & tranſactionis vim & inſtar obtinet *l. 2. l. qui iuraſſe 26. §. vlt. ſup. l. tutor 35. §. 1. infr.* Videtur enim conuenire inter litigatores, vt is qui iuſiurandum defert, ita demum vincatur, ſi aduerſarius iurabit ad eum modum qui delatus eſt, quia nec aliter delaturus fuiſſe credendus eſt. Forma igitur delati iuriſiurandi ad vnguem ſeruanda eſt, ne alioqui fiat iniuria ei qui cum aduerſario egit tam liberaliter, quamuis ex mera plerumque neceſſitate, ac omnibus aliis deſtitutus probationibus, vt eum teſtem ac iudicem in propria cauſa conſtitueret *l. 1. infr. quar. rer. act. non det. iunct. l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.* Nec ſufficit vt ex æquipollentibus quid fiat, quoties certa & ſolemnis faciendi forma præſcripta eſt *l. cùm hi 8. §. ſi Prætor aditus ſupr. de tranſact. l. 1. §. ſi quis ita & ſeq. inf. de verb. oblig. l. Græcè 8. §. illud commune eſt infra de fideiuſſ.* Ergo ſi cùm tibi delatum eſſet iuſiurandum, aut ſimpliciter aut nominatim, vt per Deum iurares, tu per ſalutem tuam iuraueris, licèt diuini numinis reſpectu id feceris, non tamen videri potes benè ac ritè iuraſſe, & iuxta formam delatam, vt pragmatici loquuntur, & ideò vt Vlpianus hîc ſubiicit,

a *Ex integro ſolemniter iurandum eſt.* RAT. DVB. Iuſiurandum ritè delatum ſuſcipi, & præſtari ex interuallo non poteſt, quia tacitam illam condicionem habere intelligitur, ſi ſtatim iurabitur, nec audiendus eſt is cui delatũ eſt, ſi poſteà iurare paratus

fit l.

ſit *leg. remittit* 6. vbi diximus *ſupr. hoc titul.* multò minùs auditi debere videtur is, qui ſemel iurauit, licet malè & contra formam delatam, ſi ex integro iurare velit, cùm delatio ad primum actum iuriſiurandi reſtricta eſſe videatur, nec ad aliud iuſiurandum extendenda *argum. leg. boues* 89. §. *hoc ſermone inſr. de verborum ſignificationib. l. matrimonij* 21. *inſr. Qui & à quibus manum.* ſibi enim debet imputare, & ex integro iurandi ius amittere is, qui malè iurauit, cur non meliùs, & ſecundùm formam delatam iurauerit, ita vt nec vllum ex ea amiſſione damnum ſentire videatur, ex regula *l. quod quis* 203. *de regul. iur.*

Decid. Non potuit iuſiurandum ſuſcipi ac præſtari, niſi agnita & accepta condicione delata, quamuis contra eam formam iuratum ſit. Iuſiurandum autem ſtatim, & ab initio fuiſſe ſufficit, nec illud etiam requiritur, vt incontinenti iuretur, vt diximus ad *dict. legem remittit.* Quanquam nec ad ſpeciem huius legis accommodata eſt illa obiectio. Ponimus enim, & ſtatim ſuſceptum eſſe iuſiurandum, & ſtatim præſtitum, licèt non ad eum modum quo iurari debuit, ſed cùm malè ac perperam iuratum ſit, dicimus ex integro ſolemniter iurandum eſſe, quoties enim aliquid factum eſt, quod fieri quidem debuit, ſed aliter tamen factum eſt, quàm fieri debuerit, ex integro faciendum eſt, *leg. de die* 8. §. *ſi ſeruus, & ſequent. ſupr. qui ſatiſdar. cogant.* Et in exemplo quod adfert Accurſius de optione malè facta, ex *leg. 2. de opt. legat.* & Bartolus de electione Poteſtatis ex *dict. lege* 2. & *l. ſerui electione* 5. *de legatis* 1. de teſte malè audito, qui ex integro audiendus eſt, etiamſi pars aduerſa iam didicerit teſtificata, item de ſententia perperam, & nulliter lata, quæ iterum ferenda eſt *leg. 1. Cod. de ſentent. & interlocut. omnium iudic. leg. hac ſententia* 3. *Cod. de ſentent. quæ ſin cert. quant. profer.* quanquam poſtremum hoc moribus noſtris exoleuit, quibus inductum eſt, vt à qualibet ſententia quantumuis nulla, neceſſariò appellandum ſit, alioqui teneat, nec per viam nullitatis, vt aiunt Pragmatici, impugnari poſſit, proinde impedit omnino ne alia ſententia ferri ampliùs poſſit: ſufficit enim tantum illam habere vitium quantum neceſſe eſt, vt ad eam reſcindendam appellari neceſſe ſit *leg. 3. §. falſus procurator inſr. Ratam rem haber.* Et quemadmodum olim iudex poſteaquam pronunciauerat, ſiue bene ſiue malè, officio ſuo functus dicebatur *leg. iudex poſteaquam* 55 *de re iudic.* ita & hodie ſiue ritè ſiue non ritè ac nulliter. Quod autem obiecimus iuriſiurandi delationem non niſi ad primum iuſiurandum reſtringi debere, ad rem planè non pertinet: Iuſiurandum enim quod Vlpianus ait ſolemniter ex integro præſtandum eſſe, non aliud eſt, quàm quod fuit & delatum & ſuſceptum & præſtitum, ſed quia malè præſtitum ex integro præſtandum eſt, ne tam delatio quàm ſuſceptio iuriſiurandi fiat inutilis: nec ſanè Prætor tam facilè pati debet, vt tantum litis expediendæ remedium, quod vſui eſſe poſſit, abiiciatur. Præter id quod, vt bene obſeruat Bartolus, aliud eſt de iure quærendo tractare, vt in ſpecie *dict. l. matrimonij*; aliud verò de iure iam quæſito, vt in hac lege. Cæterùm hodie iurari apud Chriſtianos ſolet non per Deum aut per ſalutem Principis aut ſuam, vt olim, ſed ſuper ſacroſanctis Dei Euangeliis. Interdum & ſolemniùs ſuper ſacroſancto Miſſæ Canone, ſed ſolemniſſimè ſuper ſacroſanctis diui Antonij patroni, & protectoris mei reliquiis: In dubio tamen ſi ſimpliciter delatum ſit, ſuper Dei Euangeliis delatum fuiſſe præſumendum eſt.

34. Idem libro 26. ad Edictum.

IVſiurandum & ad pecunias, & ad omnes res locum habet. Etiam de operis[a] iuſiurandum deferri poteſt. nec de iniuria queri aduerſarius poteſt[b], cùm poſſit iuſiurandum referre. Quid tamen, ſi ideo dicat reus[c] ſe liberatum, quoniam Stichum, quem promiſerat, putat deceſſiſſe? non erit tutus per relationem: & ideo ex hac cauſa putat Marcellus, & rectè, aut remittendum ei iuſiurandum, aut ſpatium dandum, vt certioretur, & ſic iuret[d].

*Ad l. Iuſiurandum & ad pecunias 34.*

Ratio dvbitandi. Pro nummis non iuratur in litem *leg. 3. inſr. de in lit. iur.* Ergo non eſt verum, quod Vlpianus hic ſcribit, iuſiurandum non minùs quàm in cæteris rebus locum habere.

Decid. Alia ratio eſt iuriſiurandi in litem, de quo in *d. l. 3.* alia verò iuriſiurandi voluntarij aut iudicialis, de quo in hac lege, & in toto hoc titulo. Iuſiurandum in litem non poteſt deferri pro nummis, quia non defertur, niſi ad ineundam rei æſtimationem, quæ aliter iniri iuſtè non poſſet *leg. 1. l. 5. in fin. leg. tutor 8. inſr. titul. proxim.* Nummorum autem certa & perpetua æſtimatio eſt, non ſicuti aliarum rerum varia & mutabilis pro temporum & locorum diuerſitate *d. l. 3. iunct. l. 3. de eo quod cert. loc.* At iuſiurandum voluntarium, & iudiciale defertur in defectum probationis, vt habeatur pro veritate, & veritatis probatione, itémque pro ſtipulatione, pacto conuento, tranſactione, & re iudicata *leg. 1. & 2. l. qui iuraſſe* 26. §. *vltim. ſupr. l. proxim.* §. 1. *inſr.* Atqui & pecuniæ & cæteræ res omnes in litem deduci poſſunt, & in ſtipulationem & in iudicium, & per conſequens etiam in iudicatum. Ergo & in iuſiurandum, *l. 3. ſupr.*

a *Etiam de operis.* Ratio dvbit. Operæ non ſunt in rerum natura *l. opera 9. inſr. de oper. libert.* nec enim peti poſſunt niſi præteritæ, & poſt peractum diem quo edi debuerunt *l. 2. l. ſi quando 8. eod.* præteritæ autem edi ampliùs non poſſunt, alioqui aliæ eſſent, aut non eſſent præteritæ *dict. l. ſi quando.* Ergo in iuſiurandum deduci non poſſunt: prius enim eſt, vt ſint in rerum natura quàm de iis quærendum ſit, an in iuſiurandum deduci poſſint, cùm dici ſoleat, quod eſt veriſſimum, non entis nullas eſſe qualitates *vulg. l. pen. ſupr. tit. prox. l. ſi parte ſup. quemadm. ſer-*

*tit. amitt.* Dec. Operas à liberto patronus petit, ſicut & pecunia credita petitur *l.3. eod. tit. de oper. libert.* nempe quia cùm non poſſint peti niſi præteritæ, & eo tempore quo in ſpecie amplius edi non poſſunt, neceſſe eſt præſtari eas in pecunia, & æſtimatione: ac proinde ſi de hoc ipſo quæratur, an debeantur necne, iuſiurandum de iis deferri nihil prohibet, ſiue fabriles ſint, ſiue officiales, licèt in quibuſdam iuris partibus ea diſtinctione neceſſaria ſit *d. l. opera §. 1. l. ſi non ſortem 26. §. libertus infr. de condict. indeb.* nam & ſi de ſtatu perſonæ quæreretur, adhuc tamen dicendum eſſet, iuſiurandum habere locum poſſe *l. 3. ſupr. hoc tit.* hoc enim eſt quod proximè diximus, iuſiurandum in rebus omnibus locum habere.

b *Nec de iniuria queri aduerſarius poteſt.* Ex hoc verſiculo apparet, loqui hîc Vlpianum de iureiurando iudiciali, non de voluntario. Nam in voluntario, quod conuentionale eſt, quia ex vtriuſque partis conuentione proficiſcitur *l. iuſiurandum 17. in princip. l. qui iuraſſe 26. §. vltim. ſupr. hoc tit.* non poteſt is, cui delatum eſt, conqueri vllam ſibi factam eſſe iniuriam, cùm ſemel voluerit *leg. in diem 9. §. 1. infr. de aqua & aqua pluuia arcend.* & rurſum in conuentionali iureiurando non poteſt de relatione tractari, de qua tamen hîc tractatur, cùm referri non poſſit *dict. l. 17. in princip.* Sed in iudiciali, de quo ſolo hîc agitur, ratio dubitandi illa erat, quæ his verbis ſatis innuitur, quod iniuria aliqua fieri videatur ei cui iuſiurandum defertur, ſi iurare cogatur aut ſuccumbere, cùm probationes nullas, aut minùs plenas habet is qui detulit. Ita namque fit, vt de domo aduerſarij velit eruere probationes ſuæ intentionis, quod nimis graue eſſe dicitur in *l. nimis graue 7. Cod. de teſtib. l. vltim. Cod. de edend.* Nec ſatis bona videtur eſſe ratio, quam ſubiicit Vlpianus, *cùm poſſit*, inquit, *iuſiurandum referre.* Nam ſi bona quoque illa eſt, quam accommodat ille ad caſum ſequentem iis verbis, *non erit tutus per relationem*, quid obſecro periculoſius dici poteſt, quàm vt is, qui iurare non vult, cogatur iuſiurandum referre, atque ita aduerſarium in propria cauſa iudicem teſtémque conſtituere? *l. 1. quarum rerum actio non det.* præſertim cùm is, cui iuſiurandum relatum eſt, illud iterum referre nunquam poteſt, ne detur progreſſus aut circuitus in infinitum. Proinde ſi quis tam religioſus ſit, vt metu & veneratione Diuini numinis iurare ipſe nolit, quod plerique faciunt, non tantùm religionis, ſed etiam modeſtiæ gratia *l. quæ ſub conditione 8. de condic. inſtitut. leg. illud 25. §. 1. infr. de pecun. conſtit.* in manifeſtum diſcrimen amittendæ litis conijcitur, atque ita iniuriam patitur, ſi iuſiurandum referre compellatur. Quotus enim quiſque eſt litigator, qui non malit iurare quàm ſuccumbere? Et quamuis iuriſiurandi relatio etiam delatio ſit, magna tamen differentia eſt inter eum qui defert iuſiurandum, & eum, qui refert. Defert enim is duntaxat qui vult, refert verò quis etiam inuitus, ſi modò iurare nolit.

Decin. Manifeſtæ turpitudinis & confeſſionis eſt, nolle iurare, nec iuſiurandum referre *leg. manifeſtæ 38. infr.* nec de alio proinde quàm de ſeipſo conqueri poteſt is, qui nec iurare, nec referre vult, ſiue per modeſtiam, ſiue per ſuperſtitionem impediatur ne iurare velit. Superſtitio enim illa veriùs, quàm religio dicenda eſt *dict. leg. quæ ſub conditione.* Denique hoc maluiſſe videtur, vt in *leg. ſi patre cogente 22. infr. de ritu nuptiarum.* ſatiſque humaniter agit Prætor cum eo qui iurare non vult, quod non ſtatim habet eum pro victo, ſed facultatem ei præbet referendi iuriſiurandi *§. ait Prætor, & ſequent. infr. hac lege. & in leg. item ſi cùm 14. §. 1. ſupr. Quod metus cauſ.* Sicque explicanda eſt ratio hæc Vlpiani, *cùm iuſiurandum referre poſſit.* Fateor non ſatis tutum eſſe eum qui iuſiurandum refert, ſi cum eo conferatur, qui ipſe iurat, quando iam ipſo iure eſt liberatus, vt in ſpecie *verſic. ſequent.* ſed extra illum caſum, & ſi quis alius ſimilis eſt, optima ratio eſt, quæ hîc adfertur ab Vlpiano, quòd nullam patiatur iniuriam is, cui iuſiurandum defertur, ſi ex Prætoris edicto iurare cogatur aut ſoluere, cùm poſſit etiam iuſiurandum referre.

c *Quid tamen ſi reus dicat.* Ratio dubit. Is cui iuſiurandum defertur, iudex & teſtis in cauſa ſua conſtituitur *leg. 1. infr. Quarum rerum act. non det.* Ergo nulla videri poteſt ei iniuria fieri, etiamſi talis caſus occurrat, in quo non poſſit eſſe tutus per relationem, cùm relatione nulla ſit opus, ſi iurare ipſe paratus ſit. Proinde ſi dicat reus ſe liberatum, quoniam Stichum, quem promiſerat, putat deceſſiſſe, non habet quod conqueratur, cùm non præciſè cogatur iurare de ea re, quam nondum bene certam & exploratam habeat, quod nec ſine contemptu Diuini numinis facere poſſet, ſed ei liberum ſit referre, vt periurij periculum transferat in aduerſarium.

Decin. Iniuria quidem nulla fit ei cui iuſiurandum delatum eſt, ſi aut iurare cogatur, aut referre, cùm de ea re iuſiurandum delatum eſt, de qua iurare tutò poſſit, ſaluáque conſcientia: ſibi namque imputet ſi ad ſuperſtitionem vſque tam ſcrupuloſus fuerit, vt iurare noluerit *dict. leg. quæ ſub conditione 8. de condic. inſtit.* niſi paratus ſit referre. Sed is cui iuſiurandum defertur ea de re, quam pro certa & cognita non habeat, iniuriam certè patitur ſi cogatur aut iurare ſtatim aut referre, cùm nec iurare poſſit abſque periculo periurij, quod ab eo ſuſcipi nec bonum nec æquum eſt, aut inuitus aduerſarium iudicem teſtémque in propria cauſa facere, quod nimis durum eſt. Neque verò alius quiſquam referre cogitur, quàm qui prior ipſe iurare tutò poterat ſi voluiſſet. In propoſita verò ſpecie debitor Stichi dicens ſe liberatum, quòd putet Stichum deceſſiſſe, nulladum contracta in eo ſoluendo mora (hoc enim ponendum eſt neceſſariò, quia nil alioqui prodeſſet interitus, qui poſt moram contigiſſet *leg. ſi ſeruum 91. §. ſequitur, & §. vltim. leg. ſi ex legati 23. & ſequent. infr. de verborum obligationib.*) iuſtam habet exceptionem per quam non modò abſolui poſſit, ſed etiam actorem ſummouere, tanquam agentem ſine actione & obligatione, cùm interitu rei debitæ ante moram contingente debitor liberetur *leg. ſi fideiuſſor 19. ſupr. de dolo.* Sed tamen factum ex quo naſcitur exceptio, probare debet, quod porrò per iuſiurandum probare non poteſt, niſi certus. Quomodo enim iurare liquidò poteſt is qui dubitat, an Stichus deceſſerit, quamuis putet deceſſiſſe? ſiquidem liquidò iurare nihil aliud eſt quàm apertè iurare, ac ſine vlla dubitatione, vt explicauimus *ad legem aliàs autem 18. ſupr.* Cùm ergo iurare nec recuſet nec poſſit, etiamſi maximè velit, nihil ei eſt imputandum ſi nec referre

iuſiu-

Digitized by Google

iuſiurandum velit, ad quod nemo cogitur, niſi qui iurare nolit, cùm poſſit. Benè igitur Vlpianus hîc in illis verbis, *non erit tutus per relationem*. Cæterùm quod ex hoc verſ. noſtri notant, Exceptionem poſſe opponi etiam per verba dubitatiua, puta ſi quis dicat, *Credo me non teneri*, aut quid aliud ſimile, itémque ex *leg. ſi debitor 41. ſuprà de hered. petit. leg. & leg. ſi quis inficiatus 13. infr. depoſ.* placere mihi non poteſt. Exceptionem enim certam & indubitatam eſſe neceſſe eſt, vt ſequi poſſit abſolutio, certáſque eius probationes adferri, quod vel vnus hic locus omnium optimè probat. Non enim admittitur ad iurandum debitor, qui putare ſe dicit Stichum deceſſiſſe, quia exceptio ſic concepta nullius momenti eſt, niſi ad hoc vt ei dari tempus debeat, non ad deliberandum, an iurare velit necne, vt malè putat Bartolus, cùm in toto hoc §. nullum ſit de deliberatione verbum, ſed vt Vlpianus loquitur ad hoc, vt certiorari poſſit quid in veritate facti ſit, & ſic deinde iuret. Nam ſi adhuc dubius iurare vellet, non eſſet audiendus propter nimis euidens periculum periurij, niſi ſe iam certioratum fingeret, ac mentiretur. Planè ad actoris intentionem excludendam, quemadmodum ſufficit reo negare, ita & dicere ſe dubitare, cùm tam per dubitationem rei, quàm per meram negationem fiat dubia intentio actoris *l. vlt. C. quib. ad libert. proclam. non licet, dict. leg. ſi debitor, & dict. leg. ſi quis inficiatus*. Satis autem ſit reo dubiam facere intentionem actoris, ad eam ſummouendam, ni actor & certam eam proponat, & certis probationibus eam inſtruat. Id enim eſt, quod noſtri iactitant, probationem dubiam neque concludentem non releuare, *leg. neque natales 10. leg. non epiſtolis 13. & ſeq. C. de probat. leg. non hoc 4. C. vnd. legit. leg. in duobus 28. §. igitur ſi quis verſicul. Poteſt enim fieri ſuprà hoc tit. leg. miles 11. §. quæ propter impuberem in fin. infr. ad leg. Iulian. de adult.* Sed aliud eſt negare intentionem actoris, aliud verò excipere, ſicut & aliud vincere reum per non ius actoris, aliud verò vi & ope exceptionis *leg. 4. & leg. vltim. Cod. de edend. leg. vlt. Cod. de rei vindic. leg. militis 36. §. veteranus de teſt. milit. leg. loci 4. §. competit ſupr. ſi ſeruit. vindic. leg. qui ex libertis 11. §. teſtamento infr. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tabul.* Cur verò non poteſt reus in ſpecie de ſua credulitate iurare? quomodo poteſt in aliis pleriſque caſibus, vt in iureiurando propter calumniam præſtando *leg. 2. Cod. de iureiur. propt. calum. dand.* & in iureiurando tutoris adfirmantis aut negantis ſe creditorem pupilli, *Nouell. 72. vt hi qui oblig. haber. ſe perhib. reis minor. cap. 3. §. vt autem.* Nempe quia iuſiurandum hoc quod & tranſactionis, & rei iudicatæ & nouationis vim obtinet, vt pro veritate habeatur, neceſſe eſt præſtari de ipſa rei veritate præciſè, non de credulitate *leg. Marcellus 11. §. 1. infr. rer. amot.* quod in iureiurando calumniæ diuerſum eſt, & in eo de quo in *dict. §. vt autem.* quia vtrumque illud iuſiurandum interponitur ad id duntaxat, vt reus purget ſe de dolo malo. Quamquam & in iureiurando calumniæ interdum id ipſum obſeruandum eſt, quod hic Vlpianus ſcribit, vt ei qui iurare debet, dandum ſit ſpatium intra quod poſſit meliùs ſe inſtruere, vt ex animi ſui ſententia iuret *dict. leg. 2. §. quod obſeruari Cod. de iureiur. propt. calumn. dand.* poteſt enim fieri vt quis tam incertus ſit, vt nec poſſit dicere quid putare debeat, nedum affirmare. Sed neque illud tempus dicendum eſt dari ad deliberandum, vt vult idem Bartolus, ſed quò magis certiorari poſſit is, qui adhuc neſcit in quam partem flectere opinionem debeat. Quæ ratio fuiſſe videtur, ob quam olim permittebatur reo ad intentionem, & articulos actoris reſpondere iuratò per verbum *credit* vel *non credit*. ne alioqui præciſè cogeretur reus reſpondere ac iurare de re quam neſciret. Sed poſteriores pragmatici meliùs viderunt, omninò affirmatiuam aut negatiuam præcisè fieri debere reſponſionem, vt certum fiat quid certis probationibus comprobari oporteat, vt certa quoque ſequi poſſit ſententia. In eámque rem poſtulanti reo dantur dilationes intra quas certiorari poſſit quid præcisè, & tamen tuta conſcientia reſpondendum habeat, ne conqueri poſſit, ſe præcipiti feſtinatione iudicis ad mendacij & periurij aleam ſubeundam inuitatum.

d *Et ſic iuret*. RAT. DVB. ET DECID. eadem eſt quæ ad finem legis præcedentis. Dubitandi quidem illa, quòd ex continenti, non ex interuallo iuſiurandum ſuſcipiendum ſit, quaſi delatio iuriſiurandi tacitam hanc habeat conditionem *leg. non erit 5. in fin. ſuprà hoc titul.* Sed decidendi iſta, quod aliud ſit ſuſcipi iuſiurandum aliud præſtari. ſuſcipiendum namque eſt incontinenti, ſed incontinenti ſuſceptum præſtari etiam ex interuallo poteſt, quod & Bartolus benè vidit. Sed tamen addere debuit: Poſſe interdum etiam fieri ex cauſa, vt delatum iuſiurandum non ſtatim & incontinenti acceptandum, vt loquuntur, & ſuſcipiendum ſit, vt in propoſita ſpecie, id eſt, cùm iuſta intercedit cauſa differendi, quia nondum ſit certioratus reus de veritate facti ex quo ſumit exceptionem: nec enim præcipitandus quiſquam eſt ad periurium, nec moræ & dilationi adſcribendum, quicquid ex iuſta cauſa fit *leg. ſciendum 21. & ſeq. infra de vſur.* Itaque potiùs remittendum eſt iuſiurandum & conſequenter habendum pro præſtito, ſi nolit aduerſarius dare actori tempus ad ſe certiorandum, quàm vt dubius & incertus aut iurare quis cogatur aut referre. Etſi enim iuſiurandum remiſſum habetur pro præſtito *leg. remittit 6. ſuprà hoc titul* verendum tamen non eſt, ne ex eiuſmodi remiſſione periurus fiat is cui remittitur, quomodo fieret ſi ex delatione iuraret: periurium enim facere ſolum iuſiurandum poteſt, ſed præſtitum non remiſſum. Hoc verò in reo faciliùs poteſt contingere qui quoniam neſcit quando futurum ſit vt conueniatur, ita paratas habet ſuas exceptiones, quàm in actore, qui non niſi de iure ſuo certiſſimus agere poteſt & debet *leg purè 5. §. vlt. de doli mali except.* Sed tamen poteſt etiam in actore idem contingere, nimirum ſi non ſuper intentione actionis propoſitæ, ſed quod plerumque fit, ſuper exceptione aliqua iuſiurandum ei deferatur: nec enim etiam de exceptionibus rei certus eſſe cogitur.

1 ¶ Defenſor municipum, vel cuiuſuis corporis, iuſiurandum deferre poteſt, ſi ſuper hoc mandatum habeat.

*Ad §. 1. Defenſor.*

RAT. DVB. Defenſor ciuitatis legitimam adminiſtrationem habere intelligitur *leg. 1. leg muneram 18. in princip. & §. defenſores in ff. de muner. & honor.* ideóque magis æquiparandus videtur tutori quàm procuratori. Vnde eſt quod de lite ciuitatis poteſt tranſigere non minùs quàm tutor, dummodò bona fide id faciat, non per gratiam & colluſionem *l. Præſes 12. C. de tranſact. iunct. l. Lucius 46. §. vlt infr. de admin. tutor.* cùm tamen procurator non poſſit tranſigere, quin ſpeciale mandatum habeat, licèt ſit procurator totorum bonorum & habeat generale mandatum, ſi non habeat etiam cum libera poteſtate *leg. mandato generali 60. leg. procurator totorum 63. ſupr. de procurat.* Ergo quamuis procurator generalis non poſſit deferre iuſiurandum, niſi ſpeciale mandatum habeat, & aliis quibuſdam caſibus, de quibus in *leg. iuſiurandum quod ex conuentione 17. §. vlt & l. ſeq., apr. hoc tit.* defenſor tamen ciuitatis plus iuris habere debet, vt etiam citra mandatum vllum ſpeciale poſſit deferre iuſiurandum: eo ſaltem caſu quo tutor poſſet, id eſt, omnibus aliis probationibus deficientibus *leg. prox. inſr.* DEC. Ciuitas quidem ſolet æquiparari pupillo *l. ciuitas 27* vbi diximus *ſupr. tit. prox.* Sed adminiſtrator ciuitatis, etiam ab vniuerſitate conſtitutus non poteſt videri tutoris loco eſſe, adeóque nec veri procuratoris, ſed potiùs actoris, quomodo vocatur in *leg. 2. leg. item eorum 6. § vlt. leg. vlt. & paſſ. ſupr. quod cuiuſque vniuerſ. nomin.* minus enim eſt actorem eſſe, quàm eſſe procuratorem, cùm is qui procurator ab aliquo conſtitutus eſt, alium procuratorem ſubſtituere ante litem conteſtatam non poſſit, actorem tamen poſſit, quod & in tutoribus & in curatoribus obtinet *leg. neque tutores 11. C. d. de procur.* Satis ergo eſſe debet defenſori ciuitatis, quod tantundem iuris habeat in deferendo iureiurando quantum habet procurator, vt proinde iuſiurãdum deferre non aliter poſſit, quàm ſi ſpeciale mandatum habeat *d. l. 17. §. vlt. & l. ſeq. ſupr.* vbi, cùm alij duo caſus iungantur, ſi vniuerſorum bonorum procurator quis datus ſit, & quidem cum libera, vt ibidem interpretati ſumus, aut ſi in rem ſuam, idem in defenſore & actore ciuitatis poſſumus dicere, vt his quoque duobus caſibus deferre iuſiurandum poſſit, ſed alio prætereà nullo, ne quidem ſi aliæ probationes omnes deficiant. Id enim ſoli tutori conceditur, qui quoniam non tantùm bonis, ſed etiam perſonæ pupilli datur, vt & curator furioſi & prodigi, dicitur eſſe loco domini *l. qui fundum 7. §. ſi tutor infr. pro emptor.* Qua ratione nec permittendum puto huic defenſori & actori ciuitatis, vt de re vniuerſitatis tranſigat, niſi ad hoc quoque habeat ſpeciale mandatum *d. l. mandato*, cùm nec ipſi tutori, niſi vix, hoc permittatur, ſi quoquomodo diminuendi patrimonij cauſa velit tranſigere *d. l. Lucius 46. §. vlt. infr de admin. tutor.* Et ita accipiẽdum puto, quod de tranſactione, per adminiſtratorẽ ciuitatis facta, ſcriptum eſt in *d. l. Præſes*, de eo ſcilicèt adminiſtratore, cui ſpecialiter hoc mandatum fuerat, vt tranſigeret, nec puto diſtinguendum eſſe cum Bartolo, an defenſor & actor vniuerſitatis conſtitutus ſit ab ipſa vniuerſitate, an à Syndicis aut aliis qui Rempublicam regunt: quaſi illo caſu æquiparandus ſit tutori, hoc verò poſteriore procuratori: omni enim caſu procuratoris tantùm partibus fungitur *d. l. 2. d. l. item eorum 6. §. vlt. ſupr. Quod cuiuſque vniuerſ. nomin.*

2 ¶ Pupillo non defertur iuſiurandum.

*Ad §. 2. Pupillo.*

RAT. DVB. Qui iuraſſe dicitur, nihil refert cuius ætatis ſit, ſed omnimodo cuſtodiendum eſt iuſiurandum aduerſus eum qui detulit *leg. qui iuraſſe 26. in princip ſupr. hoc tit.* Ergo etiam pupillo deferri iuſiurandum vtiliter poteſt. DEC. Ei demum deferri iuſiurandum poſſe dicendum eſt, qui delatum ſibi iuſiurandum, vel ſuſcipere cogi poſſit, vel referre: nam cùm iuſiurandum inſtar quoque iudicij habeat *d. leg. qui iuraſſe ſupr. & leg prox. §. 1 infr.* iudicium autem reddatur etiam in inuitum *leg. inter ſtipulantem 83. §. 1. de verb. obligat.* quis enim vltrò condemnari velit? conſequens eſt, vt iuſiurandum etiam inuito deferatur, quod tamen inutiliter fieret, ſi non poſſet cogi ad iurandum aut referendum *§. ait Prætor. & ſeq. infr.* At pupillus non poteſt cogi vt iuret, non ob id ſolùm quod rerum ſuarum adminiſtrandarum ius non habeat, ideóque nec deferre iuſiurandũ ſine tutoris authoritate poſſit *leg. iuſiurandum quod 17. §. pupillus ſupr.* ſed quia nec iurare liquidò poteſt cùm non poſſit peierare *d. § pupillus.* vbi diximus. Sed tamen ſi, aduerſario deferente, iurauerit pupillus, etiam ſine tutore, conſeruandum ei erit iuſiurandum aduerſus eum qui detulit, *d. leg. qui iuraſſe*, quoniam ſibi imputare debet qui detulit pupillo, nec quod in pupilli fauorem conſtitutum eſt, vt deferri ei iuſiurandum non poſſit, neque iurare cogatur aut referre, in eius damnum & perniciem retorquendum eſt, vt nec ſi iurauerit, id cuſtodiendum ſit: *leg pen. C. ad SC. Trebell. leg non eo minùs 14 Cod. de procurat. leg. nulla 25. ſupr. de legib. leg quod fauore 6. Cod. eod.* Aliud eſt, cùm de in litem iurando quæritur: eo namque caſu, nec ſi velit pupillus, iurare tamen ei vnquam permittitur. Tutori verò eius permittitur quidem, ſed ita tamen, vt iurare non cogatur *leg. 4. infr. tit. prox.* vbi de eo dicemus latiùs & rationem diuerſitatis adferemus.

3 ¶ Procurator non compellitur iurare, nec defenſor. & ita Iulianus ſcribit libro decimo Digeſtorum, defenſorem iurare non compelli: ſufficeréque ad plenam defenſionem, ſi paratus ſit iudicium accipere.

*Ad §. 3. Procurator.*

RAT. DVB. Defendi ſiue per procuratorem, ſiue per defenſorem is demum intelligitur qui per abſentiam ſuam in nullo deteriorem cauſam aduerſarij ſui facit, *leg. 2. §. defendi infr. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Arqui deterior fieret condicio aduerſarij, ſi neque procuratori, neque defenſori alterius

defct-

deferre iuſiurandum non poſſet ad compellendos eos iurare aut iuſiurandum referre, quorum alterutrum facere dominus ipſe omnimodo cogeretur §. *ait Prætor hac leg & l manifeſtæ 38. infr. hoc tit.* Ergo etiam procuratori iuſiurandum deferri poteſt, cùm is etiam in iure interrogatus ex omnibus cauſis reſpondere debeat, ex quibus dominus deberet *l. non ſolùm 39. in princip. ſupr. de procurat.* multò igitur magis defenſori, quandoquidem defendere eſt eandem vicem quam reus ſubire *l. minor 51. §. quoniam eodem titul.* Quidni ergo iurare debebit quiſquis alium defendit, eo caſu quo is ipſe qui defenditur, iurare cogeretur?

Dac. Non debet procurator egredi fines mandati qui è contrario diligenter ei cuſtodiendi ſunt *l. diligenter 5. infr. mandat.* Atquin is qui alium defendit ſiue mandato aliquo interueniente qui ſpecialiori nomine procurator dicitur, ſiue nullo, qui defenſor poteſt commodè abſentem defendere, ac litis victoriam ei comparare etiam citra iuſiurandum, cùm vix ſit, vt ad hoc deferendi iuriſiurandi auxilium quiſquam confugiat, niſi qui litem in eo ſtatu eſſe videat, vt iamiam ſit ſuccumbendum, niſi delatio iuriſiurandi ſpe futuræ relationis aut recuſationis meliora eum ſperare iubeat. Cur ergo permittamus vt ei iuſiurandum deferatur, & vel iurare cogatur, vel referre? Nam nec ſi mandatum habeat ad agendum vel ad defendendum, alia tamen ei conceſſa eſſe intelliguntur, quàm ea, ſine quibus mandatum exequi commodè non poſſet *leg. ad rem mobilem 56. l. ad legatum 62. ſupr. de procur.* in quo numero iuſiurandum non eſt. Præter id quod, vt bene addit Accurſius, graue eſt inuitum quem ſub alieni compendij emolumento compelli etiam periurium anceps ſubire, vt idem Vlpianus noſter ſcribit *in l. videamus 5. infr. tit proxim.* Et licèt defenſoris qui vltro ſe offert liti alienæ defendendæ ſine mandato, ſoleat in pleriſque cauſis durior eſſe condicio, quàm procuratoris qui mandatum habet; in eo potiſſimùm, vt de rato cauere cogatur *leg. 1. Cod. de procurat.* & fideiuſſorem dare (nemo enim alienæ litis defenſor idoneus ſine ſatiſdatione eſſe intelligitur *leg. qui proprio 46. § qui alium ſupr. eodem ill. tit.*) hac parte tamen nihil inter procuratorem & defenſorem diſtat; quia ſufficit defenſori ad plenam defenſionem ſi paratus ſit iudicium accipere, vt hîc Vlpianus noſter ex Iuliano ſcribit. Nec ideò tamen deterior ſit condicio aduerſarij cum procuratore vel defenſore litigantis, quia ſi dominus adſit iudicio, quod euenit plerumque *l. Paulus reſpondit 69 ſupr. eodem titul. de procur.* iurare ipſe poterit, ſin abſens ſit, iubebitur venire, aut ad eum mittetur, vt iuret vel referat, vel recuſet *l generaliter 12. §. his de præſentibus Cod. hoc tit.* In aliis tamen, quæ non tam ad deciſionem, quàm ad inſtructionem litis pertinent, tam procurator quàm defenſor ad interrogationes omnes reſpondere cogitur, ad quas reſpondere ipſe dominus tenetur etiam adhibito ſi opus ſit iureiurando, vt vult Bartolus ex *dict. l. non ſolùm*, quia etiam poſt iuratam reſponſionem procuratoris vel defenſoris poſſit adhuc probari contrarium ſaltem petita per dominum reſtitutione in integrum refuſiſque fruſtratoriis expenſis, quod non ſimiliter fieri poſſet ſi iuſiurandum litis deciſorium à procuratore vel defenſore præſtitum proponeretur.

4 ¶ Qui iuſiurandum defert, prior de calumnia debet iurare, ſi hoc exigatur [a], deinde ſic ei iurabitur.

*Ad §. 4. Qui iuſiurandum.*

Rat. dubit. Non facilè quiſquam credendus eſt per calumniam aliquam facere, præſertim iudice, adeoque Prætore ipſo præſente: calumnia enim delictum eſt, & quidem grauiſſimum & turpiſſimum *l. 1. & tot. tit. ſupr. & Cod. de calumn.* Vnde per legem Remmiam frons calumniatoribus inurebatur, vt quiſquis integræ frontis non eſſet, hoc ipſo calumniator probaretur *l. quæſitum 13. infr. de teſtib.* Eſt autem vitanda ſuſpicio, & præſumptio delicti tanquam quæ ſemper odioſa ſit *l. meritò 51. infr. pro ſocio.* cùm quilibet in dubio præſumatur bonus ſi non probetur malus *leg. abſentem 5. infr de pen.* Superuacuum igitur eſt, vt qui iuſiurandum defert, prior iurare debeat de calumnia: nec refert an exigatur hoc ab aduerſario, an non, quia ne quidem requirente aduerſario quiſquam onerandus eſt ſuperuacua cautione *l. hac ſtipulatio 14. infr. vt legat. ſeu fideic. ſeruand. cauſ. caueat.* quantò minùs ſuperuacuo iureiurando, quod ſemper periculum aliquod periurium ſecum trahit?

Dacid. Suſpectus eſt quiſquis pro ſua intentione probationes aut nullas habens aut minùs plenas iuſiurandum aduerſario defert, vt hoc velut emplaſtro cauſæ ſuæ deſperatæ medeatur: & cùm is qui iuſiurandum aduerſario defert, iudicem illum teſtémque in propria ſua cauſa conſtituat *l. 1. infr quarum rer. act. non det.* quis facilè ſuſpicetur inimicum hominem ita facere, vt aduerſario ſuo faueat, aut ſibi conſulat, ac non potiùs per calumniam, vt exigendo iuſiurandum ab aduerſario, quem fortaſſe ſcrupuloſum & ſuperſtitioſum eſſe ſciat, aut modeſtiorem quàm vt facilè ſit iuraturus, adigat eum ad iuſiurandum vel recuſandum omnino, vel ſaltem referendum, vt hoc vnico remedio litis victoriam extorqueat? Meritò igitur prudentibus & Prætoribus placuit, vt quiſquis iuſiurandum defert, tanquam hoc ipſo ſuſpectus prior iurare debeat, de calumnia, id eſt, non calumniæ cauſa ſe hoc facere, ſed ex veritatis conſcientia & iuris ſui tuendi gratia, ſi modò id aduerſarius exigat. Nec enim officium ſuum Prætor impertitur niſi poſtulanti *leg. 4. §. hoc autem iudicium infr. de damno infecto.* & poteſt quilibet iuri ſuo & pro ſe introducto renunciare, niſi iuris publici fauorem admixtum habeat *l. penult. Cod. de pact. l. ſi index circumuenito 4. ſupr. de minor.* Cæterùm is qui iuſiurandum defert ſi poſtulante aduerſario non iuret prior de calumnia ſimilis habendus eſt remittenti, vt iuriſiurandi gratiam facere videatur *l. ſi non fuerit 37. infr.*

a *Si hoc exigatur.* Rat. dvb. Iuſiurandum de calumnia remitti non poteſt ne quidem expreſſa conuentione *l. 2. §. ſed quia veremur. C. de iureiur. propt. calumn. dand.* Ergo neque tacita, ne alioqui maior

ſit vis taciti quàm expreſſi, quæ par quidem eſſe poteſt, ſed maior eſſe non poteſt *leg.3. vbi diximus ſupr. tit. proxim.*

DECID. Non impertitur Prætor officium ſuum niſi petenti *d.l.4. §. hoc autem iudicium infr. de damn. infect.* nec quiſquam cogendus eſt vti iure pro ſe introducto ſi nolit, vt modò diximus ex *l. pen. Cod. de pact. l. ſi iudex 41. ſupr. de minor.* nec proinde remiſſio iſta tacita videri poteſt prohibita, cùm non ex facto aliquo oriatur, ſed potiùs ex non facto. Et hoc caſu locum habet quod in aliis pleriſque, vt non expreſſa non noceant, quæ expreſſa nocerent *l. nonnunquam 52. in fin de condic. & demonſtr. l. expreſſa 195. de regul. iur. l. filiusfamilias 8. §. milites*, in illis verbis, *niſi hoc tempore litis conteſtatæ quocunque caſu prætermiſſum eſt, ſupr. de procurat.* Quanquam nec verum eſt iuſiurandum hoc de calumnia expreſſa conuentione remitti non poſſe. Nam quod contra ſcriptum eſt in *d.l.2. §. ſed quia veremur*, non ad iuſiurandum illud pertinet, de quo Vlpianus in hoc §. ſed ad nouum quod Iuſtinianus induxit voluítq; ab omnibus litigatoribus eorúmq; Aduocatis, & in omnibus litib. præſtari, & per iudices ipſos omnimodo exigi, nec tam ob priuatam litigantium vtilitatem quàm ob publicam, vt ibidem Iuſtinianus ipſe teſtatur iis verbis, *quia non pro commodo priuatorum, ſed pro communi vtilitate præſentem legem poſuimus.* Quæ optima ratio eſt, vt appareat iuſiurandum illud remitti non poſſe, cùm priuata conuentione iuri publico derogari non poſſit *l. ius publicum 38. ſupr. de pact.* Quamuis idem Iuſtinianus hoc ipſum iuſiurandum quod ſæpius in vna eadémque lite præſtari iuſſerat, tandem conſtituerit, ſemel & ab initio litis præſtandum eſſe. *Nouell. de his qui ingred. ad appell. 49. cap. vlt.* vnde ſumpta eſt *Authent. hoc ſacramentum*, & *Auth. in iſto iuramento eod. tit.* quod ipſum etiam exoleuit hodie, nec in praxi noſtra obtinet, niſi cùm ſpecialiter ex aliqua cauſa iudex de calumnia iurari iubet, vt fieri plerunque contingit etiam parte non requirente. Nimirum praxis ipſa docuit præſtationem huius iuriſiurandi nullomodo viam præcludere malitiis & calumniis litigatorum, nec ad aliud ferè prodeſſe, niſi ad quotidianas calumnias quotidiano etiam periurio cumulandas. Qua ratione videtur motus Plato *Dialogo 12. de legib.* vt iuriſiurandi vſum in republ. prohibendum putauerit, turpéque eſſe ſi exigatur. At iuſiurandum, de quo hîc agitur, non pro communi vtilitate, vt Iuſtinianeum illud introductum eſt, ſed pro commodo eius, cui defertur iuſiurandum, nec iubebatur olim Prætor aut iudex illud exigere, quod Iuſtinianus de ſuo præcepit, ſed ita demum exigebat, ſi aduerſarius id poſtularet, vt & illud, de quo in *l. qui bona fide 13. §. ſi quis ſtipulatus infr. de damn. infect.* poteſt enim omitti etiam quod non poteſt remitti *c.1. de iuram. calumn. in 6.* Quamquam deſiit eſſe neceſſarium à quo tempore Iuſtinianus ſuum induxit, tanquam quod multò ſit latius, & in quo vetus hoc, de quo tractamus, comprehendatur, poſtquam adiecit Iuſtinianus iuramento calumniæ, vt iurare debeat litigator nullam ſe in tota lite exacturum probationem, niſi quam pro veritate putet neceſſariò eſſe exhibendam, *Ne ſæpius*, inquit, *iuretur in cauſa.* Qui enim poſtea iuſiurandum defert aduerſario, cur iterum iurare cogatur, cùm iuſiurandum prius generale, & ad totam litem pertinens poſſit ſufficere, ita factum eſt, vt cùm Iuſtinianus nouum hoc iuſiurandum induxit, & ampliauit, vetus hoc, de quo agimus, antiquauerit & ſuſtulerit, Iuſtinianeum verò ipſum poſtea exoleuerit, & deſuetudine abrogatum ſit, atque ita nullum hodie penitus de calumnia iuſiurandum præſtetur citra ſpecialem ea de re iudicis interlocutionem. Cæterùm qui exigebat olim iuſiurandum hoc de calumnia, non cogebatur ipſe prior iurare, quia authore Prætore deferebatur, vt ſubtiliter Vlp. ratiocinatur in *l. de pupillo 5. §. qui opus nouum infr. de oper. noui nunciat.* Alioqui dareiur progreſſus in infinitum, ſi is à quo iuſiurandum de calumnia præſtandum eſt, viciſſim iuſiurandum ſimile exigere ab aduerſario poſſet.

5 ¶ Hoc iuſiurandum de calumnia, neque patrono, neque parentibus remittitur.

*Ad §. 5. Hoc iuſiurandum.*

RATIO DVBIT. Non magis parentibus aut patronis quàm aliis permittendum eſt, vt impunè calumnientur, & calumniæ cauſa iuſiurandum deferant liberis emancipatis aut libertis, qui iudicio poſſunt cum ipſis conſiſtere. In eo namque læditur ius non modò liberorum aut libertorum, quibus defertur iuſiurandum, ſed etiam reipublicæ, vt Iuſtinianus ſcribit in *l.2. §. ſed quia veremur. Cod. de iureiur. propt. calumn. dand.* vbi propter hanc cauſam conſtituit ne cui iuſiurandum hoc remittatur, ne quidem apud compromiſſarios iudices, nihil enim per calumniam omnino fieri, præſertim verò in litibus publicè expedit, ne lites in longius tempus protrahantur, & grauioribus perplexitatibus implicentur, quod non niſi per calumnias fieri ſolet, quæ ſi de medio tolli aliqua parte omnes poſſent, O felicem Rempublicam, nec infelices prorſus ipſos etiam qui litigarent! Ergo iuſiurandum hoc de calumnia, neque patronis, neque parentibus remitti debet. Atque ita in *Pand. Florent.* ſcriptum eſt, eáque lectio pleroſque decepit qui Florentinæ lectioni tantum tribuunt, vt nuſquam emendari eam patiantur. Sed melior eſt vulgata quæ ſic habet, *Hoc iuſiurandum de calumnia æquè patrono & parentibus remittitur*, niſi quod mallem legere *æquè patrono atque parentibus*, vt faciliùs dignoſci poſſit vnde lectionis Florentinæ mendum fluxerit, nempe ex ſimilitudine dictionis *neque, in Pand. Florent.* repetitæ cum dictionibus *æquè*, *atque*. Illud enim certè conſtat, & apud omnes in confeſſo eſt, iuſiurandum hoc de calumnia non ſolùm parentibus remitti ſi liberis emancipatis, cum quibus litem exercent iuſiurandum deferant, de quo dubitari minùs poterat, propter paternam verecundiam, vt loquitur *lex ſi ſuperſtite 5. Cod. de dolo.* ſed etiam patrono litiganti cum liberto. Sic enim ſcriptum eſt in *l. ſi patronus 16. ſupr. hoc tit. l. de die 8. § iubetur ſupr. qui ſatiſd. cogant. l. licet 7. infr. de obſeq. parent. & patron. præſt. l. qui bona fide 13. § ſi alieno. verſ. ſed ſi eius infr. de damn. infect.* Et ratio vtriuſque eſt, quia iuſiurandum hoc de calumnia, licèt non niſi authore Prætore deferatur, tamẽ non aliter author eſt Prætor vt deferatur, quàm ſi ab eo cui iuſiurandum defertur exigatur, vt proximè

Vlpia-

Vlpianus ſcripſit & in alia ſpecie de qua in *l. de pupillo 5. §. qui opus nouum infr. de oper. noui nunciat.* Atqui non poteſt exigi hoc iuſiurandũ de calumnia, quia is qui exigit, obiiciat ſuſpicionem quandam calumniæ, quam porrò parentibus & patronis obiici nimis durum certè ac inuerecundum eſt propter reuerentiam quæ parentibus & patronis debetur, parentibus quidem, à quibus liberi emancipati non modò vitam, vt qui in poteſtate manſerunt, ſed etiã ſpeciem quandam plenioris libertatis & liberioris adminiſtrationis beneficio emancipationis habuerunt, patronis verò propter inſigne beneficium illud manumiſſionis & datæ libertatis, quo maius ſperare nullum liberti nedum conſequi potuerunt. Idémque ſi non de calumnia, ſed propter rem ipſam de qua lis eſt, iurandum ſit, neque parenti neq; patrono iuſiurandum remittitur *l. quoties 14. ſupr.* Neq; verò ius hoc exiſtimandum eſt à Iuſtiniano correctum eſſe in *d. § ſed quia veremur*, cùm ibi neq; de parentibus neq; de patronis quicquã ſcriptũ ſit, neq; de iure vetere corrigendo, quod proinde in eo in quo expreſſim correctum non eſt, ſaluum & integrum manet *vulg. l. præcipimus 32. in fin. Cod. de appellat.* quod enim non eſt immutatum, cur ſtare prohibeatur? *l. ſancimus 27. C. de teſtam.* Et verò, vt benè Accurſius vidit, longè aliud eſt remitti hoc iuſiurandũ ab homine quod Iuſtinianus ſua illa cõſtitutione prohibuit, aliud verò remitti à lege aut à prætore motu, vt loquuntur, id eſt, ex perpetuo prætoris edicto: quod Iuſtinianus prohibere nec voluit nec velle debuit. Et hoc eſſe videtur quod vulgo noſtri iactitant, leges & conſtitutiones quantumuis exorbitantes, & correctorias recipere interpretationem paſſiuam à iure communi, & à prioribus legibus quibus non fuerit ſpecialiter derogatum. Lex ergo Codicis per hanc legem determinatur, vt ait Bartolus. Sed quod ſubiicit, idem è cõtrario dicendum eſſe, vt liberis & libertis viciſſim hoc iuſiurandum calumniæ remitti oporteat ad æqualitatem, inquit, inter eos ſeruandam *ex l. vlt. C. de fructib. & lit. expenſ. & cap. 34. de conſuet. rect. feud. §. in qui bus libr. 2. feudor.* vereor ne non ſit probabile: longè ſiquidem diſpar harum perſonarum ratio eſt, cùm non perinde parentes patronique reuerentiam aliquam liberis libertíſque debeant, atque liberi libertíque parentibus & patronis: alioqui Titulum illum *Pandect. de obſequiis & parentibus & patronis præſtandis*, ſic concipi oportuerat vt adderetur *& contrà* ſi qua inter huiuſmodi perſonas ſeruari æqualitas deberet, quod tamen ridiculum fuiſſet. Diuerſa cauſa eſt priuilegiorum de quibus in *d. l. vlt. C. de fructib & lit. expenſ.* quibus non eſt æquũ vti aliquem ex litigatoribus, quin aduerſarius eodẽ contra eũ priuilegio vti poſſit. Diuerſa item cauſa vaſſalli & domini inter quos cùm mutuæ obligationes contrahantur, mirũ non eſt, vt priuilegiũ quod Rex Federicus primus in Romandiola dominis indulſit, ne ſacramẽtũ calumniæ vaſallis præſtare tenerẽtur, etiã ad vaſallos extendatur, vt quod quiſq; iuris in aliũ ſtatuit, ipſe eodẽ vtatur, quemadmodum ſcriptũ eſt in *d. §. in quibus.* At nulla filio in patrem aut liberto in patronũ obligatio ex emancipationis & manumiſſionis beneficio quæritur. Idem autẽ locuti ſumus de liberis emancipatis, quia liberi in patris poteſtate manentes non tã reuerentiæ ratione iuſiurandum calũniæ à parentibus exigere prohibentur quàm cum iis litigare poteſtatis iure impediuntur *l. adoptiuam 8. ſup. de in ius vocãd. l. lis nulla 4. ſup. de iudic. l. neque filiofam. 16. inf. de furt.*

6. ¶ Si de qualitate iuramenti fuerit inter partes dubitatum: conceptio eius, arbitri iudicantis eſt.

*Ad §. 6. Si de qualitate.*

RAT. DVB. Non videtur fieri poſſe, vt de qualitate iuramenti inter partes dubitetur ſiue iuſiurandum ſit conuentionale, quia tunc pendet ex mutua conuentione partium *l. iuſiurandum quod 17. ſup.* ſiue ſit iudiciale, quia pendet totum illud ex voluntate deferentis, qui non aliter foerat delaturus *arg. l. vlt. Cod. de pact. int. empt. & vendit. l. purè 5. § pen. infr. de dol. mal. except.* nec valde curanda videtur eius voluntas cui defertur, cùm omnimodò cogendus ſit iurare iuxta formam delatam, alioqui nullius momenti erit iuſiurandũ *l. 3. §. vlt & legib. ſeq. ſupr. hoc tit.* Nullo igitur caſu conceptio formulæ in arbitrio iudicantis poſita eſſe videtur. DEC. Cùm inter litigatores conuenit de forma iuriſiurandi, ea vtique omnimodo ſequenda eſt non ab eo tantùm qui iurare debet *d. l. 3. §. vlt.* ſed ab ipſo etiam iudice *l. ſi conuenerit 56. infr. de re iudic.* Sed poteſt tamen interdum fieri, vt de formula concipiendi iuriſiurandi inter litigatores non conueniat, iuſtámque diſſentiendi cauſam reus habeat aut actor cui defertur, nõ quaſi recuſet iuſiurandum, ſed quia iurare velit alia formula. Finge conceptionem à deferente propoſitam aliquid continere quod vel ineptum ſit vel ſuperſtitioſum: vt ſolent plerique deferentes iuſiurandum ſuper ſacroſanctis Diui Antonij reliquiis ſuperſtitiones multas admiſcere, quas Senatus noſter vt tollat cùm iuſiurandum tale defertur, ſolet addere clauſulam, *omni ſuperſtitione ceſſante.* ſuperſtitioſas enim iſtas, & ineptas formulas admittere iudex numquam debet, nec ſi partes conſentiant publici ſcandali euitandi gratia, cui locus fieret ſi res tam ſancta & religioſa huiuſmodi ſuperſtitionum mixtura pollueretur. Sed neque pati bonus iudex debet, vt ob rem modicam & à vili fortaſſis perſona iuſiurandum ſuper ſacroſanctis D. Antonij reliquiis deferri Senatori aut Præſidi aliíve in dignitate præcipua conſtituto, cùm ſatis abundéque ſufficere poſſit in domo recuperatoris, &, vt loquuntur, Commiſſarij qui à Senatu in eam rem dari ſolet, aut etiam iudicis præſtari iuſiurandum ſuper ſacroſanctis Dei Euangeliis, aut veneranda ſanctiſſimi Crucifixi imagine, aut etiam ſi malit Iudex ſuper ſacroſancto Miſſæ Canone. Idque eſt quod vetere ſtatuto Sabaudiæ cautum legimus vt iuriſiurandi delati moderatio in arbitrio & religione poſita ſit iudicantis, quod ex hoc §. ſumptum videtur, & optimam habet rationem: cùm nõ facilè pati bonus iudex debeat, vt tale iuſiurandum deferatur per quod ob ſuperſtitioſiorem diuini numinis metum deterreri à iurando poſſit is cui delatum eſt, aut cogi per modeſtiam vt aduerſario iuſiurandum referat, quod alioqui ſi modeſtior & æquior fuiſſet formula, præſtare ipſe maluiſſet. Etſi enim pro deferente illa maximè ratio facere videtur, quòd parum interſit eius, cui defertur qualiter concepta ſit formula, cùm ſub eadem formula referre iuſiurandum poſſit, quandoquidem non po-

reſt iuriſiurandi condicio ei diſplicere, qui detulit vt ſubiicit Vlpianus in hac ipſa lege *§. prox.* Valde tamen eius intereſt, vt iurare poſſit potiùs quàm referre, cùm nemo ſit turus per relationem, vt diximus ad initium huius legis, neque hoc caſu remedio locus eſſe poteſt, quod aliis nonnullis caſibus proponi ſolet, vt partes conſentire in formula iuriſiurandi debeant, aut ſua ſponte aut imminente iudice, vt in ſpecie *leg. huiuſmodi* 84. *§. vlt. de legat.* 1. ita namque fieret, vt ſi conſentire numquam vellent, ſe inuicem impedirent, vt in *d. §. vlt. & in l.* 2. *§. vltim. ſupr. quib. mod. vſuſr. amitt.* atque ita non poſſet lis expediri per iuſiurandum, quod tamen omnium maximum & promptiſſimum remedium eſt expediendarum litium, vt diximus *in leg.* 1. *ſupr.* & cuius beneficio maximè lites expediri non tantùm vtriuſq; litigatorum intereſt, ſed ipſius etiam reipublicæ, adeóque iudicis apud quem lis tractatur *l. quidam exiſtimauerunt* 21. *ſup. tit. prox.* Merito igitur placuit conceptionem formulæ in arbitrio eſſe iudicantis ſiue de loco vbi iurandum eſt, ſiue de iurandi forma quæratur *leg. generaliter* 12. *§. pen. C. hoc tit.* nempe cùm apud iudicem datum non apud Prætorem iuratur, quod contingit quoties in iure & in ipſa conteſtatione non fit delatio, ſed allegatur tamen aliquid ſuper quo iuſiurandum poſteà deferendum ſit: nam ſi delatio fiat in iure & apud Prætorem, erit conceptio in arbitrio ipſius Prætoris ius dicentis non iudicis pedanei iudicantis. Sed hodie nullus huic diſtinctioni locus eſt, poſtquàm iidem ſunt dicentes qui iudices & contrà ex *l.* 2. *C. de pedan. iudic.* Nec audiendus eſt is qui detulit ſi poſt conceptam arbitrio iudicis formulam reuocare delationem velit, quaſi non aliàs nec ſub alia verborum conceptione fuerit delaturus: non enim ex poſtfacto improbare poteſt quod iudex iure ſuo fecerit, & ſtatuto etiam noſtro apud nos permittente. Sed ſi ab initio iuſiurandum deferens proteſtetur non aliter ſe iuſiurandum deferre velle, ſed reuocatum malle ſi fortè aliqua ex cauſa vel aduerſario vel ipſi etiam iudici conceptio non placebit, puto ei permittendum, & improbante conceptionem iudice (de aduerſario namq; improbante parùm curandum eſt) perinde habendam delationem acſi facta numquã fuiſſet, ne ex ipſius delatione contra eius voluntatem iuretur, neque in eo negligitur authoritas iudicis, ſed in re quæ ex deferentis voluntate pendet, voluntas deferentis ſeruatur *arg. l.* 1. *§. inde quæritur infr. de oper. noui nunciat.* ſatiſque punitur is qui detulit, quod ſuæ delationis commodo priuatur, aliáſq; ſubinde probationes perquirere cogitur, quas aut nullas fortaſſe aut non niſi mancas, minúſque plenas inuenturus ſit, atque ita litem amiſſurus quam ex relatione vel recuſatione iuriſiurandi, ſi tenuiſſet delatio, vincere potuiſſet. Hinc verò Bartolus benè colligit, Si inter partes contentio ſit de formatione puncti mittendi conſultori, poſſe Iudicem dirimere contentionem, & ad ſenſum ſuum illud formare: quod & aliis pleriſque caſibus euenit, de quibus in *§. non ſemper infr. hac lege, l. in venditione* 8. *§. vlt. de reb. author. iudic. poſſid. l.* 1. *§. item Prætor de inſpic. ventr.* Idque obſeruari ſæpiùs vidi in Rota Romana per tempus illud quo viuere Romæ mihi contigit, cùm de formandis punctis tractaretur, non quæ mittenda eſſent conſultori, ſed quæ danda eſſent Recuperatori & relatori litis, vt ſuper iis ſigillarim & ex ordine partes informarent, quomodo loquuntur, & Rota pronunciaret.

7 ¶ Ait prætor: *Eum, à quo iuſiurandum petetur, ſoluere, aut iurare cogam* [a]. alterum itaque eligat reus [b], aut ſoluat, aut iuret. ſi non iurat, ſoluere cogendus erit à prætore.

*Ad §. 7. Ait Prætor.*

RAT. DVA. Iuſiurandum inſtar iudicij obtinet *l. qui iuraſſe* 26. *§. vlt. ſupr. & l. prox. §.* 1. *infr.* Atqui iudicium redditur in inuitum *l. inter ſtipulantem* 83. *§.* 1. *de verb. oblig.* Ergo & iuſiurandum inuitus ſuſcipere, & iurare cogendus eſt is cui delatum eſt, ita vt non ſit audiendus ſiue referre iuſiurandum velit, ſiue recuſare. Non enim debet Prætor aut iudex electionem litigatori dare quam aduerſarius non dedit. DAC. Qui iuſiurandum detulit, non habet quod conqueratur, etiamſi is cui delatum eſt, nolit iurare ſi modò ſoluat, aut iuſiurandum referat. Et quidem ſi ſoluat, ratio aperta eſt, quoniam cùm actiones omnes inſtitutæ ſint, omniáque iudicia ad effectum exactionis, id eſt, ad extorquendam ſolutionem, quid aliud poteſt actor petere niſi vt ei ſoluatur? *§. vlt. infr.* Id enim eſt quod dici ſolet, Iudicia omnia eſſe abſolutoria *§. vlt. Inſtit. de perpet. & tempor. action.* ſcilicet ſi actori pendente iudicio ſatisfiat, Plus autem quàm ſatisfacit is, qui ſoluit, cùm ſatiſfactio minùs ſit quàm ſolutio, nec niſi pro ſolutione cedat *l. ſatiſfactio* 52. *infr. de ſolut. l. item liberatur* 6. *§.* 1. *infr. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit l. ſi rem* 9. *§. omnis pecunia infr. de pign. act.* Si verò nolit reus nec iurare nec ſoluere (nam & referendi iuriſiurandi electionem habet, vt ſequitur in *§. prox.*) non magis habet quod conqueratur actor, cùm per relationem iudex & teſtis conſtituatur in cauſa propria, atque ita certam ſibi litis victoriam parare poſſit ſi non per calumniam ſed iure agat, *l.* 1. *infr. Quar. rer. act. non dat.* Neque verò nouum eſt, vt etiam poſt ſententiam & condemnationem electio detur reo vt aliquid facere poſſit, propter quod impediat & euitet effectum condemnationis, vt cernere eſt in eo qui actione noxali conuentus & ad decidendum damnum condemnatus fuit: hic enim facultatem habet noxæ dedendæ, & quidem ex *lege* 12. *tabul.* licèt noxæ deditio numquam ſit in condemnatione *l. miles* 6. *§. decem infr. de re iudic.* Quidni ergo etiam Prætor facultatem dare edicto ſuo potuit ei, qui ex delatione iurare debeat, vt poſſit tamen ſi malit vel ſoluere, vel referre? Non addo cum Accurſio *vel recuſare*, quoniam iuſiurandum ritè delatum ei qui neque ſoluere velit neque referre, ſi ab eo recuſetur, quia nec iurare paratus ſit, hoc ipſo habetur pro probatione acſi à deferente ipſo præſtitum eſſet, ita vt recuſatio pro condemnatione ſit, niſi is qui recuſat appellauerit à delatione *leg. generaliter* 12. *§. ſin autem Cod. hoc tit.* nihilque prorſus intereſt actoris qua via ſuum conſequatur, an reo iurante an reo recuſante: id enim contingit quoties quis nec iurare vult nec referre *l. manifeſtæ* 38. *infr.* Cui mirificè conuenit quod ſcriptum eſt in *l. delata* 9. *C. hoc tit.* Delata condicione iuriſiurandi, reum, ſi non per actorem quominùs de calumnia iuret ſteterit,

tetur,

rerit, per iudicem ſoluere vel iurare, niſi iuſiurandũ referat, neceſſe habere. Neque verò manifeſtæ turpitudinis & cõfeſſionis eſſe dicitur nolle iurare abſolutè, niſi addas quòd additur in *d. l. manifeſta, nec iuſiurandum referre*, ac proinde vt is qui recuſat iuſiurandum, haberi poſſit pro condemnato, neceſſe eſt, vt referendi eius habeat poteſtatem, ſi modò talis caſus ſit qui admittat relationem: nec enim omnes admittunt, vt dicemus ad § *ſeq.*

a *Soluere aut iurare cogam.* RAT. DVB. Ad factum nemo præciſè cogitur, ne quidem à prætore, quia non poſſet id fieri ſine vi & impreſſione quam ſemper exoſam habet legiſlator *leg. ſi quis ab alio 13 in fin. infr. de re iudic. l. quoties quis aliam 81. l. in executione 85. de verb. obligat.* Atqui tam iurare quàm ſoluere meri facti eſt *l. conſilio 7. §. vlt. inf. de curat. fur. l. 1. C. de probat.* Ergo nec iurare nec ſoluere cogi quiſquam poteſt à prætore. DEC. Coactio duplex eſt, præciſa vna, & hæc eſt per quam nemo ad factum cogitur, cauſatiua altera & cõdicionalis, ſi non malit quis pati bonorum ſuorum poſſeſſionem ac venditionem, aut etiam moribus noſtris detrudi in carceres, aut etiam mulctis coerceri. Hæc enim ſunt quæ Vlpian. vocat remedia prætoris in *l. 1. §. quid ergo ſi non reſpondeat inf. de inſpic. ventr.* Quomodo & olim Senatores cogebantur in Senatum venire, captis pignoribus, vt Liuius refert. Ideóq; ſententiæ omnes, ſi prudentibus noſtris credimus, concipiendæ ſunt in pecunia per litis æſtimationẽ, vt mandari poſſint executioni per capionem & diſtractionem pignorum quam reus condemnatus pati tantùm, non etiam aliquid facere cogatur: quemadmodum pluribus docuimus in vltima parte *Chiliadã noſtra de erroribus pragmat.*

b *Alteram itaq; eligat reus.* RAT. DVB. Abſurdũ eſt dari electionem condẽnato: nũquam enim partem illam eliget, vt ſoluat, ideóq; iudicium in eum inuitum cõparari & exerceri neceſſe eſt *d. l. inter ſtipulantem 83. §. 1. de verb. oblig.* Nec debet eſſe in poteſtate condẽnati & electione, an ſoluat, non magis quàm vtrũ debeat *l. 2. §. 1. infr. de eo quod cert. loc. l. ſub hac cõdictione 8. inf. de oblig. & act.* DEC. In alternatiuis electio eſt debitoris, vt habet regula iuris Põtificij & ciuilis *l. plerãque 10. §. vlt. inf. de iur. dot.* & æquè ſatisfit actori, qui iuſiurandum reo detulit ſiue reus iurare eligat, ſiue ſoluere: nec in arbitrio rei ponitur, an debeat, vel an ſoluat, cùm aut iurare aut ſoluere teneatur.

8 Datur autem & alia facultas reo, vt, ſi malit, referat iuſiurandum. & ſi is, qui petet, condicione iuriſiurandi non vtetur: iudicium ei prætor non dabit. æquiſſimè enim hoc facit, cùm non deberet diſplicere condicio iuriſiurandi ei, qui detulit. ſed nec iuſiurandum de calumnia [a] referenti defertur: quia non eſt ferendus actor, ſi condicioni, quam ipſe detulit, de calumnia velit ſibi iurari.

*Ad §. 8. Datur autem.*

RAT. DVB. Aliud eſt iurare, aliud verò iuſiurandum referre, & ex edicti verbis, quæ Vlpianus in §. præcedenti retulit, videtur ita ordinatum edictum prætoris, vt iurare cogendus ſit reus aut ſoluere, nõ etiam vt data ei ſit facultas aliqua referẽdi, ſic enim prætor *eum à quo iuſiurandum petetur, ſoluere aut iurare cogam.* Et verò idem Vlpianus noſter ita diſertè ſcribit in *l. Marcellus 11. §. vlt. inf. rer. amot.* ſi quis delatum ſibi iuſiurandum referre velit, non videri prætorem permiſiſſe, nõ magis, inquit Paulus in *l. ſeq.* quàm ſi quis ei qui furti agat, iuſiurandum deferat, an ipſe fur ſit. Ac quemadmodum ſolemus dicere reum criminis non relatione criminum, ſed innocentia ſua purgare ſe debere *leg. ſi quis reus 5. infr. de public. iudic.* ita & is, cui iuſiurandum delatum eſt, cùm ex edicto iurare aut ſoluere iubeatur, non debet hanc quoque electionem habere, vt iuſiurandum referre poſſit, atque ita euitare ne vel ſoluere vel iurare cogatur.

DEC. Laudandus potius quàm vituperandus eſt is, qui iurare iuſſus, mauult tamen iuſiurandum referre, quàm iurare, cùm faciat longè modeſtius qui refert, quàm qui iurat *l. aliud 25. §. 1. inf. de pecun. conſtit.* ne periurij aut periculũ incurrat, aut ſuſpicionem, quam incurrere ſolent, qui tam faciles ſunt ad iurãdum, quaſi contemptu diuini numinis ita faciant, tum quoque, cùm ex animi ſui ſententia & ex conſcientia pro veritate iurãt *l. quæ ſub condicione 8. de condict. inſtit.* Non autem modeſtius tantùm facit qui iuſiurandum refert, ſed etiam vtilius pro aduerſario, quem cõſtituit ipſe teſtem & iudicem in cauſa propria *l. 1. infr. quar. rer. act. non det.* atque ita præripit ſibi litis victoriam, quam iurando parare potuiſſet, eámque transfert in aduerſarium. Quidni ergo morem ei gerat prætor & admittat relationem, vt & ei qui referre mauult, ſatisfaciat, & ei cui refertur tanto magis conſulat? Vix enim quiſquam iuſiurãdum aduerſario deferat, qui non multò libentius iuraturus ipſe eſſet, quàm delaturus, ſi relationem expectare non cogeretur: nec rurſus debet iuriſiurandi condicio diſplicere ei qui detulit, vt ſequitur in hoc §. Excipiẽdæ tamen ſunt actiones ex delicto competentes, non ſolùm ſi turpes ſint, quomodo putat Accurſius, vt in actione furti euenit, de qua Paulus in *d. l. 12. rer. amot.* quæ non ſolùm turpis eſt, verùm etiam famoſa, ſed etſi nec famoſę nec turpes ſint, qualis eſt actio rerum amotarũ de qua in *d. l. 11. §. vlt. & l. 13. eod.* Hanc enim nec pœnalem nec famoſam, nec turpem eſſe conſtat, & probauimus fuſiſſimè *decad. 82. de error. pragmat.* ſed tamen naſcitur ex delicto ſicut & condictio furtiua *l. ſi mulier 21. §. hac actio inf. rer. amot.* quæ ſimiliter nec pœnalis eſt nec famoſa, ſed turpis tamen, quia furti mentionem cõtinet, vt & actio de ſeruo corrupto, propter mẽtionem corruptionis *l. nec quicquã 56. infr. pro ſocio*, non etiam actio rerum amotarũ, quia in honorem matrimonij, etiam præteriti, turpis actio fuit deneganda *l. 1. & 2. rer. amot.* quamuis, cùm res amouẽtur, furtum reuera fiat, *l. vlt. eod.* Ideóque dicitur iudicium Rerum amotarum ſingulare, *d. l. 1.* & propter quod neceſſe fuit, quantum ad iuriſiurandi relationẽ pertinet, ita ordinari edictum, vt referri iuſiurandum in ea actione non poſſet *d. l. ideo 13. eod. titul.* nempe quòd licèt eſſet ex delicto, nõ alio tamẽ iure cenſeri debere videretur, quàm quo cenſentur cæteræ etiã aliunde quàm ex delicto deſcendentes, cùm non magis quàm illæ, aut pœnalis, aut famoſa, aut turpis dici poteſt. Sed aliud prætori nec immeritò viſum eſt, quia cùm ſit ex delicto, non minus quàm actio furti relatio iuriſiurandi in ea permitti non

Digitized by Google

Poſſet, quin relationem & exprobrationem delicti contineret, perinde acſi ei qui furti ageret, iuſiurandum referretur, an ipſe fur eſſet: amotio enim delictum eſt non minus quàm furtum, licèt nomen ipſum non ſit turpe, vt diximus. Ex hoc igitur tantò magis apparet in ceteris actionibus quæ non ſunt ex delicto, ita ius ſemper fuiſſe & eſſe debere, vt is cui iuſiurandum defertur ſi aliud nihil impediat, referre illud poſſit. Ergo nec in condictione furtiua quæ naſcitur ex delicto, ſicut & actio rerum amotarum *d. §. hac actio & l. ſi ambo 10. §. quoties infr. de compenſat.* referri iuſiurandum poterit, quandoquidem eadem ratio delicti impedit relationem, quamuis non impediat delationem: poteſt enim delatio ei prodeſſe qui de crimine accuſatur, ſi iuret ſe non deliquiſſe, puta furtum aut iniuriam non feciſſe, vt in *l. ſi duo 13. §. idem Iulianus ſupr. l. 5. §. hac lege infr. de iniur.* Relatio autem non tam reum exoneraret, quàm accuſatorem oneraret, quod eſſet iniquum, *dict. l. 5. de publ. iudic.* Itaque ſi actor petitórve qui iuſiurandum detulit condicione iuriſiurandi, relati non vteretur, id eſt, relatum ſibi à reo iuſiurandum nollet ſuſcipere iudicium ei prætor non dabit, ſed actionem ei & iuriſdictionem denegabit, vt & in *l. ſed etſi per prætorem 26. §. & adiicitur. verſ. ſed etſi dum ſupr. ex quib. cauſ. maior.* idque æquiſſimè, vt Vlpianus ſubiicit, cùm non debeat condicio iuriſiurandi diſplicere ei qui ipſe detulit: pati enim quiſque debet legem quam ipſe tulerit, nec recuſare quominùs eo iure vtatur quod ipſe in alium ſtatuerit *l. pen. §. ſin autem C. hoc tit. l. 1. & paſſ. ſupr. quod quiſq. iur.*

a *Sed nec iuſiurandum de calumnia.* RAT. DVB. Qui iuſiurandum defert, prior iurare de calumnia debet ſi hoc exigatur, vt deinde ſic ei iuretur *§ qui iuſiurandum ſupr.* Atqui defert iuſiurandum etiam is qui refert. Nam omnis relatio delatio eſt, vt toties diximus in præcedentibus. Ergo & iuſiurandum de calumnia ei poteſt deferri qui principale refert. DEC. Non eſt ferendus actor ſi condicionis nomine quam ipſe detulit de calumnia velit ſibi iurari. Nam poteſt quidem fieri, vt qui prior defert, per calumniam id faciat, vt ſcripſimus ad *d. §. qui iuſiurandum.* at in eũ qui delatum ſibi iuſiurandum deferenti refert, vix eſt vt talis ſuſpicio cadere probabiliter poſſit, cùm faciat modeſtiùs quàm ſi iuraret *l. illud 25. §. 1. infr. de pecun. conſtit.* adeóque quodammodo ex neceſſitate, vt ſe à iurandi vel ſoluendi neceſſitate exoneret: non enim fuerat relaturus, ſi delatum ei priùs non fuiſſet. Referendi ergo neceſſitatem ei dedit qui prior detulit, nec quiſquam id per calumniam facere credendus eſt, quod ex neceſſitate facit. Planè quod in hoc §. ſcriptum eſt de facultate danda ei cui iuſiurandum delatum eſt, vt referre illud poſſit, ad iuſiurandum iudiciale reſtringendum eſt, non etiam extẽdendum ad conuentionale, quippe quod cùm ex conuentione omnimodò præſtandum ſit ab eo, qui vt ipſe iuraret conuenit, referri nunquam poteſt *l. iuſiurandum quod ex conuentione 17. in princip. ſupr.*

9 ¶ Non ſemper autem conſonans eſt, per omnia referri iuſiurandum, quale defertur: forſitan ex diuerſitate rerum, vel perſonarum, quibuſdam emergentibus, quæ varietatem inducunt. ideóque, ſi quid tale inciderit, officio iudicis conceptio huiuſcemodi iuriſiurandi terminetur.

*Ad §. 9. Non ſemper.*

RAT. DVB. Iuſiurandum quod à reo refertur actori illud ipſum eſt, quod fuerat priùs delatum, non aliud: alioqui nunc primùm deferri diceretur non referri ſi aliud eſſet. Eadem igitur in omnibus, & per omnia debet eſſe condicio delati iuriſiurandi quæ relati, eadémque verborum conceptio, vt ſit bona ratio quam Vlpianus attulit in §. præcedente, iis verbis, *cùm non debeat diſplicere condicio iuriſiurandi ei qui detulit*, & rurſum illis ſequentibus, *quia non eſt ferendus actor, ſi condicionis, quam ipſe detulit, de calumnia velit ſibi iurari.* DEC. Poſſunt multa ex varietate rerum vel perſonarum emergere, quæ varietatem relati iuriſiurandi inducere debeant, vt in exemplis quæ adfert Accurſius de eo, qui agens ex donatione non inſinuata reo iuſiurandum detulit, vt iuret ſe non donaſſe, ſi donator ei iuſiurandum referat, vt iuret ſibi donatum eſſe non vltra quingentos ſolidos: nec enim aliter valet donatio non inſinuata, quàm ſi ſummam quingentorum ſolidorum non excedat *leg. penult. §. vltim. de donat.* Item ſi in actione de dolo detuleris mihi iuſiurandum, vt iurem me non feciſſe dolum, ego verò referam tibi, vt iures me dolum feciſſe in ſumma quæ duos aureos excedat: nec enim pro minore ſumma de dolo etiam aperto & verè admiſſo agere permittitur, *l. ſi quis adfirmauit 9. §. vltim. & l. ſeq. ſupr. de dolo.* Cæterùm caue ne putes extra hunc caſum, aut ſi quis alius valdè ſimilis eſt, iuſiurandum in actione de dolo referri poſſe, ſi quæratur an dolus aliquis admiſſus ſit, & eum probare per rei iuſiurandum actor velit: quod nec Accurſius exiſtimauit, cùm ea actio non ſolùm turpis ſit, ſed etiam famoſa, & quæ ex delicto proficiſcitur, ſecundùm ea quæ diximus ad *§. datur autem ſupr. ex leg. Marcellus 11. §. vltim. & legib. ſeqq. infr. rer. amot.* Item ſi libertus agat iniuriarum contra patronum, & deferat ei vt iuret ſe iniuriam non feciſſe, patronus autem liberto referat iuſiurandum, vt iuret patronum feciſſe grauiſſimam & atrocem iniuriam, nempe quia non pro qualibet iniuria, ſed pro grauiſſima tantùm & atroci permittendum eſt liberto, vt contra patronum agat iudicio iniuriarum, quod famoſum eſt *l. ſed ſi hac lege 10. §. penult. ſupr. de in ius vocand. l. prætor edixit 7. §. prætereà infr. de iniur.* Aut ſi vt addit Bartolus, Chriſtianus agens contra Iudæum deferat ei iuſiurandum, vt iuret per Deum aut ſuper legem Moyſis, Iudæus autem velit Chriſtiano referre ſuper ſacroſanctis Dei Euangeliis, aut veneranda Crucifixi imagine, vt ſcripſimus ad *l. 3. §. vlt. ſupr.* Quamquam cùm Iudæo detulit Chriſtianus, vt iuret per Deum, aut per ſacras Scripturas veteris Teſtamenti, non video cur licere debeat Iudæo, referenti iuſiurandum, conceptionem formulæ variare, cùm ea iuriſiurandi formula non minùs Chriſtiano quàm Iudæo conueniat. Itaque fuiſſet accommodatius exemplum in Iudæo deferente iuſiurandum Chriſtiano ſuper Chriſti Euangeliis. Nam ſi iuſiurandum referre Chriſtianus vellet, non ſuper Chriſti Euangeliis referri deberet, quæ Iudæus per impiam ſuam ſuperſtitionem contemneret, ſed vt per Deum viuum iuraret, aut ſuper ſacroſanctis veteris Teſtamenti Scripturis, quas ſolas illi in veneratione habent. Mirum autem videri non debet iuriſiurandi

varie-

varietatem induci ex diuerſitate rerum & perſonarum, quia prudentiis Prætoris & iudicis eſt, in omnibus rationem potiſſimam habere circumſtantiarum negotij de quo agitur, quæ potiſſimùm pendent ex varietate locorum, rerum & perſonarum, ex quibus ſcilicet non tantùm æquitatis, quod eſt faciliùs, ſed etiam ipſius iuris ratio plerumque immutatur *l. bona fides 31. infr. depoſ. l. in fundo 38. ſupr. de rei vindic. l. 2. & 3. infr. de eo quod cert. loc.* Ideóque iuris noſtri non modò ſcientiam, ſed etiam prudentiam ſolemus dicere. Prudentia enim tota ferè in perſonarum, rerum, locorum & cauſarum circumſpectione verſatur. Addit autem Vlpianus, cùm tale aliquid contingit, vt ex aliqua cauſa iuſiurandum aliter referri oporteat, quàm quomodo delatum eſt, ſi litigatores conuenire in formula non poſſint, conceptionem formulæ officio iudicis terminandam eſſe. Quid enim melius dici aliud poſſet? aut ad quem potiùs quàm ad iudicem huius controuerſiæ deciſio pertinere poteſt, niſi potiùs ad prætorem, quoties apud eum & in iure delatio & relatio fit, quomodo plerunque olim fiebat & antequàm iudicium acciperetur, vt apparet non ſolùm ex verbis illis edicti quibus prætor profitetur coacturum ſe eum à quo iuſiurandum peteretur, aut iurare aut ſoluere? *§. ait prætor ſupr.* ſed etiam ex eo quod in *§. datur autem* ſubiungit Vlpianus, prætorem non daturum iudicium actori qui reo iuſiurandum detulerat, ſi ex relatione iurare nolit. Indéque ſuſpicatus ſum aliquando, quod etiamnum ſuſpicor, Triboniani eſſe totum hunc §. cui nimirum familiare eſt prætoris aut alterius cuiuſlibet ius dicentis & iudicis nomina confundere, & in prudentum quoque reſponſis, Imperatorem agere, quod hic ab eo factum eſſe oſtendit verbum *terminetur*, quod imperatiuum eſt, non Vlpiani de iure ad edictum ſcribentis: præter id quod vix alio iuris loco reperias, idem ſcriptum eſſe, quod in hoc §. vt relatio iuriſiurandi non ſemper conformis eſſe debeat delationi. Nam cùm idem ſit iuſiurandum quod defertur, & quod refertur, vt diximus in ratione dubitandi, tale certè referendum eſt, quale delatum fuit, ſicuti nec alio modo præſtandum eſt *leg. 3. §. vlt. & ll. ſeqq. ſupr.* Nam & præſtatur quodammodo cùm refertur, quandoquidem non recuſatur, eáque ratio fecit fortaſſe vt prætor in concipiendis verbis edicti nullam referendi iuriſiurandi mentionem fecerit, ſed iurandi tantùm vel ſoluendi, quaſi ſatisfaciat verbis edicti is qui iurare non vult, ſi modò referat, ſatisfacit ſanè menti & propoſito prætoris. Et in exemplis, quæ ſuprà ex Accurſio & Bartolo attulimus, non tam agitur de immutanda conceptione formulæ, quàm de iureiurando ipſo, quod delatum eſt habilitando, vt ita dixerim, hoc eſt, ad eos terminos reducendo qui ſint habiles ſiue ex perſonarum ſiue ex rerum circumſtantiis habilitas illa pendeat: nam neque de dolo agi poteſt pro ſumma minore duobus aureis, neque ex donatione non inſinuata ſi quingentos excedat aureos, neque actione iniuriarum à liberto contra patronum propoſita, niſi cùm atrox iniuria eſt. Impugnandum igitur eſt his caſibus iuſiurandum quaſi mancum, nec ad litis deciſionem ſufficiens, non autem referendum. Scio aliquando ex facto apud nos contigiſſe, vt iuſiurandum à nobiliſſima matrona delatum plebeiæ mulierculæ ſuper ſacroſanctis Diui Antonij reliquiis, ab eadem muliercula relatum quale delatum fuerat, moderatione per Senatum facta ſic temperatum fuiſſe, vt quæ ſuper Diui Antonij reliquiis iuſiurandum detulerat, non tamen niſi ſuper ſacroſanctis Euangeliis & in Recuperatoris ædibus iurare teneretur. Quod etſi propter hunc §. non aliter à Senatu noſtro iudicari potuit, mihi tamen certè duriuſculum videbatur. Nam nec ſtatutum noſtrum, quod moderandi iuriſiurandi poteſtatem facit, non tantùm Senatui, ſed inferioribus quoque iudicibus omnibus, ad delatum duntaxat iuſiurandum pertinet non etiam ad relatum: cùm generalis & perpetua ſit Vlpiani ratio illa poſita in *§. præced.* quod non debeat condicio iuriſiurandi ei diſplicere qui detulit. Iuriſiurandi quod nunc primùm defertur alia certè ratio eſt *§. ſi de qualitate ſupr.*

10 ¶ Cùm res in iuſiurandum demiſſa eſt: iudex iurantem abſoluet: & referentem audiet: &, ſi actor iuret, condemnet reum: nolentem autem iurare reum, ſi ſoluat, abſoluet: non ſoluentem condemnet: vel ex relatione, non iurante actor, abſoluet reum.

*Ad §. vlt. Cùm res.*

Hic quoque §. mihi non leuiter ſuſpectus eſt, non ob id ſolùm quòd in eo eſſe video verbum illud imperatiuum, quo prudentes vti nec poſſunt nec ſolent, ſed etiam quia iudici dat eam poteſtatem quæ ſolius videtur fuiſſe prætoris, quotiès apud prætorem in iure, id eſt, in ipſa litis conteſtatione deferebatur, quod olim ordinarij moris fuiſſe diximus & oſtendimus in *§. præced.* Neque verò, quod hîc ſcriptum eſt, ſatis conuenit præcedentibus: ſcripſerat enim Vlpianus in *§. datur autem* ſi actori, qui iuſiurādum detulerat, reus illud retulerit, nec actor condicione iuriſiurandi vti velit, prætorem ei iudicium non daturum. Hîc verò ſcriptum eſt, ex relatione non iurante actore abſolui reum. Quomodo enim abſolui poteſt is in quem nec iudicium adhuc redditum ſit, nec vnquam daturus ſit prætor? nam neque abſolui neque condemnari quiſquam poteſt niſi in iudicio. Iudicium ergo & iudicem datum eſſe neceſſe eſt, priuſquàm abſolutio aut condemnatio vlla ſequi poſſit. Scio in extraordinariis cognitionibus, quæ ad ſolius prætoriis iuriſdictionem pertinent, poſſe interdum contingere vt abſolutionem ab ipſo prætore fieri neceſſe ſit, quæ ab alio fieri non poteſt, vt in eleganti ſpecie illa Africani *l. pen. infr. de confeſſ.* Sed in ordinariis cognitionibus, quæ Vlpiani temporibus per iudices datos expediebantur, nego id fieri vnquam potuiſſe: ſed plus præſtabat prætor reo, cùm iudicium in eum dare recuſabat, cùm ita fieret, vt nec abſolutione vlla reus indigeret, qui nulla actione contenebatur. Taceo quod nec ſatis elegans videtur, nec ab Vlpiano aut alio ex prudentibus alibi vnquam vſurpata locutio illa, *Cùm res in iuſiurandum dimiſſa eſt*, pro eo quod Accurſius interpretatur & benè, *Cùm placet partibus rem decidi iuramento vnius partis;*

Digitized by Google

& pro eo, quod Vlp. noſter ſcripſit *cùm res in iuſiurandum admiſſa eſt in l.5.§.vltim ſupr.* Denique cùm nulla hodie differentia ſit inter ius dicentem & iudicem, poteſt hodie ſententia huius §. locum habere, quæ olim non potuit, niſi eo vno caſu, quem excepimus ſemper in præcedentibus, cùm iuſiurandum non in iure & apud prætorem delatum erat: ſed in iudicio apud iudicem, & poſt dictatam formulam, effectu tamen ipſo nihil inter hos caſus intererat, niſi quantum intereſt inter abſolutionem, & actionis denegationem, itémque inter coactionem quæ fit à prætore ipſo, nulla data actione, & condemnationem, quæ fit à iudice ex formula & imperio prætoris. Cæterùm vtroque caſu ſi reus cui iuſiurandum delatum eſt iuret, vincere debet, ſiue abſolutionem obtineat à iudice, ſiue à prætore impetret ne conueniri ab actore poſſit, ſi referre malit quàm iurare audiendus erit, & eo caſu ſi actor iuret, reus vincetur, & vel à iudice condemnabitur, vel citra condemnationem à prætore cogetur ſoluere. Quod ſi reus iurare nolit nec referre, quia paratus ſit ſoluere, aut abſoluetur à iudice, aut prætor iudicium in eum dare recuſabit *leg ſi rem 73. ſupr. de procurat.* Non ſoluens condemnabitur à iudice, vel ad ſolutionem à prætore cogetur. Quòd ſi ex relatione actor non iuret, aut abſoluetur reus, aut actio in eum à prætore denegabitur. Atque hic epilogus eſt, & vt noſtri loquuntur, practica eorum omnium quæ de iureiurando dicta ſunt in ſuperioribus. Nullis igitur aliis dubitandi vel decidendi rationibus opus eſt, quàm quæ circa ſingulas huius diſtinctionis partes allatæ à nobis fuerunt. Illud tantùm tractandum eſt, de quo Bartolus poſt Accurſium quærit, An quod hîc dicitur de abſoluendo reo, ita debeat intelligi, vt liberetur ab obſeruatione tantùm iudicij, an verò ita vt etiam à tota cauſa. Et diſtinguit Bartolus vtrum pendente iudicio ſuperueniat reo aliqua exceptio per quam tollatur ius actoris ipſo iure, vt puta ſi ſoluerit, quo caſu ait abſolui eum à ſola obſeruatione iudicij, cùm nō poſſit à tota cauſa per ſententiam abſolui is qui iam per ſolutionem ipſo iure liberatus eſt, an verò ſuperueniat aliqua exceptio peremptoria quæ actionem perimat ipſo iure, vt tunc ſi ſit de exceptionibus impedientibus proceſſum & litis ingreſſum, ac tanquam talis opponatur, non poſſit ex ea ſequi abſolutio niſi ab obſeruatione iudicij, in quo numero ponit exceptiones iuriſiurandi, tranſactionis, & rei iudicatæ: ſi verò non opponatur tanquam impediens litis ingreſſum, ſed tanquam alia peremptoria quælibet, tunc abſolui reum oporteat non modò ab obſeruatione iudicij, ſed etiam à tota cauſa ex *l. peremptorias C. ſentent. reſcind. non poſſ.* Sed mihi diſtinctio hæc non omnino probatur. Nam ſiue ſuperueniat exceptio aliqua, quæ actionem perimat ipſo iure, qualis eſt exceptio ſolutionis, tanto magis abſoluendus eſt reus à tota cauſa, quanto certius eſt eum ipſo iure liberatum eſſe. (alioqui ſi quis conueniatur ab eo, qui agat ſine actione, quod etſi de iure non poteſt contingere *l ſi pupilli 6. §. vlt. ſupr. de negot. geſt.* de facto tamen poteſt, non erit ſimiliter ille abſoluendus niſi ab obſeruatione iudicij, quod eſt ridiculum, cùm abſolui hoc caſu debeat reus à tota cauſa per non ius actoris vt in *leg. loci 4 §. competit ſupr. ſi ſeruit. vindic.* nec quicquam vetet eum qui iam ipſo iure liberatus eſt, pronunciari iam liberatum, atque ita in totum abſolui) ſiue exceptio ſuperueniens talis ſit, quæ nō perimat actionem ipſo iure, ſi tamen peremptoria ſit, ac præterea impediens litis ingreſſum, non eo minùs perimere totam litem debet, quod oppoſita ſit ad proceſſum impediendum, quandoquidem non eo minùs peremptoria eſt, quàm cæteræ, imò tanto magis peremptoriæ dici debent exceptiones huiuſmodi, quòd ab initio & ab ipſo litis ingreſſu litem perimunt, quam nec viuere nec exerceri patiuntur. Nec quod ea mente propoſitæ ſint, vt proceſſum impediant, facere debet, vt non poſſint cenſeri etiam oppoſitæ ad perimendam litem. Quomodo enim meliùs poteſt lis perimi quàm ſi nec inchoari permittatur, tanquam quæ per exceptionem hāc perimatur? Abſolui ergo reum à tota cauſa oportet qui habeat exceptionem peremptoriam, quæcunque & qualiſcunque tandem illa ſit. Alioqui dicendum eſſet poſſe illum ab eodem actore conueniri, quomodo poteſt quiſquis ab obſeruatione tantùm iudicij hoc eſt ab inſtantia illa abſolutitur, cui neque exceptionem rei iudicatæ accommodamus, ſi iterum conueniatur. Et verò fatendum eſt eam inter condemnationem & abſolutionem rei eſſe differentiam, quòd condemnari reus non poteſt niſi ex vna cauſa, ex ea ſcilicet ex qua conuenitur, at abſolui poteſt ex omnibus cauſis ex quibus actor ſummouetur, dummodò non ſola perſona actoris, vt cùm iudicio defuit, ſed ius ipſum actionis ſummoueatur, quod per exceptionem peremptoriam qualemcunque fieri nemo dubitauerit, ne alioqui deterioris condicionis ſit is, qui exceptione peremptoria potentiore & fauorabiliore vtitur, quàm qui minùs potenti, minúſque fauorabili: certum enim eſt inter exceptiones peremptorias eſſe illas fauorabiliores & potentiores quæ ita ſunt peremptoriæ, vt ingreſſum quoque litis impediant, nec in eas anguſtias coniiciendus eſt reus, qui tales exceptiones habet, vt pati cogendus ſit litem inchoari quo magis à tota cauſa abſoluatur, à qua abſolui ab initio poſſit & debeat. Sed grauior Bartoli error meo iudicio ille eſt, quod exceptionem iuriſiurandi ponit inter eas quæ actionem ipſo iure non perimunt, ad exemplum exceptionis quæ ex tranſactione & re iudicata oritur. Nam imò verò perimit iuſiurādum ipſum actionem ipſo iure, cùm nouationis adeóque delegationis & acceptilationis ſpeciem obtineat *leg. qui iuraſſe 26. §. vlt. ſupr.* & quidem voluntariæ cùm ex voluntate litigantium proficiſcatur & ex quadam veluti conuentione, vt ſcriptum eſt in *d. §. vlt. & in l iuſiurandum à debitore 40. infr.* nouatio autem & delegatio voluntaria fieri non poſſit, neque acceptilatio, quin prior actio perimatur *l. aliam 29. infr. de nouat.* Vnde eſt quod in eum qui iurauit prætor actionem denegat *l. ait prætor 7. ſupr.* nec indiget is qui iurauit exceptione vlla niſi cùm hoc ipſum ambigitur an iuratum ſit *l. nam poſteaquàm 9. in princip.* vt diximus *ſupr.* Nec repugnat Paulus in *l. eum qui 30. in princip. ſupr.* quo vno textu mouentur interpretes vt contrà ſentiant. Longè namque alia Pauli ſententia eſt, vt nos ad eum locum docuimus.

35. PAV-

35. PAVLVS libro 18. ad Edictum.

TVtor pupilli, omnibus probationibus aliis deficientibus, iuſiurandum deferens audiendus eſt: quandoque enim pupillo denegabitur actio.

*Ad l. Tutor pupilli 35.*

RAT. DVBIT. Iuſiurandum tranſactionis vim obtinet *l. 2. ſupr.* Atqui tutor etiam qui tutelam gerit, non poteſt tranſigere diminuendi pupillaris patrimonij cauſa *l. Lucius 46. §. vlt. infr. De admin. tuto l. paciſci curatoru 22. C. de pact.* Qui autem iuſiurandum defert, patrimonium diminuit, cum ſit etiam illa ſpecies quædam alienationis, per quam & actio & debitor amittitur iurante reo, cui iuſiurandum delatum eſt *§ vlt. l. prox ſupr.* præter nouationem & delegationem, quæ fit per iuriſiurandi delationem *l. qui iuraſſe 26. §. vlt. ſupr.* Ergo iuſiurandum deferre tutor pupilli non poteſt, nec ſi omnes aliæ probationes deficiãt, cum fieri poſſit, vt aliquæ ſuperueniãt, ex quibus poſſet pupillus vincere, vt in *l. admonendi 31. ſup. l. ſi quis iuſiurandum 11. C. eod.* & quarũ ſpe melius ſit intacta & integra pupilli iura conſeruari, quam per iuriſiurandi delationem à tutore factam lædi *l. ſi vlt. C in quibus cauſ. non eſt neceſſ in integ reſtit.* Multò magis ſi quod in hac lege Paulus ſcribit, quandocunque agẽti poſtea pupillo denegãdam eſſe actionem ſic intelligere quis velit, vt neque per in integrum reſtitutionem pupillo ſuccurri oporteat, quomodo intelligendum eſſe ſcripſimus *ad l iuſiurandũ quod 17. §. ſi tutor ſupr.* contra Accurſium, qui putat poſſe hîc dari reſtitutionem in integrum pupillo aduerſus tutoris delationem, ſi modò ſe læſum probet ex *l nam poſtaquam 9. §. ſi ſup.* qui tamen locus ad hũc caſum omnino nil pertinet, vt ibi explicauimus.

DEC. Tutor in omnibus iis, quæ ad pupilli vtilitatem pertinent, domini loco eſt, & omnia facere poteſt quæ poſſet verus dominus habens rerum ſuarum adminiſtrationem *l. qui fundum 7. § tutor infr. pro emptor l. interdum l. 56. §. qui tutelam infr. De furt.* Atquin ad pupilli vtilitatem maximè pertinet, vt deficientibus aliis omnibus probationibus, ſine quibus non modò non poſſit vincere, ſed etiam ſuccũbere ei ſit neceſſe, poſſit tutor eius nomine iuſiurandum deferre, cum poſſit aliquo caſu euenire, vt ex ea delatione vincat pupillus, qui alloquin certum litis damnum incurreret, puta, ſi aduerſarius cui delatum eſſet iuſiurandum, nec iurare vellet nec referre. tunc enim habendus eſſet ipſe pro confeſſo *l. manifeſtæ 38. infr. l. prox. §. aut Prætor & ſeq. ſupr.* & conſequenter pro condemnato *l. infr. de confeſſ.* Ergo hoc ſaltem caſu permittendum eſt tutori, vt iuſiurandũ pupilli nomine deferat: ratũmq; habendũ eſt eiuſmodi iuſiurãdũ à Prætore *l. iuſiurandũ quod 17. §. ſi tutor ſupr.* id eſt, vt quandocunque agere volentem pupillum audire non debeat, quemadmodum ſcriptum eſt in hac lege. Quod ego ſic intelligo, etiãſi ſuperuenerint ei nouæ probationes, ſi modò tempore delati iuriſiurandi neque ſperari neque expectari poterant. non .n. poteſt videri hoc caſu læſus inſpecto tẽpore delationis, quod ſemper præciſe inſpiciendum eſt. Nec aliud requiritur, niſi vt tutor iuſiurandum detulerit bona fide & ex mera neceſſitate, ac eo tempore quo prudentiſſimus & diligẽtiſſimus paterfamilias quilibet nihil melius facere potuiſſet: alioqui quod fauore pupilli non minus, quàm ex ratione iuris inductum eſt, vt nec ipſe vllo caſu nec tutor eius indiſtinctè iuſiurandum deferre poſſit, in eius odium retorqueretur, ſi nec omnib. probationibus deficientibus idipſum tutori permitteretur, contra *l. pen C. ad SC. Trebell. l. quod fauore 6. C. de legib.* Nec illud etiam requiritur, vt tutor, qui defert, tutelam gerat, vt contra Accurſium malè videtur ſentire Cuiacius ex *d. §. ſi tutor,* dummodo non ſit ei interdicta adminiſtratio, vt ad eum locum ſcripſimus. Cùm autem hoc vno caſu delatio ritè facta eſt, & ex bona fide, fruſtra pupillus poſtea implorabit reſtitutionem in integrum, vt audiatur veniens contra iuſiurandum ex nouis fortaſſe probationibus, niſi eo caſu, quo etiam maior poſt iuſiurandum quoque præſtitum audiretur, id eſt in ſpecie *l. admonendi 31. ſupr.* Nam nec alius quilibet minor qui ipſe in caſu ſimili iuſiurandum detuliſſet, reſtitui poſtea poſſet, vt ſcripſimus ad *dict. leg. nam poſteaquam 9. §. ſi minor ſuprà.* alioqui non poſſet dici Prætor ratum habere id quod ſiue per reſtitutionem in integrum, ſiue quo alio modo reſcinderet *l ſi mulier 21. §. 1. ſupr. quod met. cauſ. l. quoties 4. infr. De acquirenda hered. l. 4. §. vlt. De euict.* Idque eſt quod Paulus hîc ſcribit, *Quandoque enim pupillo denegabitur actio.* dixit enim *quandoque* non pro *aliquando*, quę ſecunda Accurſij interpretatio & mala eſt, quaſi aliquo caſu deneganda ſit actio pupillo, & aliquo caſu concedenda, ſed loquendi more prudentibus noſtris familiari pro *quandocunque* vt in *l. heres quandoque 54. de acq. hered. l. verbis ciuilibus 7. De vulg. & pupill. ſubſtit.* vbi dixit Papinianus *quandoque non* pro *nunquam* ad excluſionem reſtitutionis in integrum, in perpetuum & omni tempore. Nec ſanè poteſt vnquam fieri, vt pupillus hoc caſu ſe læſum probet, cùm tamen ſine læſione non poſſit in integrum reſtitui, vt & Accurſius fatetur.

1 ¶ Prodigus, ſi deferat iuſiurandum, audiendus non eſt. Idémque in cęteris ſimilibus ei dicendum eſt. nam ſiue pro pacto conuento, ſiue pro ſolutione, ſiue pro iudicio hoc iuſiurandum cedit: non ab aliis delatum probari debet, quàm qui ad hæc habiles ſunt.

*Ad §. 1. Prodigus.*

RAT. DVBIT. Prodigus qui neque modum neque finem impenſarum habet, quomodo diffinitur *l. 1. infr. De curat. furioſ.* licet ei ſit interdicta bonorum ſuorum adminiſtratio, & curatori eius data (de hoc enim ſolo hîc loquimur, cùm prodigalitatis ſolius ante interdictionem ratio haberi nulla poſſit) rerũ quidem ſuarum adminiſtrationem amiſit, ſed tamẽ dominium non amiſit, ſicut nec pupillus, qui tutorem habet, aut furioſus, qui curatorem. Ergo cùm remaneat dominus, vtique audiendus eſt, ſi iuſiurandum aduerſario detulerit, ſaltem eo caſu quo deficiant ei aliæ omnes probationes, cùm alius quilibet etiam prudentiſſimus paterfamilias idem

facere neceſſariò cogeretur, exemplo eius quod in tutore pupilli proximè ſcriptum eſt. D e c. Is demum iuſiurandum deferre poteſt, non qui dominus eſt, ſed qui rerum adminiſtrandarum ius habet *l. iuſiurandum quod 17. § pupillus ſupr.* Delatio enim iuriſiurandi ad rerum adminiſtrationem pertinet, cùm habeat vim pacti conuenti, id eſt tranſactionis *l. 2. ſupr.* adeóque ſtipulationis, nouationis & delegationis *l. qui iuraſſe vigeſimo ſexto, §. vltim. ſupr.* némque acceptilationis ſolemnis *l. antepenul. infr.* quæ ſolutio imaginaria eſt *§. 1. Inſtitut. quibus mod. tollit. obligat. leg. pen. infr. De ſolut.* imò & veræ ſolutionis *leg. 27. ſupr.* Atqui prodigus non habet ius rerum ſuarum adminiſtrandarum, ideóque nec paciſci poteſt, nec per ſtipulationem promittere *l. is cui bonis 6. infr. De verb. oblig.* neque ſoluere aut aliter quicquam ex bonis ſuis alienare, nec denique rem in iudicium deducere, ne quidem curatore authore, in quo deterioris conditionis eſt ſicut & furioſus, quàm pupillus, qui omnia hæc facere poteſt tutore authore *l. 5. De reg. iur. l. quòd ſi fortè 14. §. vlt. & l. ſeq. infr. De ſolut.* nempe quia certum eſt ætatem allaturam eſſe pupillo iudicium non etiam furioſo reſipiſcentiam, aut prodigo bonos mores, vt ſæpiùs diximus ex *l. 3. §. 1. infr. De tutel.* Ergo neque permittendum eſt prodigo, vt deferat iuſiurandum ne quidem curatore authore, nec ſi cæteræ probationes omnes deficiát, ſed curator ſolus exemplo tutoris deferre iuſiurandum eo caſu poteſt, & debet, ſicut ſolus ille & paciſcitur & ſtipulatur, aut promittit pro prodigo, & res eius alienat, & in iudicium deducit, quia rerum adminiſtrandarum ius habet curator prodigi, non prodigus, & curator furioſi non furioſus, qui prodigo in omnibus bene comparatur, itémque mutus & ſurdus, & aliæ huiuſmodi perſonæ quibus curator dari ſolet, & debet, quòd rebus ſuis ſupereſſe non poſſint, & de quibus in *Tit. De curatoribus furioſ. prodig. & aliis extr. minor dand. & Tit. De bonor. poſſeſſ. furioſ. inf. mut. ſurd. cæco dand.* Illæ enim ſunt perſonæ prodigo ſimiles quas Paulus hoc loco intelligit iis verbis, *Idémque in ſimilibus eis perſonis dicendum eſt.* Et quamuis generalia ſint verba edicti quibus Prætor pollicetur ſe coacturum eum cui deferetur iuſiurãdum, vt vel iuret, vel ſoluat *l. prox. §. ait Prætor ſupr.* reſtringi tamen debent ad perſonas habiles, vt hîc Paulus monet, quomodo in cæteris omnibus legibus, conſtitutionibus & hominum quoque diſpoſitionibus dicimus, quantumuis generales ſint, reſtringi tamen eos debere ad caſus habiles, ne alioquin abſurda innumera ſequantur, quæ ſequi neceſſe eſſet, quod etſi probare noſtri vulgò ſolent, nec malè ex *l. adigere 6. §. quamuis de iur. patron. l. 1. §. vlt. infr. ad SC. Tertyll.* probatur tamen omnium optimè & apertiſſimè ex hoc loco. Cætera quæ hîc tractat Accurſius, quarum rerum loco iuſiurandum cedat, iam explicauimus ad *l. 1. & 2. & l. qui iuraſſe 26. §. vlt. cum l. ſeq. ſupr.* Et dicemus etiam ad *l. antep. infr.* Falſum enim eſt, quod ille putat per iuſiurandum non tolli eiuſdem obligationem.

2 ¶ Qui non compelluntur Romæ iudicium accipere, nec iurare compellendi ſunt: vt legati prouinciales.

*Ad §. vlt. Qui non compelluntur.*

R a t. d v b. Aliud eſt iurare, aliud verò litigare. Iurari enim quocũque loco & apud quẽlibet iudicem nihil prohibet, præſertim ſi iuſiurandum ex conuentione ſola proficiſcatur, nec apud iudicem deferatur ab aduerſario, nec à iudice ipſo imponatur, vt loquitur *l. generaliter 12. C. hoc tit.* eſt enim eo caſu quid omnino extraiudiciale. Sic litigari non poteſt, niſi apud iudicem competentem, nec priuatorum conſenſus poteſt tribuere iuriſdictionem ei qui nullam habeat, licet eam quæ alicui competit poſſit prorogare *l. 1. & 2. ſupr. De iudic.* vbi ſcripſimus *l. 3. C. de iuriſdict. omn. iudic. l. cùm Papinianus 14. Cod. de ſentent. & interloc. omn. iudic.* Cùm igitur de iureiurando deferendo extra iudicium & præſtãdo tractatur, nihil attinet quærere, an is cui iuſiurandum defertur, compelli poſſit eo in loco iudicium accipere an non poſſit, præſertim ſi iuriſdictio ſit cõpetens, & is cui iuſiurandum defertur, præſcriptione tantùm aliqua fori ſe tueatur, vt in exemplo quod Paulus hîc adfert de legatis prouincialibus & aliis huiuſmodi qui ius habent, & priuilegiũ reuocãdi domũ. *d. l. 2. §. legatis & paſſ. ſupr. De iudic.* præſcriptio enim fori præſupponit competentiã iuriſdictionis, vt ibidem tractauimus. D e c. Iuſiurandum etiam quod extra iudicium defertur iudicij inſtar obtinet, vt ſcriptum eſt in *§. præced.* & in *l. qui iuraſſe 26. §. vlt. ſupr.* æquè enim conuentionale atque iudiciale ad Prætoris edictum pertinet, vt is cui defertur, aut iurare cogatur aut ſoluere *l. prox. §. ait Prætor ſupr.* ſicut & iudicium redditur in inuitum *l. inter ſtipulantem 83. §. 1. de verb. obligat.* Ergo qui non coguntur iudicium Romæ accipere, ſiue quòd ex aliena iuriſdictione ſint, vt in *l. 2. ſupr. ſi quis in ius vocat. non ier. l. ſi quis ex aliena 5. ſupr. de iudic.* ſiue propter priuilegium quod ex aliqua cauſa habeant reuocandi domum, vt legati prouinciales, nec ibi iurare cogendi ſunt, alioqui iuſiurandum hoc nõ ſuccederet in locum iudicij & litis conteſtatæ, quomodo ſuccedit, & ita idem Paulus noſter ratiocinatur in *l. ſed etſi 28. §. ex quibus ſupr. de iudic.* Tractamus enim hîc de iureiurando quod delatum ſit duntaxat, necdum tamen præſtitum, & de quo controuertatur vbi præſtandum ſit. Nam ſi ex vtriuſque partis voluntate iam præſtitum ſit, quocunque tandem loco tuendum eſt, & conſeruandum à Prætore: quod & hic ipſe locus ſatis probat eo verbo *non compelluntur*, vt intelligamus eũ cui iuſiurandum defertur, non compelli quidem alibi iurare, quàm vbi conueniri inuitus poſſet; ſed poſſe tamen ſi velit. Iurare igitur vbique cogi non poteſt, at iuraſſe vbiq; poteſt. Sic dicimus ſatisfacere velle nil prodeſſe, ſed prodeſſe tamen ſatisfeciſſe *l. item liberatur 6. §. 1. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.*

36. V l p i a n v s libro 27. ad Edictum.

SI actor deferat iuſiurandum de ſola conſtituta pecunia, & reus iurauerit: exceptione vtetur, ſi de conſtituta conueniatur. ſed ſi de ſorte, id eſt, de priore obligatione conueniatur: exceptio ceſſabit: niſi de hac quoque iurauerit, aduerſario deferente.

Ad l.

*Ad l. Si actor 36.*

Rat. dvb. Exceptio iuriſiurandi locum habet non tantùm ſi ea actione quis vtatur, cuius nomine exegit iuſiurandum, ſed etiamſi alia, ſi modò eadem quæſtio in iudicium deducatur *l. in duobus* 28. § *exceptio ſupr. hoc tit.* Atqui ponimus eandem pecuniam quam actor dicebat ſibi conſtitutam à debitore, & cuius nomine cum ageret de conſtituta pecunia, reus iurauerit actore deferente non fuiſſe conſtitutam. Ergo etiam nunc de ſorte, id eſt, de priore obligatione pecuniæ fortaſſis creditæ, reus conueniatur condictione certi ex mutuo, exceptio iuriſiurandi locum habere debet, quamuis alia actio ſit, cùm de eadem pecunia quæratur: maximè verò cum iuſiurandum habeat vim ſolutionis quoque *l. 27. & l. ſeq. §. 1. ſup.* & acceptilationis *l. antep. infr.* Nemo autem dubitat, quin ſi ſoluta eſſet pecunia, quæ conſtituta dicebatur, ſublata eſſet omnis obligatio non tantùm conſtitutæ pecuniæ, ſed etiam creditæ, nec minus ciuilis actio condictionis certi ex mutuo, quàm honoraria de conſtituta pecunia.

Dec. Cùm de iuriſiurãdi exceptione quæritur, an noceat, non tam inſpiciendum illud eſt, an alia actio ſit, quàm vtrum alia ſit quæſtio facti quàm ea de qua iuratum ſit, vt diximus ad *d. §. exceptio.* Non enim iuratur niſi ſuper quæſtione facti, nec debet iuſiurandum de vno facto præſtitum ad aliud factum extendi licet vtrumque factum ad vnam eandémque pecuniam pertineat. Atqui alia quæſtio eſt an conſtituta ſit pecunia, an verò ſit credita, quoniam & aliud factum eſt, ſi pecunia conſtituatur, aliud ſi mutua detur, non conſtituitur, niſi quæ iam ex alia cauſa debetur. *l. 1. §. debitum autem infr. de pecun. conſt.* creditur autem nunc primùm pecunia, quę nondum debetur. Iuſiurandum igitur ſuper poſteriore obligatione & actione conſtitutæ pecuniæ delatum & præſtitum, exceptionem parere nõ poteſt in priore obligatione, ſortis & pecuniæ creditæ & aduerſus condictionem certi ex mutuo, quia licet eadem ſit pecunia, quæ & credita dicitur & conſtituta, alia tamen quæſtio facti non minus, quàm alia actio eſt, nec poteſt videri iuſiurandum hoc caſu habere vim ſolutionis & acceptilationis, non quia eam vim habere non debeat, niſi quantum ad id, de quo iuratum eſt, vt malè Accurſius putat, & poſt eum Bartolus, (nam ſi iuratum eſſet ſuper priore obligatione ſortis & pecuniæ creditæ, vtiq; haberet vim ſolutionis & acceptilationis, ad elidendam quoque actionem conſtitutæ pecuniæ, quamuis de ea iuratum non eſſet) ſed quia iuratum non fuit ſuper obligatione principali, quæ ſi ſublata eſſet per iuſiurandum, acceſſoriam quoque conſtitutæ pecuniæ ſublatam eſſe per conſequentias neceſſarias oporteret, ex regula *leg. cùm principalis 178. De regul. iur. l. item illa 18. §. vlt. infr. De pecun. conſt. l. iuſiurandum à debitore 40. infr. hoc tit.* at ſuper obligatione acceſſoria cõſtitutæ pecuniæ, qua ſublata nihil prohibet principalem ſaluam remanere, niſi de hac quoque reus iurauerit aduerſario deferente, id eſt, pecuniam neque creditam neque conſtitutam fuiſſe. Rectè verò *aduerſario deferente,* quia ſi reus, cui actor de ſola conſtituta pecunia iuſiurãdum detulit, de credita quoque iuraret, non eo magis exceptionem iuriſiurãdi aduerſus condictionem certi ex mutuo ſibi acquireret, quia ex delatione iuratum non eſſet. Nemo enim ſe ipſum iudicem & teſtem in cauſa propria poteſt conſtituere, niſi cui ea condicio ab aduerſario ipſo deferatur *l. 1. infrà quar. rer. act. non detur. iunct. l. nullus 10. infr. De teſtibus l. omnibus 10. C. eod.*

37. Vlpianvs libro 33. ad Edictum.

SI non fuerit remiſſum iuſiurandum ab eo, qui detulerit, ſed de calumnia non iuretur: conſequens eſt, vt debeat denegari ei actio. ſibi enim imputet, qui proceſſit ad delationem iuriſiurandi, nec prius de calumnia iurauit: vt ſit iſte remittenti ſimilis.

*Ad l. Si non fuerit 37.*

Rat. dvb. Nihil tam contrarium eſt delationi iuriſiurandi, quàm vt remittatur: qui enim defert, vult aduerſarium cogere, vt vel iuret, vel ſoluat *l. iuſiurandum 34. §. ait Prætor ſupr.* qui verò remittit iuſiurandum, facit gratiam iuriſiurandi *l. remittit 6. ſuprà.* Ergo non poteſt verum eſſe, quod in hac lege ſcribitur, eum, qui proceſſit ad delationem iuriſiurandi, ſi nolit prior iurare de calumnia, ſimilem eſſe remittenti, eíque denegandam eſſe actionem perinde ac ſi reo iuriſiurandi gratiam feciſſet.

Decid. Quiſquis iuſiurandum defert extra parentes & patronos, iurare prior debet de calumnia *d. l. 34. §. qui iuſiurandum ſupr.* vbi rationem attulimus. Ergo ſi nolit facere, quod prior facere iubetur, hoc ipſo videtur non à delatione reſilire, quod nec poteſt inuito eo, cui iam detulit, ſed iuſiurandum remittere, & conſequenter habere illud pro præſtito. alioquin ſibi ipſi gratiam delationis facere diceretur, ſi ex pœnitentia delationem reuocare poſſet, quod abſurdum eſſet. Atqui ſi reus ex delatione iuraſſet, actori hodie actio denegaretur ex edicto Prætoris *leg. ait Prætor 7. ſuprà* Ergo & denegari debet, cùm poſt delatum iuſiurandum actor iurare prior de calumnia noluit, cùm aduerſarius iuſiurandum illud ab eo exigeret. Sic enim accipienda neceſſariò ſunt verba illa huius legis *nec de calumnia iuretur,* & illa rurſum ſequentia, *nec prius de calumnia iurauit,* cùm iuſiurandum de calumnia non aliter præſtandum ſit, quàm ſi exigatur *dict. §. qui iuſiurandum.* Nec poteſt actor conqueri, quaſi aliqua ei fiat iniuria in eo, quod iuſiurandum ab eo delatum habeatur pro remiſſo, quod videbatur habendum potius pro non delato. Duo enim ſunt, quæ ſibi debet imputare: vnum, quod proceſſerit ad delationem iuriſiurandi iam certus nolle de calumnia iurare, cum tamen ſciret, aut ſcire deberet, non prius cogi poſſe aduerſarium ad iurandum, quàm prior ipſe actor de calumnia iuraſſet: alterum, quod poſt delatum ſuſceptúmque à reo iuſiurandum (ſatis enim ſuſcipitur hoc ipſo, quod is, cui iuſiurandum delatum eſt, exigit ab actore iuſiurandum de calumnia) iurare tamen de

calumnia recuſar. Cùm igitur delatio quæ facta & facti eſt, non poſſit haberi pro infecta *l. in bello 12. §. facti autem infr. de capt. & poſtlim. l. denique 19. ſupr. ex quib. cauſ. maior.* neceſſe eſt, vt delatum iuſiurandum habeatur pro præſtito, in præiudicium actoris per quem ſtat, non dicam ne à reo præſtari poſſit, [ poſſet enim ſi vellet iuſiurandum illud calumniæ remittere, ſiue expreſſè ſiue ſaltem tacitè ſecundum ea, quæ diſputauimus ad *d. §. qui iuſiurandum,* ] ſed ne reus per Prætorem cogi poſſit, vt iuret, ex reg. *l. iure ciuili 24 de cond. & demonſt. cum ſimilib.* Idque eſt quod Accurſius ait, etiamſi non faciam quod debeo, ſi tamen nec tu facias quod debes, non poſſe te obtinere ex *l. ſi in emptione 34. §. item ſi & emptor infr. de contr. empt. l. Iulianus 13. §. offerri de actioa. empt.* Remitti ergo iuſiurandum poteſt non tantùm expreſſè, vt in *d. l. remittit*, ſed etiam tacitè ſi recuſet is qui detulit, iurare prior de calumnia: ſed cum hac differentia, quod expreſſa remiſſio voluntatem expreſſam habet remittentis: at tacita fieri intelligitur inuito etiam nonnunquam eo qui tacitè remittere creditur, niſi quod maluiſſe videtur non iurare de calumnia, quàm aduerſarium de re controuerſa iurare *arg. leg. ſi patre cogente 22. infr. de rit. nupt.* Et ideo bene Vlpianus hîc dicit eſſe illum remittenti ſimilem, vt appareat non tam iuſiurandum remiſiſſe hunc actorem, quàm pro eo haberi ac ſi remiſiſſet, alioqui ſi nec præſtitum eſſet iuſiurandum, nec remiſſum aut habendum ſaltem pro remiſſo, habendum neceſſario eſſet pro non delato *l. non erit 5. §. vlt. ſupr.* Quod autem Accurſius addit hanc legem hodie correctam eſſe propterea quòd ex *Nouella Iuſtiniani conſtitutione 49. de his qui ingred. ad appell.* hodie ſemel tantùm in tota lite & ab initio iuretur, qualiter verum ſit docuimus ad *d. §. qui iuſiurandum.* Planè ſiante litem conteſtatam & extra iudicium deferatur iuſiurandum, etiam hodie de calumnia iurandum erit, quia Iuſtiniani conſtitutio & Iuſtinianeum illud iuſiurandum ad hunc caſum non pertinet, ſed ad iuſiurandum ob litem & in lite ipſa præſtandum, vt non malè Bartolus hîc notat, & ad *d. §. qui iuſiurandum.*

38. PAVLVS libro 37. ad Edictum.

MAnifeſtæ turpitudinis, & confeſſionis eſt, nolle nec iurare, nec iuſiurandum referre.

*Ad l. Manifeſta 38.*

RAT. DVB. Fieri poteſt, vt vir probus & honeſtus iurare nolit, etiamſi bonam & iuſtam cauſam foueat, tantòque difficiliorem ſe præbeat ad iurandum, quanto ſit honeſtior & religioſior *l. quæ ſub condicione 8. infr. de condic. inſtit.* nec tamen referre iuſiurandum velit propter periculum, quod incurrunt illi qui iuſiurandum referunt, vt aduerſarium in propria cauſa iudicem & teſtem conſtituant, quo grauius & periculoſius dici nihil poteſt, ergo neque turpitudinis, neque confeſſionis manifeſtæ eſt, nolle nec iurare, nec iuſiurandum referre. Et quemadmodum maioris modeſtiæ eſt, referre iuſiurandum quàm iurare velle *l. illud 25. §. 1. infr. de pecun. conſtit.* ita maioris prudentiæ, minoriſque periculi iurare velle, quàm iuſiurandum referre. Non igitur eſt quod turpitudinem obiiciamus ei qui neutrum facere velit, cùm potiùs modeſtiæ, & prudentiæ coniunctam laudem mereatur. DEC. Superſtitio non religio eſt, ſi quis metu diuini numinis, nec pro ea re quam veram eſſe ſciat, iurare velit, niſi vel ſoluere, vel ſaltem iuſiurandum referre paratus ſit, *dict. l. quæ ſub condicione & d. l. illud §. 1.* ſuperſtitionem verò cuique ſuam nocere æquius eſt, quàm alteri, qui poſtquàm iurauit de calumnia inculpatus eſt, nec vllam ſatis iuſtam querelæ occaſionem videri poteſt dare aduerſario, quem facit iudicem in cauſa propria *l. §. infr. Quar. rer. act. non det.* Facit ergo turpiter is, qui nec iurare vult nec referre, non in eo quod iurare non vult, ſed in eo quod nec vult referre, nec tamen ſoluere, ſed pergit in lite proſequenda, vt dolo malo erepta aduerſario hac quoque probationis ſpecie, victoriam improbæ litis ſibi paret. Quomodo autem apertiùs poſſet fateri intentionem aduerſarij, quàm ſi delatum ſibi iuſiurandum nec ſubire velit, nec referre? Quid? An non etiam recuſari poteſt iuſiurandum? non poteſt ſanè, nec magis iure vetere, vt malè putat Accurſius, quàm nouo inſpecto, etiam priuſquàm ſuſceptum ſit iuſiurandum, vt benè contra Accurſium Bartolus diſputat ex *l. iuſiurandum 34. §. ait Prætor ſupr. eod.* Niſi iuſta cauſa ſit recuſandi, quomodo intelligi debet quod ſcriptum eſt in *l. generaliter 12. §. 1. C. hoc tit.* vt ex eo apparet, quod ibidem Iuſtinianus conſtituit, vt ſi iudex recuſatum iuſiurandum omnimodo præſtandum eſſe exiſtimauerit, ſic cauſam dirimat, quaſi volente eo ſacramentum ſit relatum, ſic enim legendum eſſe puto, non vt vulgo *recuſatum* quæ nullius ſenſus lectio eſt, niſi malis legere *nolente* pro *volente.* Error enim probabilior eſt, & emendatio tolerabilior, hoc ſenſu, vt poſſit quidem is, cui delatum eſt iuſiurandum, illud recuſare, antequàm à iudice delatio adprobata ſit, ſed ſi poſtea iudex delationem adprobauerit, hoc eſt, omnimodo iurandum eſſe putauerit, iuſiurandum exinde videatur recuſatum contra voluntatem iudicis, & conſequenter is, qui recuſauit habeatur pro confeſſo ex hac lege, ſed non ſemper adprobat delationem iudex, quia variæ poſſunt eſſe cauſæ iuſtiſſimè recuſandi iuriſiurandi, quas hîc Bartolus congerit diligenter, aliquando, inquit, ex perſona deferentis, vt in *l. 17. §. vlt. & l. tutor 35. §. 1 ſup.* aliquando ex perſona eius cui defertur *l. 34. §. pupillo & ſeq. ſup.* Item ex qualitate loci in quo defertur *dict. leg. tutor §. vltim.* aut actionis propoſitæ ſi talis ſit, vt ex ea conueniri nequeat is, cui defertur iuſiurandum, vt in ſpecie *l. ſi patronus 16. eod.* aut etiam exceptionis, quæ opponi amplius non poſſit, vt in *l. in contractibus §. illo proculdubio Cod. de non numer. pecun.* item propter ignorantiam, vel dubitationem eius cui defertur *dict. leg. 34. §. 1. & §. ait Prætor*, aut ſi periculum ſit, ne alio poſteà agente periurium deregatur *argum. leg. aliàs 18. ſupr.* aut ſi futurum eſſet, vt ius illius cui iuſiurandum defertur, aliquatenus minueretur, vt in ſpecie *leg. eum qui 30. in princip. ſupr.* aut ſi emptor conuentus vindicatione, vel hypothecaria malit ſe defendere, vt paret ſibi actionem de euictione quam non haberet, ſi ex iuriſiurandi relatione aduer-

aduerſario facta vinceretur ex *l. ſi dictum 56. §. ſi compromiſſo infr. De euict.* Quanquam vereor ne exemplum hoc [cætera enim ſuis locis tractauimus] non ſit ſatis accommodatum, emptor enim qui recuſandi iuriſiurandi ſolam illam cauſam habuit, vt poſtquàm ſuccubuiſſet, agere poſſet de euictione, cùm ſuccumbat culpa ſua, ſi iurando poterat vincere nullum poſt condemnationem regreſſum habere poteſt *arg. l. ſi ideo 55. eod. tit. l. ſi obligata 18. C. eod. l. exceptione 67 in fr. De fideiuſſ.* Quòd ſi nec iurare potuit ſine ſcrupulo, nec referre voluit propter periculum litis amittendæ, adhuc tamen non caret culpa, cùm tanto certiùs litem amittat, qui ſi iuſiurandum retuliſſet, vincere fortaſſis potuiſſet. Nec quod aduerſario iurante ex relatione victus fuiſſet, meliorem ipſius cauſam facere poteſt, cùm non eo minùs agere de euictione potuiſſet, ſiquidem multum differt hic caſus ab illo quo quis ex compromiſſo ſuo fuerit condemnatus, de quo in *d. §. ſi compromiſſo.* nam compromiſſum habet cauſam merè voluntariam, & quæ ex arbitrio compromittentis pendet, cùm iure ciuili & vetere & nouo inuitus nemo ad compromittendum cogi poſſit. At relatio iuriſiurandi habet cauſam merè neceſſariam, cùm is qui nec iurare vult, nec ſuccumbere, non minùs cogatur iuſiurandum referre, quàm is cui refertur iurare *d. l. generaliter §. 1. C. hoc tit.* Sed & emptori huic poteſt imputari, cur non meliùs ſibi proſpexerit laudato eius, & opportuniùs authore ſuo venditore, vt cauſam iureiurando decidi, vel pateretur ipſe, vel prohiberet, nec in emptorem poſtea condemnationis reiicere culpam poſſet. Quid ergo ſi talis caſus emergat, in quo is cui delatum iuſiurandum eſt, iurare quidem poſſit ſi velit, referre tamen non poſſit, nec ſi maximè velit, fortè quod factum de quo iurandum eſt, ei cui iuſiurandum defertur, ſit cognitum, deferenti verò incognitum: hoc enim ſæpiùs in praxi contingit. Et alij ex pragmaticis & interpretibus noſtris aliter ſentiunt. Dubitationem facit, quia non ait Paulus in hac lege manifeſtæ turpitudinis & confeſſionis eſſe nolle iurare, quod nec verè dici poſſet, ſed addit *nec iuſiurandum referre*, ita innuens nihil imputari poſſe illi qui iurare non vult ſi iuſiurandum referre non poſſit. Sed tamen mihi contrà ſemper viſum eſt, perinde hunc ſuccumbere debere, ac ſi nec iurare, nec referre cùm poſſet vellet, neque enim verba Edicti ſic concepta ſunt, *Eum à quo iuſiurandum petetur, aut iurare, aut referre cogam, aut ſoluere*, ſed nulla relationis mentione facta, *aut iurare cogam, aut ſoluere d. §. ait Prætor.* Quòd autem ei cui defertur iuſiurandum, datur etiam facultas referendi ſi malit, non tam ex verbis edicti fit, quàm ex facilitate & indulgentia Prætoris, vt is cui iuſiurandum delatum eſt minùs arctetur, & ei qui detulit æquè conſulatur, tanquam conſtituto iudici in cauſa propria, vt diximus *ad d. l. 34. §. datur autem.* Cæterùm facultas illa referendi iuriſiurandi, ſicuti ad alios caſus non pertinet, quàm quibus referri iuſiurandum poſſit, vt ſemper ſupponantur termini habiles ex *l. tutor 35. §. 1. ſupr.* ita non extinguit poteſtatem edicti, hoc eſt, iurandi, vel ſoluendi neceſſitatem, ſi qua de cauſa referri iuſiurandum non poſſit. Nihilne ergo intererit, an is cui delatum iuſiurandum eſt, referre illud poſſit, an non poſſit? Nihil penitus quod ad effectum rei attinet, quia vtroque caſu æquè ſuccumbit is, qui iurare non vult: ſed quod ad cauſam condemnationis attinet, multum intereſt. Non enim manifeſtæ turpitudinis & confeſſionis eſt nolle iurare abſolutè, nec pro confeſſo, aut pro improbo haberi poteſt is qui ex delatione iurare noluit, quamuis perinde ſuccumbat, quia edicto & imperio Prætoris ſatisfacere noluit. Soluat igitur, quia ex duabus edicti partibus elegiſſe hanc videtur. Idémque eſt, ſi ex delicto quis agens iuſiurandum aduerſario deferat. Nec enim referri illud poteſt, nec eo minùs tamen iurandum eſt, vt diximus *ad d. §. datur autem ex l. Marcellus n. vlt & legib. ſeqq. infr. rer. amot.* vbi rationem huius iuris attulimus, & ſpecialiorem quàm quæ à viro doctiſſimo Iacobo Cuiacio allata eſt ad Paulum in hunc locum. Caue autem, ne cum eodem Cuiacio putes in ſpecie huius legis eum qui nec iurare vult nec referre, hoc ipſo habendum eſſe pro confeſſo & condemnato. Pronunciatio enim neceſſaria eſt, & condemnatio ſequi debet, vt rectè docet *Bart. ex l. eius qui delatorem 29. infr. De iur. fiſc.* & ex eodem loco probat heredem illius qui nec iurare voluit nec referre, non poſſe, quaſi condemnari heredem, ex eiuſmodi præſumpta confeſſione conueniri, adeóque nec condemnari. Illud denique notandum & veriſſimum eſt, quod circa cauſas recuſandi iuriſiurandi addit Bartolus, poſſe etiam interdum recuſari iuſiurandum propter qualitatem & modum deferendi, aut referendi ex *dict. l. iuſiurandum 34. § ſi de qualitate & §. non ſemper ſupr.* Suauis verò eſt Accurſius noſter qui notat in illis verbis, *Nolle nec iurare, nec iuſiurandum referre*, abundare vnam negationem, ne alioqui duæ negationes, inquit Bartolus, æquipolleant affirmationi ex *l. duobus 237. De verb. ſignific.* Et ſuauior idem Bartolus, cùm euitandi huius abſurdi gratia, ſic verba hæc interpretatur, vt in eo quod Paulus ait *nolle* ſubintelligendum ſit *ſoluere* ex parte rei, inquit. Nam ex parte actoris videt ſuppletionem hanc fieri non poſſe. Nimirum nondum viderant boni viri elegantias Manutij, quæ docent ex pleriſque Ciceronis locis in huiuſmodi locutionibus duas negationes magis negare & elegantius, quàm ſi vna tantùm eſſet.

39. IVLIANVS libro 10. Digeſtorum.

SI quis cum debitore ſuo pepigerit, ne ab eo pecunia peteretur, ſi iuraſſet, ſe capitolium non aſcendiſſe, vel aliud quodlibet feciſſe, vel non feciſſe, iſque iurauerit: & exceptio iuriſiurandi dari debebit, & ſolutum repeti poterit. eſt enim iuſta conuentio, ſi qualibet cauſa in conditione iuriſiurandi deducta fuerit.

*Ad l. ſi quis cum debitore 39.*

RAT. DVB. Condiciones iurandi improbantur à Prætore tanquam ſuperfluæ, adeóque minùs honeſtæ, ob rationes ab Vlpiano allatas in *l. quæ ſub condicione 8. infr. de condic. inſtit.* Ergo ſi quis cum debitore ſuo pepigerit, ne ab eo pecunia peteretur, ſi iuraſſet ſe Capitolium non aſcendiſſe, vel aliud quodlibet feciſſe, vel non feciſſe, iſque iurauerit, nulla neque condicionis, neque iuriſiurandi huius ratio haberi à Prætore debet, nec proinde poteſt ex hoc iureiurando dari exceptio pacti, aut impediri repetitio ſoluti. DEC. Iuſta eſt conuentio ſi quælibet cauſa in condicionem iuriſiurandi deducta fuerit: Iuſiurandum enim, vt in pecuniis ita & in cæteris rebus omnibus locum habet *l. iuſiurandum 34. in princip. ſupr.* Ergo & hæc conuentio iuſta videri debet, vt ſecuto iureiurando & exceptio danda ſit ei qui iurauit, & ſoluti repetitio, ſi cùm tutus eſſet exceptione perpetua ſoluerit *l. qui exceptionem 40. infra de condi. indeb.* Exceptio enim iuriſiurandi perpetua eſt *l. prox. infr.* ſicut & pacti *l. 3. inf. de except.* neque condicio hæc iurandi à Prætore improbata eſt, cùm reſpiciat tempus præteritum non futurum. Aliud enim eſſet ſi condicio iurandi ad aliquid dándum aut faciendum collata in futurum eſſet, quia ſufficeret id dari, vel fieri nullo de ea re interpoſito iureiurando, non minus quàm in vltimis voluntatibus, à quibus conuentiones inter viuos ſeparari hac parte non debent, vt Bartolus concludit ſecundam Accurſij interpretationem ſecutus, nemo enim ſuperfluo iureiurando onerari debet *d. l. quæ ſub condicione.* ſicuti nec ſuperuacua cautione *l. hæc ſtipulatio 14. infr. vt legat. ſeu fideic. ſeruand. cauſ. caueat.* Eſſet autem ſuperfluum iuſiurandum, ſi de aliqua re danda, vel facienda præſtari deberet, quandoquidem idipſum dari, vel fieri ſufficeret *d. l. quæ ſub condicione.* At non eſt ſuperfluum cùm de re præterita, ac iam facta iurandum eſt, quæ proinde fieri ampliùs non poteſt, ſic in *l. ſi cum patrno 6. C. commun. vtriuſque iudic.* Quænam verò exceptio iſta ſit an pacti, an iuriſiurandi noſtri diſputant, quamuis Iulianus eam iuriſiurandi exceptionem eſſe dicat, magíſque probant vt ſit exceptio pacti, ſicque interpretantur verba illa, *& exceptio iuriſiurandi dari debebit*, acſi ſcriptum eſſet, *exceptio pacti ob iuſiurandum.* Quæ interpretatio certè durior mihi videtur, quàm vt probari poſſit, cùm pacti & iuriſiurandi exceptiones diuerſæ ſint *d. l. exceptiones 7. de except.* quamuis non valde diſſimiles in effectu, niſi quod pactum nunquam tollit actionem ipſo iure *l. ſi vnus 27. §. pactus ne peteret infr. de pact.* quomodo iuſiurandum tollit tanquam quod habeat vim nouationis & delegationis *l. qui iuraſſe 26. §. vlt. ſupr.* itémque acceptilationis *l. prox. inf.* & veræ ſolutionis *l. 27. & l. seq. §. 1. ſup.* etſi non poteſt hoc dici in ſpecie huius legis, in qua non proponitur iuratum eſſe, niſi de condicione ſub qua pactum de non petendo factum dicebatur, vt proinde non poſſit vis & poteſtas huius iuriſiurandi maior eſſe quàm pacti de quo interponitur, ad purificandam vt loquuntur eius condicionem: qua porrò purificata, non nego etiam pacti exceptionem poſſe locum habere, ſed ea res non excludit exceptionem iuriſiurandi, non illo tantùm caſu quo iuratum ſit ſuper exceptione ſiue pacti, ſiue alia de qua lis erat, vt putat Bartolus, ſed illo etiam quo lis nulla dum fuiſſet, ſufficit enim metus litis ad iurandum, ſicut & ad tranſigendum *l. 2. C. de tranſact.* cùm iuſiurandum tranſactioni comparetur *l. 2. ſupr. hoc tit.* Nec verum puto quod tam generaliter monet Bart. non tractari in hoc Tit. de alio iureiurando, quàm quod ſuper lite deferatur, niſi intelligas etiam de lite futura: ſatis enim eſt materiam litis ſubeſſe, & verò iuſiurandum conuentionale de quo in *leg. iuſiurandum quod 17. ſupr.* & alibi tam ſæpe in hoc tit. deferri vt plurimùm ſolet, ſicut extra iudicium, ita & ante motam litem, ſed non ante natam materiam litis. Quod autem Accurſius quærit, ſi promiſerim tibi decem ſub ea condicione, ſi iures te aſcēſurum Capitolium & iures, an ex iureiurando iſto naſcatur actio an ex pacto, ab huius legis ſpecie alienum eſt, in qua, vt idem Accurſius fatetur, interpoſitum erat iuſiurandum ad excipiendum duntaxat, non etiam ad agendum, ſed & pugnat cum eo quod diximus, condiciones iſtas iurandi de aliqua re facienda, improbatas eſſe à Prætore, *ex d. l. quæ ſub condicione*, vt proinde ſtultum ſit quærere an Prætor, cuius eſt actiones dare, actionem daturus ſit ex iureiurando quod ipſe edicto ſuo improbauerit. Planè ſecuto implemento, id eſt, ſi non tantùm iuraueris te aſcēſurum Capitolium, ſed etiam reipſa aſcenderis, dubium non eſt, quin fiat contractus innominatus, qui non tam à conuentione quàm à facto ipſo initium obligationis accipit *l. 1. infr. de rer. permut. l. naturalis 5. §. 1. & §. quòd ſi faciam infr. de præſcr. verb.* parúmque refert meo iudicio, an contractus initus ſit per *ſi* an per *vt*, id eſt, an condicione adiecta, an modo, quemadmodum diſtinguit Accurſius, ſed tantùm an implementum iam ſecutum ſit, necne, de quo tamen latiùs tractādum erit ad *d. l. naturalis*, ne confundamus omnia, ſi cum Bartolo tractatum illum, de contractibus innominatis qui per ſe ampliſſimus & difficillimus eſt, hîc interferamus.

40. IDEM libro 13. Digeſtorum.

IVſiurandum à debitore exactum efficit, vt pignus liberetur: eſt enim hoc acceptilationi ſimile: perpetuam certè exceptionem parit [a]. idcirco pœnam quoque petentem creditorem [b], exceptione ſummoueri oportet & ſolutum repeti poteſt [c]: vtpote cùm interpoſito eo [d], ab omni controuerſia diſcedatur.

*Ad l. Iuſiurandum à debitore 40.*

RAT. DVB. Iuſiurandum ſuper vna re delatum & præſtitum ad aliam rem extendi non debet, nec enim habet vim rei iudicatæ aut ſolutionis, niſi in ea ipſa re de qua delatum fuit *l. ſi actor 36.* vbi diximus *ſupr. hoc tit.* Atqui ponit Iulianus in hac lege exactum fuiſſe iuſiurandum à debitore ſuper debito non ſuper pignore: ergo quamuis debitor iurauerit ſe nihil debere, non poteſt iuſiurandum prodeſſe ad liberandum pignus, cùm de pignore nihil

nihil iuratum fuerit: maximè verò cùm non ſit nouum, vt ſummota quoque principali obligatione pignus tamen duret *l.2. Cod. de luit. pignor.* tanquam quod tacitam illam habet condicionem ſi pecunia non ſoluatur, aut aliter eo nomine ſatisfactum non erit *l. grege §. etiam infr. de pignor. l. ſi rem 9. §. omnis pecunia infr. de pignorat. act. l. pen. §. 1. de except. rei iudic.*

Dec. Cùm principalis obligatio ſublata eſt, acceſſoriam quoque per conſequentias neceſſarias tolli omnino neceſſe eſt *l. cùm principalis 178. de reg. iur. l. ſi fideiuſſor 19. ſupr. de dolo*: qualis eſt obligatio pignoris, & fideiuſſoris, accedit enim vtraque obligatio principali obligationi, ſiue naturalis illa ſit ſiue ciuilis *l. 5. infr. de pignor. l. 6. §. vlt. inf. de fideiuſſ.* Atqui cùm ſuper ſorte & principali obligatione iuratum eſt, tollitur tota principalis obligatio, quia iuſiurandum vim habet acceptilationis, quæ licèt imaginaria tantùm ſolutio ſit & ciuilis, eundem tamen effectum obtinet quem vera & naturalis ſolutio ad obligationem omnem tollendam & naturalem & ciuilem *l. pen. infr. de ſolut. §. 1. Inſtit. quib. mod. tollit. oblig.* Ergo & facere debet iuſiurandum hoc à debitore exactum vt pignus liberetur, quod non niſi acceſſorium eſt, & quod tamen non liberaretur, ſi vel naturalis obligatio ſupereſſet *l. debitor 59. infr. ad SC. Trebell.* ſi verſiculum illum retineas, quem tamen irreptitium eſſe nos in Coniecturis docuimus *remanet ergo propter pignus naturalis obligatio*, quam in propoſito per iuſiurandum ſublatam eſſe, vel ex hoc maximè intelligimus, & ex *l. vlt. infr. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de ſolut.* Neque verò de hoc aut Accurſius aut alius quiſquam dubitat, ſed tantùm de obligatione ciuili quam negat Accurſius, & poſt eum cæteri, æquè tolli per iuſiurandum vt inferant nec actionem priſtinam tolli quæ naſcitur ex ciuili obligatione, quod tamen à nobis iam ſæpius refutatum eſt, ea potiſſimum ratione, quòd iuſiurandum & nouationis adeóque delegationis vim habeat, & ſolutionis ex *l. qui iuraſſe 26. §. vlt. cum l. ſeq. & l. in duobus 28. §. 1. ſupr.* itémque, vt in hac lege ſcriptum eſt, acceptilationis, de qua nemo dubitat quin obligationem omnem ipſo iure perimat & naturalem & ciuilem, in quo maioris poteſtatis eſt iuſiurandum, quàm res iudicata, quæ obligationem naturalem nullo modo perimit, ciuilem verò non niſi ope exceptionis, ideóque nec parit ſoluti repetitionem *l. Iulianus verum debitorem 60. infr. de condict. indeb.* quia res iudicata, non ſicuti iuſiurandum, ex conuentione proficiſcitur, ſed in inuitum redditur *d. l. qui iuraſſe 26. §. vlt. l. inter ſtipulantem 83. §. 1. de verb. oblig.* nec ad hunc caſum pertinet quod obiecimus ex *d. l. 2. C. de luit. pign.* & aliis ſupradictis, ſupponunt enim aliquam adhuc obligationem ſupereſſe ſaltem naturalem, cui pignus poſſit accedere & de actione loquuntur, non quæ ſit perempta ipſo iure, ſed quæ ſit ſummota vel ſummouenda per præſcriptionem, aut aliam exceptionem.

a *Perpetuam certè exceptionem parit.* Rat. dva. Exceptio nihil niſi actionis excluſio eſt *l. 2. & 3. infr. de except.* Atqui iuſiurandum, vt proximè diximus, tollit & perimit ipſo iure actionẽ, ſicut & ciuilem obligationem ex qua actio naſcebatur, cùm ſit ſimile acceptilationi. Ergo implicat contradictionem, vt pariat etiam exceptionem. Dec. Quemadmodum ei cui damus actionem, multo magis damus exceptionem *l. nuntius 156. §. 1. de regul. iur. l. 1. §. ſi autem de ſuperfic.* ita & is qui ipſo iure liberatus eſt, multo magis liberandus eſt per exceptionem, ſi quo modo conueniatur, multóque tutius liberatur per exceptionem, vel ob hoc ipſum ne de apicibus iuris fruſtra diſputandum ſit, an ipſo iure ſit liberatus, vt in *l. qui ſeruum 34. §. 1. de oblig. & actio.* Fieri enim poteſt, vt is quoq; qui ipſo iure liberatus eſt, de facto tamen conueniatur agẽte actore ſine actione, quamuis iure id fieri non poſſit *l. ſi pupilli 6. §. vlt. ſupr. de negot. geſt. l. quoties 9. §. & generaliter de admin. tutor.* Eò namque pertinent exceptiones omnes quas noſtri dicunt excluſiuas iuris agentis, vt illa *Age cum Geminiano: quod ad te liberas ædes habeo, tua non intereſt, tibi non competit actio*, & ſi quæ ſunt ſimiles, aut ſi fortè obreptum ſit, Prætori nulla delati præſtitique iuriſiurandi facta mentione, ſiue dolo malo id factum ſit & ad circumueniendam Prætoris religionem, vt in *l. Diuus Hadrianus 33. de re iudic. l. annito 5. §. pen. infr. de reb. eor. qui ſub tutel.* ſiue per facti ignorantiam ſi fortè heres illius, qui iuſiurandum detulerat, ignorans delationem eandem actionem inſtitueret, fortaſſis etiam contra illius qui iurauit heredem æquè factum defuncti ignorantem: eſt enim facti alieni probabilis ſemper ignorantia *l. vlt. infr. pro ſuo.* in iis maximè qui in alterius locum & ius ſuccedunt *l. qui in alterius 42. l. non poteſt improbus 99. de regul. iur.* Nihil igitur vetat eum qui ipſo iure per iuſiurandum liberatus eſt, æquè ac per acceptilationem poſſe tueri ſe exceptione, ſi eam à Prætore petat, quam exceptionem meritò Iulianus ait eſſe perpetuam: quomodo enim poſſet eſſe temporalis in eo, qui ipſo iure ſit liberatus? id eſt, in perpetuum. ſicut enim ius noſtrum perpetuum eſt, ita & quicquid ipſo iure fit, in perpetuum fit.

b *Idcirco pœnam quoque petentem creditorem.* Rat. dva. Cum pœna promiſſa eſt per ſtipulationem (nec enim nudo pacto promitti vnquam vtiliter poteſt *l. ſi ſeruum 7. infr. de ſeru. export.*) nihil aliud quærendum eſt quàm quænam ſit quantitas & conditio ſtipulationis etiamſi nihil interſit ſtipulatoris *l. ſtipulatio iſta 38. § alteri de verb. obligat.* aut etiamſi minus *l. vlt. infr. de prætor. ſtipulat.* Atqui iuſiurandum quod creditor à debitore exegit, & debitor præſtitit, non aliud efficere poteſt, quàm vt nihil intereſſe dici poſſit creditoris, qui nec creditor eſſe intelligitur, poſtquam iuratum eſt nihil deberi. Ergo non poteſt iuſiurandum facere quominus pœnam vtiliter petere creditor idemque ſtipulator poſſit. Dec. Pœnæ quoque obligatio ſicut & pignoris acceſſoria eſt, nec proinde poteſt ſubſiſtere ſublata principali ex regula *d. l. cùm principalis 178. de reg. iur. l. ſi homo mortuus 69. infr. de verb. oblig.* ſed tollitur eo ipſo modo quo & principalis aut ipſo iure aut per exceptionem, ſublata ergo principali per iuſiurandum ex quo naſcitur exceptio perpetua, tolli quoque perſecutionem pœnæ neceſſe eſt, ſaltem ope exceptionis, nam neque pœna aliter vnquam debetur aut promittitur aut petitur, quàm ſi obligationi principali non ſatisfiat nec ſoluat debitor quod debet *l. ſi pacto quo pœnam 14. C. de pac. l. nuda 5. C. de contr. & commit. ſtipulat. & d. § alteri.* Atqui verum eſt debitorem non eſſe amplius debitorem poſtquã iurauit ſe nihil debere, cùm iuſiurandum pro veritate habeatur *l. eum qui 30. §. vlt. & paſſ. ſupr.* Nec igitur pœnam vllam debere poteſt ob id, quod non ſoluerit pecuniam, quam non debuit.

c *Et ſolutum repeti poteſt.* Rat. dvb. Poteſt fieri vt quis tutus ſit exceptione perpetua, vt puta Senatuſconſulti Macedoniani *l. 3. infr. de except.* nec tamen ſi ſoluat, poſſit repetere *l. qui exceptionem 40. infr. de cõd.*

*indeb.* Ergo non eſt bona ratiocinatio Iuliani nec bona conſecutio, vt quod ſolutũ eſt à debitore, qui iurauit ſe nihil debere, idcirco poſſit repeti, quòd perpetuam habeat ex iureiurando exceptionem. Dec. Exceptiones perpetuę ſunt duplicis generis, quædam fauorabiles, quas fauor excipientis introduxit, qualis eſt exceptio Senatuſconſulti Velleiani de interceſſionibus mulierum: quædam odioſæ, inductæ ſcilicet potius odio creditorum contra quos opponuntur, qualis eſt exceptio Macedoniani. Quæ ſunt prioris generis, pariunt ſoluti repetitionem, non etiam cæteræ *dict. leg. qui exceptionem.* Porrò exceptio perpetua, quam Prætor dat ex iureiurando fauorabilis eſt, non odioſa, non tam enim odio illius qui iuſiurandum detulit, comparata eſt, qui certè nullo dignus eſt odio, præſertim cùm iurauerit de calumnia, quàm fauore eius qui ex delatione iurauit de principali negotio. Bona igitur Iuliani ratiocinatio, & conſecutio eſt, vt quod, hic qui iurauit ſoluerit, repetere per condictionem indebiti tanquam indebitum poſſit, ex regula *d. l. qui exceptionem.*

d *Vtpote cùm interpoſito eo.* Rat. dvb. Quoties iuſiurandum defertur, & præſtatur, id agi intelligitur, vt ab ea tantùm controuerſia diſcedatur in qua & de qua iuratum eſt, non de alia quæ in iudicium deducta non fuerit *dict. l. ſi actor 36. ſupr.* Atqui in propoſita ſpecie, controuerſia de qua iuratum eſt, illa tantùm fuit, an is qui conueniebatur tanquam debitor, eam pecuniam deberet quæ petebatur, non etiam de iure pignoris, de quo nec quærebatur. Alia enim eſt actio de ſorte quæ perſonalis eſt & directa in perſonam debitoris, alia verò hypothecaria quæ eſt in rem, & de qua non quærebatur, ſed & longè alia quæſtio eſt de ſoluti repetitione, itémque de pœnæ perſecutione, de quibus nec controuerſia vlla erat tempore delati præſtitique iuriſiurãdi. Non igitur id actum videri poteſt, vt etiam à controuerſia quæ de pignore fieri poterat, necdum tamen facta erat, diſcederetur. Dec. Controuerſia de iure ſortis & debiti principalis includit controuerſiam de iure pignoris, cùm ius & vinculum pignoris non aliter poſſit ſubſiſtere, quàm ſi aliqua principalis obligatio ſit, cui pignus poſſit accedere, vt diximus ad initium huius legis Idemque iuris eſt de pœnæ perſecutione, & de indebiti ſoluti repetitione: pendéntque omnes hæ actiones ex eadem quæſtione facti, an ſors debeatur, necne. Ergo iuſiurandum ad illas quoque actiones omnes pertinet, quia de toto negotio iuraſſe intelligitur is qui iurauit nihil ſe debere, vt in *l. ſi duo 13. § idem Iulianus ſupra hoc tit.* vt à tota controuerſia, quæ ex eo pendebat, diſcederetur Idque eſt quod Paulus ſcribit in *l. in duobus 28 §. exceptio ſupr.* Exceptionem iuriſiurandi, non tantùm ſi ea actione quis vtatur, cuius nomine exegit iuſiurandum opponi debere, ſed etiamſi alia, ſi modò eadem quæſtio in iudicium deducatur.

41. Pomponivs libro ſingulari Regularum.

Labeo etiam abſenti, & ignoranti iuriſiurandi gratiam fieri poſſe, reſpondit: ſed & per epiſtolam iuriſiurandi gratia fieri poteſt.

*Ad l. Labeo 41.*

Rat. dvb. Gratiam Iuriſiurandi facere ſpecies quædam donationis eſt, ideóque nec pupillo nec eius tutori id permittitur *l. iuriſiurandi 32.* vbi diximus *ſup. hoc tit.* Atqui donatio licèt abſenti quoque fieri poſſit, ignoranti tamen fieri non poteſt, cùm non prius perfecta videri poſſit, quàm donatarius rem ſibi donatam eſſe ſciuerit & acceperit, etiamſi ſeruo eius tradita ſit, niſi proponas ea mente traditam ſeruo vt per eum donatarius ſtatim dominus fieret, ſicuti disertè ſcriptum eſt *in l. abſenti 10. infr. de donat.* Cùm enim donatio non niſi per ſtipulationem vel traditionẽ fieri queat, eam quidem quæ per ſtipulationem fiat certum eſt inter abſentes fieri non magis poſſe quàm ſtipulationem ipſam *leg. 1 infr. de verb. obligat.* eam verò quæ fiat per traditionem licèt fieri alij poſſit, abſentis nomine, non prius tamen effectum habere, quàm donationem ſciuerit, & agnouerit is, cui donatum quis voluerit *dict. l. abſenti iunct. l. 4. eod. tit. l. nec ambigi 6. Cod. eod.* Donatio enim beneficiũ eſt *l. interdictum 14. infr. de precar.* inuito autem beneficium non datur, vt habet iuris regula. Ergo non poteſt verum eſſe quod Labeo dicebat, & Pomponius hîc probat, etiam abſenti, & ignoranti gratiam iuriſiurandi fieri poſſe. Et verò cùm nihil tam naturale ſit quàm vnumquodque diſſolui eo modo quo colligatum eſt *vulg. l. nihil 35. de reg. iur. l. prout 80. de ſolut.* iuſiurandum autem neque abſenti neque ignoranti deferri poſſit, quandoquidem ſtatim & continuo ſuſcipi debet, vt ex ea delatione iurari poſſit *l. non erit 5. §. vlt.* vbi diximus *ſupr. hoc tit.* conſequens eſt, vt nec niſi præſenti & ſcienti, adeóque cõſentienti gratiam iuriſiurandi facere poſſit is qui detulit. Dec. Iuriſiurandi remiſſio quæ fieri intelligitur, cùm iuriſiurandi gratiam facit ille qui detulerat, fauorabilis eſt per quam ſcilicet fit vt delatum iuſiurandum habeatur non pro reuocato, ſed pro præſtito, in fauorem eius, qui ſuſcipiendo iuſiurandum iam declarauerat velle ſe iurare, & in præiudicium illius cuius ſolius intererat ſuſceptum iuſiurandum aut præſtari aut referri. Nam & ſatis voluntatem ſuam declarat is, qui gratiam iuriſiurandi facit, quòd nec ab aduerſario nec à ſe iurari velit, denique nihil noui facit, niſi quod pro facto habet id quod ab aduerſario fieri voluerat. Cúmque per eũ ſtet ne aduerſarius iurare amplius poſſit, etiamſi maxime velit (neque enim bis iuratur de eadem re, & iuſiurandum remiſſum habetur pro præſtito, vt diximus) apparet ipſo iure fieri, vt pro præſtito habendum ſit non expectata voluntate, nec facto aliquo eius, cui iuriſiurandi gratia fit, ex *regul. l. iure ciuili 24. de condict. & demonſtr. l. in iure ciuili 161. de reg. iur.* Ideóq; non poteſt videri hæc donatio ſimilis ei, quę fit per ſtipulationem aut per traditionem nec collationibus præbendarum procuratoribus abſentium factis de quibus in *cap. ſi tibi abſenti de præben. in 6.* vt ius aliquod nouũ donatario acquiratur, non tam enim aliquid acquiritur ei cui iuriſiurandi gratia fit, quàm eripitur ei, qui gratiam facit, ius quod habebat ex ſua delatione & ex edicto Prætoris cogendi aduerſarium, vt vel iuraret vel referret, vel ſolueret *l. iuſiurandum 34. §. ait Prætor & ſeq.*

*ſeq ſup. hoc tit.* Quod ius nemo dubitat, quin ſibi præripere ille potuerit propria ſua voluntate, ſicut & ex ſola ipſius voluntate pendebat, vt iuſiurandum deferret, ac quemadmodum potuerat deferre aduerſario, etiam inuito, ita & inuito ei gratiam iuriſiurandi facere potuit, ex regula *d. l. nihil & d. l. prout.* quod autem fieri poteſt te inuito, longè magis fieri poteſt te abſente & ignorante ea alia iuris regula *l. qui poteſt 26 de reg iur.* qui enim ex delatione iurat, licèt ideo iuret, vt ſibi proſit, non tamen ſibi iurat, ſed ei qui detulit, cui porrò non facis iniuriam, etiãſi non iuret, quando ita ſemel voluit is, qui gratiam iuriſiurandi facit *l. in diem 9. §. 1. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Nihil ergo prohibet etiam abſenti & ignoranti, adeóque quod magis eſt, inuito aduerſario qui iurare debuerat, remitti iuſiurandum nullo etiam nuncio interueniente: quamuis Accurſius & Bartolus nuncium requirant: quod mihi abſurdum videtur, alioqui poſſet iuriſiurandi remiſſio reuocari re integra, id eſt, antequam per nuncium res ad notitiam aduerſarij perueniſſet: quomodo ſolemus dicere de donatione abſenti facta nemine ſtipulante, ne notario quidẽ, quam re integra & ante acceptationem reuocari poſſe interpretes omnes cõſentiunt, adeò vt nec deſint qui putent idẽ eſſe, tametſi notarius ex generali conſuetudine ſtipulatus ſit abſentis nomine citra mandatum, quamuis diuerſa ſententia magis obtinuerit, vt videre eſt apud Antonium Teſſaurum, *deciſ. Pedem. 70.* Atquin ſi verum eſt, vt eſt, delationem iuriſiurandi factam reuocari poſtea non poſſe, vt diximus ad *l. nõ erit 5. §. vl ſup.* cũ tamẽ ſit illa odioſa, quoniã obligat aduerſarium, vt vel iuret, vel referat vel ſoluat *d. § ait Prætor.* quanto minus permittendum erit deferenti, vt gratiam iuriſiurãdi quam ſemel fecerit etiam abſente & ignorante aduerſario reuocet, vt eum iterum obliget ad iurandum vel referendum vel ſoluẽdum quem ſemel liberauit? Promtiores ſiquidem eſſe debemus ad inducendam aut conſeruandam liberationem, quã obligationem *l. Arrianus 41. infr. de oblig. & actio.* Nec bona eſt ratiocinatio Bartoli, quod iuſiurandum procedat ex conſenſu *l. qui iuraſſe 26. §. vlt. ſupr.* ideóque requiratur nuncius vel epiſtola ex *l. conſenſu 2. infr de oblig. & action.* nam in iureiurando ſiue præſtãdo ſiue verè præſtito, id quidem verum eſt, quia nõ poteſt præſtari, quin & delatum ſit ex vna parte, & ſuſceptum ex altera, nec rurſum ſuſcipi quin voluntas & conſenſus vtriuſque interueniat: ſed in remittendo iureiurando aliud eſt, quia gratiam facere iuriſiurandi eius ſolius eſt, qui detulit, pendetque à ſola ipſius voluntate, vt probauimus. Etſi enim inuitus quis iurare cogitur, niſi malit vel referre, vel ſoluere, inuito tamen nemini iuratur, & cuilibet permiſſum eſt, ius ſuum remittere ad ſui aduerſarij vtilitatem, ita vt nec vllus remittenti dandus ſit regreſſus *l. quæritur 14. §. ſi venditor infr. de ædil. edict.* Quod verò aliud argumentum ſumit Bartolus ex verbis illis quæ in hac lege ſequuntur, *ſed & per epiſtolam* quæ nullam, inquit, haberent dubitationẽ, ſi nulla interueniente epiſtola, nec nuncius vllus requireretur, cùm ea quæ ſine nuncio expediri poſſunt, multo minus epiſtolam requirant, multo leuius eſt. Non enim ait Pomponius epiſtolam eſſe neceſſariam, ſed poſſe etiam per epiſtolam fieri gratiam iuriſiurandi, vt intelligamus tanto magis pendere hoc ex voluntate ſolius deferentis, cuius ſolius epiſtola eſt, nec adducitur verſiculus ille quaſi de re magis dubitabili, ſed ampliatiuè potius, & quaſi in conſequentiam eius quod dictum fuerat, etiam abſenti & ignoranti iuſiurandum remitti poſſe. Id enim ſi ita eſt, quidni multo magis per epiſtolam? ſed poteſt tamen hic quoque caſus de iuriſiurandi gratia per epiſtolam facta eſſe dubitabilior, ſi fortè ponas quod & probabiliter ponere poſſumus, abſenti quidem & ignoranti factam eſſe iuriſiurandi gratiam, ſed tamen in iudicio, adeóque præſente etiam forcaſſis iudice, cuius præſentia poſſit etiam aduerſarij præſentiam ſupplere, vt plerumque factum iudicis dicitur etiam factum partis *l. ſi ob cauſam 13. C. de euict. l. 1. C. ſi in cauſ. iudic. pign. capt. ſit.* quamquam nihil horũ neceſſe eſt. Cur enim præſentiam aut partis, aut iudicis requiramus in ea re quæ inuito quoque, vt iã diximus, aduerſario fieri poſſit? *d. l. qui poteſt 26 de regul. iur* At cùm per epiſtolam iuriſiurandi gratia fit, nihil eſt quod de iudice præſente, vel de iudicio tractari poſſit, tantóque maior dubitandi ratio eſt, an iuriſiurandi remiſſio, quæ pro præſtatione eſt, fieri per epiſtolam poſſit, cùm iuſiurãdum præſtitum habeat inſtar & iudicij & rei iudicatæ *d. l. qui iuraſſe 26. §. vltim l. iutor 35. §. 1. iunct. l. 1. ſupr.* quorum neutrum per epiſtolam expediri poteſt & hæc ſanè ad vltimum illum verſiculum dubitandi ratio eſt, ſed illa decidendi fortior, quod etiam abſenti & ignoranti ſine iudice & extra iudiciũ remitti iuſiurandum poſſit inuito quoque aduerſario, quia ex ſola deferentis & remittentis voluntate id pẽdeat. Quanti igitur magis per epiſtolam idem fieri poterit? Malè tamen Accurſ. in hanc rem adfert quod ſcriptum eſt in *l. generaliter 12. §. his de præſentibus C. hoc tit.* vbi tractatur tantùm de iureiurando vel præſtito vel relato vel recuſato abſente parte, non etiam de remiſſo. Illud certè non nego quod addit Bartolus, in iis quæ aduerſarij ſcientiam requirunt, vt in dilationibus, quæ interdum abſenti parti ſtatuuntur, ſufficere vt notificatio, quæ neceſſaria eſt, per nuncium fiat aut epiſtolam, nam nec ante factam notificationem poteſt tempus dilationis currere ignoranti *l. cùm ſex 55. infr. de ædilit. edict* Addo autem *ignoranti*, quia ſi aliunde ſciuiſſe probaretur, non eſſet magis certiorandus *l. 1. in fin. infr. de action. empt* Et eo iure paſſim vtimur. Idem Bartolus quærit ſi quis iurauerit ſe ſoluturum ad Paſcha, an remitti ei iuſiurandum poſſit, an verò ſit periurus, ſi ad diem non ſoluat, quamuis iuriſiurandi gratiam ei aduerſarius fecerit. Sed quæſtio illa nil ad hanc legem pertinet, in qua non de promiſſorio iureiurando agitur, vt neque in toto hoc titulo, ſed de deciſorio. Verum tamen eſt etiam promiſſorij iuriſiurandi gratiã fieri poſſe *cap. 1. extr. hoc tit.* nec periurum eſſe illum, cui gratia facta eſt, ſiue per abſolutam iuriſiurandi remiſſionem ſiue per prorogationem temporis intra quod ſolui debuit, denique omnia illa quæ impedire poſſunt ne mora contrahatur, de quibus in *l. ſciendum 21. & ſeqq. infr. de vſur. & in l. mora 32. eod. titul.* impedire etiam ne periurium incurratur *cap. breui eo. tit.* In eóque aſſentior Bartolo.

Digitized by Google

42. Idem libro 18. Epiſtularum.

CReditore, qui de mutua pecunia contra pupillum contendebat, iuſiurandum deferente, pupillus iurauit ſe dare non oportere: eandem pecuniam à fideiuſſore eius petit: an excludendus ſit exceptione iuriſiurandi? quid tibi placeat, reſcribe mihi. Eam rem apertiùs explicat Iulianus, nam ſi controuerſia inter creditorem & pupillum fuerit, an omnino pecuniam mutuam accepiſſet, & conuenerit, vt ab omni conditione diſcederetur, ſi pupillus iuraſſet, iſque iurauerit ſe dare non oportere: naturalis obligatio hac pactione tolletur[a], & ſoluta pecunia repeti poterit, ſin verò creditor quidem[b], ſe mutuam dediſſe contendebat, pupillus autem hoc ſolo defendebatur, quòd tutor eius non interueniſſet, & hoc tale iuſiurandum interpoſitum eſt: hoc caſu fideiuſſorem prætor non tuebitur. Si autem liquidò probari non poteſt, quid actum ſit, & in obſcuro erit, (vt plerumque fit) de facto, an de iure[c], inter creditorem, & pupillum controuerſia fuerit: deferente creditore, pupillum iuraſſe intelligere debemus, id actum inter eos[d], vt ſi iuraſſet ſe dare non oportere, ab omni conditione diſcederetur, atque ita & ſolutam pecuniam repeti poſſe, & fideiuſſoribus exceptionem dari debere exiſtimabimus.

*Ad §. vlt. Creditore.*

Eſt lex hæc de pupillo qui accepta mutua pecunia ſine tutoris authoritate, dederat fideiuſſorem, & deferente creditore iurauerat, ſe dare non oportere. Quæſtio autem eſt an iuſiurandum illud prodeſſe debeat fideiuſſori, ſi poſt iuſiurandum pupilli ex promiſſione ſua conueniatur. Reſpondet autem Pomponius ex Iuliano adhibita diſtinctione, an controuerſia fuerit inter creditorem & pupillum, an omnino accepta fuerit mutua pecunia & conuenerit, vt ſi pupillus iuraſſet, ab omni conditione diſcederetur, vt hoc caſu naturalis obligatio tollatur per exceptionem iuriſiurandi, & ſoluta pecunia repeti poſſit, ac proinde multo magis liberetur fideiuſſor, nec poſſit amplius conueniri: an verò pupillus non negauerit creditam ſibi pecuniam, ſed hac ſola ratione ſe defenderat, quod tutoris authoritas non interueniſſet, vt hoc caſu Prætor exceptione iuriſiurandi fideiuſſorem non tueatur, an denique in dubio & obſcuro relictum ſit, quid actum, & de quo iuratum fuerit, an de facto, an de iure, vt hoc caſu id actum potiùs videatur, vt ſi iuraſſet pupillus ſe dare non oportere, ab omni condicione diſcederetur, & tam ſoluta pecunia repeti poſſit, & fideiuſſori exceptio dari debeat. Quæ diſtinctio ſicuti multa capita continet, ita & varias recipit dubitandi decidendique rationes. Et illud inprimis, quod lex ponit fideiuſſorem interueniſſe pro pupillo, qui ſine tutoris authoritate mutuam pecuniam acceperat tanquam qui naturaliter eſſet obligatus. Illa namque primùm dubitandi cauſa occurrit, quod pupillus ſine tutoris authoritate mutuam pecuniam accipiendo, ne quidem iure naturali obligatur, vt diſertè ſcriptum eſt in *l. pupillus 59. infr. de oblig. & act.* Atqui fideiuſſor non poteſt accipi, niſi pro eo qui ſit obligatus ſaltem naturaliter, cùm fideiuſſoris obligatio ſit acceſſoria ad principalem *l. 6. §. adhiberi & paſſ. infr. de fideiuſſ.* Ergo non poteſt accipi fideiuſſor pro pupillo, qui ſine tutoris authoritate contraxerit mutuamque pecuniam acceperit, non magis quàm pro furioſo vel prodigo *l. is cui bonis 6. infr. de verb. obligat.* quibus hac parte pupillus æquiparatur *l. Marcellus 25. infr. de fideiuſſ.* Dic. Naturalis obligatio æſtimatur ex facto, & ex conſenſu *l. nec ſeruus 41. infr. de pecul.* itémque ex vinculo æquitatis quo ſolo ſuſtinetur *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis infr. de ſolut.* Atqui naturalis æquitas ſuadet pacta omnia ſeruari *l. 1. ſuprà de pact. l. 1. infr. de pecun. conſtit.* nec minùs à pupillo, qui mutuam pecuniam accepit, & tantundem ſe reſtituturum promiſit. habet enim conſenſum & voluntatem dummodò ſit maior infante, nec tamen obligatur iure naturali *d. l. pupillus & l. quod pupillus 41. infr. de condict. indeb.* quia is demum naturâ debet & iure naturali, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem ſecuti ſumus *leg. cùm amplius 85. §. is natura debet de regul. iur.* Non autem oportet, nec æquum eſt iure gentium pupillum præſtare quod promiſerit, cùm per naturam ipſam fiat & quodammodo naturæ ipſius vitio, ne tantum iudicij habeat quantum neceſſe eſt, ad obligationem aliquam ſerio contrahendam. Itaque generalis illa & naturalis æquitas, quæ vult pacta ſeruari, licèt ſit ſufficiens ad inducendam obligationem naturalem, non tamen ſufficit ad inducendam obligationem iuris naturalis, quia ius naturale quamuis æſtimetur ex ratione naturali ſicut & ius gentium, *leg. 1. § pen. & vlt. l. omnes populi 9. verſ. quod verò ſupr. de iuſtit. & iur.* quod in iis rebus quæ ad homines ſolos pertinent, nil differt à iure naturali *§. ſingulorum Inſtit. de rer. diuiſ.* non tamen ex qualibet naturali obligatione conſtituitur, ſed ex ea ſola quæ ſit potens ad inducendum ius naturale, id eſt, quæ non alia æquitate aut pari, aut maiori debilitetur: aliquando enim accidit, vt æquitas pugnet, non ſolùm cum ſtricto iure de qua in *l. 1. C. de legib. l. placuit. 8. C. de iudic. l. in omnibus quidem 90. de reg. iur.* ſed etiam cum alia æquitate: quod cùm euenit, maior æquitas debet vincere minorem *l. ſi ſeruus 61. §. quod verò infr. de furt. l. quoties 200. de reg. iur. l. ita vulneratus 51. ſup. ad leg. Aquil.* Illa igitur æquitas, quæ non patitur pupillum ex ſuis contractibus, ſine tutoris authoritate initis ſeriò & efficaciter obligari, quòd per naturam ipſam fiat,

vtiu-

vt iudicio careat, nec aliud iudicium habere intelligatur, quàm quod per tutoris iudicium, & authoritatem ſuppleri poſſit, debet ſanè tanquam potentior illam æquitatem generaliorem vincere, quæ omnes in vniuerſum homines obligat ad pacta ſeruanda, ſemper enim potentiora ſunt quæ ſpecialiora, quàm quæ generaliora. Ac proinde fatendum eſt quod alibi ſæpe iam monuimus, aliud eſſe ſi quis dicat pupillum obligari naturaliter, aliud verò obligari iure naturali. Obligatur naturaliter etiam ſine tutoris authoritate, ideóque fideiuſſorem dare poteſt. *d. l. Stichum §. naturalis & §. aliquando de ſolut. l. ſi pupillus 127. infr. de verb. oblig. l. ſi pupillus 35. ſupr. de recept. Qui arbitr. recep.* licèt neque infans ſit, neque contraxerit cum ipſo tutore, ſed cum alio [quamuis Bartolus poſt Accurſium ad illos duos caſus reſtringat quod ſcriptum eſt in *d. l. 41. & 59.*] vt enim fideiuſſor dari poſſit, ſufficit naturalem aliquam obligationem ſubeſſe, quamuis fideiuſſor non modò naturaliter, ſed etiam ciuiliter obligetur, tanquam qui non niſi ex ſtipulatione obligari poteſt *l. blanditus 12. C. de fideiuſſ. l. 5. §. ſatis acceptio infr. de verb. oblig. iunct. §. de conſtituta Inſtit. de act. in.* Etſi enim tritum eſt fideiuſſorem non poſſe accipi in duriorem cauſam, id eſt, obligari durius quàm principalis debitor obligetur *l. Græcè 8. §. illud commune infr. de fideiuſſ.* poteſt tamen obligari efficacius. Nec diſtinguendum nunc arbitror, quomodo aliàs diſtinguebam, vtrum pupillus mutuam pecuniam acceperit, an ſtipulanti promiſerit, cùm vtroque caſu naturalis obligatio contrahatur, non tantùm ſi nouandi animo quis à pupillo ſtipulatus ſit, vt in *l. 1. in fin. de nouat.* quo caſu poteſt quidem pupillus etiam promittendo fieri locupletior, ſi fortè anteà ciuiliter obligatus ipſe erat, ſed non ſi alius, verùm etiam ſi ex alia quàm nouationis cauſa, pupillus aliquid per ſtipulationem promiſiſſe dicatur, vt in *d. l. ſi pupillus 35. ſup. de recept. Qui arbitr. recep. d. l. ſi pupillus 127. de verb. obl.* alioqui nec fideiuſſorem dare poſſet, *d. l. is cui bonis,* quem tamen dari ab eo poſſe conſtat ex legibus ſupradictis. At obligari natura, aut quod idem eſt, iure naturali vel gentium non poteſt, *d. l. quod pupillus 41. de condict. indeb. d. l. antep. inf. de oblig. & action.* Multùm tamen intereſſe arbitror, quantum ad effectus cæteros naturalis obligationis pertinet, an pupillus mutuam pecuniam ſine tutoris authoritate acceperit, an ſtipulanti aliquid promiſerit, nam priore caſu obligatio illa naturalis quàm pupillus mutuam pecuniam accipiendo contrahit, habet omnes omnino effectus obligationis naturalis, vt ſc. pariat exceptionem, deductionem, retentionem, compenſationem, & impediat ſoluti repetitionem *l. iuris gentium 7. §. quinimò ſup. de pact. l. frater à fratre 38. l. Iulianus verum debitorem 60. l. Neratius 63. inf. de cond. indeb. l. etiã 6. de compenſat. l. ſed ſi damnum 9. §. peculium & ſeqq. inf. de pecul.* Idque probatur optimè ex hac lege, & ex *d. l. Stichum 95. §. aditio de ſolut. l. ſi pupillus 21. ad leg. Falc. l. cùm illud 25. §. heres meus inf. Quan. dies legat. ced.* qui omnes loci ſunt de pecunia pupillo credita. At poſteriore caſu obligatio naturalis pupilli nullum effectum habet *d. l. quod pupillus 41. de cond. indeb.* niſi eum ſolum, vt eius obligationis nomine fideiuſſor accipi poſſit, vt diximus. Et ratio diuerſitatis eſt, quia omnes ſupradicti effectus obligationis naturalis, exceptio, deductio, compenſatio & retentio ſunt ex iure ciuili, quatenus ſub eo comprehenditur etiam prætorium, iure namque naturali & gentium, ſicut actiones omnes incognitæ ſunt, ita & exceptiones, & deductiones, & compenſationes, & retentiones, quæ non ſi actionibus obijciuntur ad eas elidendas. Atqui contra iuris ciuilis regulas pacta omnia ſunt quæ fiunt à pupillo ſine tutoris authoritate, niſi ea ex quibus meliorem ſuam conditionem facere poſſit *l. contr. 30. ſupr. de pact.* nemo autem promittendo fit locupletior. Non igitur æquum eſt, vt iuris ciuilis vel prætorij auxilium ei proſit, qui contra iuris ciuilis & prætorij regulas pactus eſt. At verò is, qui mutuã pecuniam dat pupillo etiam ſine tutoris authoritate nihil facit contra iuris regulas, quia poteſt euenire facilè, vt pupillus mutuam pecuniam accipiendo fiat locupletior, imò hoc ipſo quod accipit, locupletior fit, cùm acquirat dominium pecuniæ, quæ ante fuit aliena, niſi accidat poſtea, vt eam perdat, quod ſicuti poteſt contingere, ita & poteſt non contingere; nec prohibendus fuit pupillus, cui & ciuile & prætorium ius proſpicere volunt, ne mutuam pecuniam accipere poſſet, ſi quando tam ſtultus aliquis inueniretur, qui etiam pupillo ſine tutoris authoritate mutuam pecuniam dare vellet ne alioqui quod in fauorem pupillorum conſtituebatur, in eorum odium retorqueretur contra *l. quod fauore 6. C. de legib. l. pen. C. ad SC. Trebell.* In eo tamen quod ad fideiuſſoris dationem ſpectat, nihil diſtat inter obligationem vtramque naturalem, ſiue per promiſſionem pupilli ſiue per numerationẽ pecuniæ contracta ſit, quia nihil pupilli intereſt, nec dãno ipſius cedit naturalis illa obligatio, ſed ſolius fideiuſſoris qui nullum ex ea cauſa regreſſum habere contra pupillum poteſt, neque mandati neque negotiorum geſtorum actione, ſi modò abſque tutoris authoritate pro pupillo fideiuſſerit *d. l. Marcellus 25. inf. de fideiuſſ.* Et ita quæſtio hæc tota de obligatione naturali pupilli explicanda mihi videtur, paulò melius ac probabilius quàm à nobis factum ſit, in *d. l. contra 30. ſup. de pact.* vbi nimis generaliter negauimus pupillum ſtipulanti promittentem obligari naturaliter, niſi cum animo nouandi promiſit *ex d. l. 1. in fin. de nouat.* quaſi hoc ſolo caſu poſſit accidere, vt promittendo fiat locupletior, cùm tamen Vlpianus in *d. l. 1.* eum quoque caſum tractet, quo quis à pupillo ſine tutoris authoritate ſtipulatus ſit, etiam quod alius quàm pupillus debebat, quo tamen caſu nemo dixerit pupillum promittendo fieri locupletiorẽ, vt neque in ſpecie *d. l. ſi pupillus 127. de verb. oblig. & d. l. ſi pupillus 35. ſup. de recept. Qui arbitr. recep.* in quibus locis nihilominus dat vtiliter fideiuſſorem, non alio vtique iure quàm quia ſit obligatus naturaliter. Quantum verò intereſt an pupillus ſine tutoris authoritate mutuam pecuniam acceperit, an autem ſtipulanti promiſerit, ex eo quoque intelligimus, quod ſi ex pecunia quam accepit mutuam, probetur factus locupletior, obligatur etiam ciuiliter, & conueniri poteſt ex reſcripto Diui Pij *l. 3. §. ſed ſi pupilli, l. ſi pupilli 6. l. Neſennius 34. ſupr. de negot. geſt.* quod in pupillo qui ſtipulanti promiſit nunquam obtinet, nec ſi pupillus ciuiliter obligatus promiſerit ſine tutoris authoritate animo nouandi, & ex ea nouatione locupletior factus videri poſſit, conuerſa obligatione ciuili in naturalem *d. l. 1. in fin. de nouat.* Quænam enim eſſet vtilitas pupilli, ſi hoc caſu ob nouationem ſuo commodo factã teneretur ciuiliter? deſineret enim fieri locupletior, hoc ipſo quod inciperet teneri ciuiliter, atque ita eodem inſtanti locupletior fieri & inciperet & deſineret, quod eſſet ridiculum: non enim poteſt deſinere quod nec vnquam incepit *l. non poteſt videri 208. de reg. iur. l. Titio vſusfructus 96. de cond.*

*& demenſtr. l. promiſſor 21. §. 1. infr. de pecun. conſtit.*

a *Naturalis obligatio hac pactione tollitur.* Ita in Pand. Florent. & multo melius quàm in vulgata editione quæ habet *hac exceptione.* Non enim per exceptionẽ tollitur obligatio naturalis, ſed per pactionẽ illam quæ conuenerit, vt ſi iuraret pupillus ſe dare oportere, cùm negaſſet ſe omnino pecuniã accepiſſe ab omni condicione litis diſcederetur: ſecuto ſc. iureiurando, per quod nimirum obligatio tota tollitur, nec tantùm ciuilis quoties aliqua ſubeſt, ſed etiam naturalis *d. l. Stichum aut Pamphilum 95 §. naturalis de ſolut.* non enim daretur exceptio ex iureiurando ſi non eſſet ſublata iam per iuſiurandum naturalis obligatio. Sublata verò naturali obligatione, nulla indiget pupillus exceptione, quia nec antè quàm iuraſſet, vlla tamen poterat actione conueniri, cùm eſſet naturaliter tantũ obligatus, obligatio autẽ naturalis ſi cum ciuili non ſit coniuncta, nullam actionem parere poſſit, ſed tantùm exceptionẽ, aut retẽtionem, qui ſenſus eſt *l. naturales 10. infr. de obl. & act.* Igitur ex hoc iureiurando non niſi fideiuſſoribus competet exceptio, ſi poſtea ex fideiuſſione conueniatur, vt in fine huius reſponſi. Pupillo autem cõpetet repetitio, ſi fortè per errorem facti ſoluerat, tutore authore (hoc enim neceſſariò ponẽdum eſt, alioqui omnimodo & omni caſu perſona pupilli locũ faceret repetitioni *l. interdum 29. infr. de cond. indeb.*) antequam fortè iuraret aut etiam poſt præſtitũ iuſiurandum, cuius obliuio potiùs præſumenda eſt in pupillo qui in illa ætate ignorat etiam ea quæ videt *l. vnic. C. de falſ. monet.* quàm vt prudens & ſciens videatur donaſſe id quod ſciebat & iam iurauerat ſe nõ debere ex *reg. l. cuius per errorem 53. de reg. iur.* Quid enim eſt quòd pupillus ſciens & prudens feciſſe videri poſſit, qui nec poteſt fallere? Vnde eſt quod nec iurare poſſet niſi iuſiurandũ tueretur Prætor ratione illa, quòd imputare ſibi debeat is, qui tã ſtultus fuit, vt pupillo quoq; iuſiurandũ detulerit *l. qui iuraſſe 26. in pr. iunct. l. iuſiurandum & ad pecunias 34. §. 1. ſup. hoc tit.* Suaues verò ſunt interpretes noſtri qui ex hoc potiſſimum verſiculo notant, & ex *d. §. naturalis* obligationem duntaxat naturalem tolli per iuſiurandum non etiam ciuilem, quomodo enim poterat in hac ſpecie tractari de obligatione ciuili ſublata vel tollenda per iuſiurandum, cùm nulla niſi naturalis ſubeſſet? Aut cur dicamus ciuilem obligationẽ non tolli, cùm tollatur etiã naturalis, quæ tamen multo difficilius tollitur? *leg. Iulianus verum debitorem 60. infr. de cond. indeb.* ſitque iuſiurandum ſimile non tantùm tranſactioni, & rei iudicatæ *l. 1. & 2 ſupr.* ſed etiam nouationi, & delegationi *d. l. qui iuraſſe §. vlt.* & ſolutioni *l. 27. & 18. §. 1.* & denique acceptilationi *l. 40. ſupr.* His ſiquidem modis omnibus conſtat & naturalẽ obligationẽ tolli & ciuilẽ ſi qua ſubſit. Ratio autẽ dubitandi ad hanc primam partem diſtinctionis, quã ex Iuliano Põponius probat, illa erat, quòd iuſiurãdum inter alios delatum & præſtitũ aliis nec prodeſſe debeat, nec nocere *l. nam poſteaquam 9. §. vlt. & legib. ſeqq. hoc tit.* in propoſita autem ſpecie iuſiurandum nec delatum fuerat à creditore alij quã pupillo, nec ab alio præſtitum, quã à pupillo, ergo non debet etiã fideiuſſorib. prodeſſe. Decidendi verò illa eſt, quòd obligatio fideiuſſorum acceſſoria eſt, nec proinde poteſt ſubſiſtere ſublata principali, vt diximus ad *d. l. iuſiurandum 40. ſup.* Atqui cùm pupillus ex cõuentione & delatione iurat ſe omnino non accepiſſe mutuam pecuniam, nulla poteſt ſupereſſe obligatio, ne quidem naturalis, cui fideiuſſor accedere potuerit, præſertim cùm proponeretur cõueniſſe inter creditorem & pupillum, vt ab omni condicione diſcederetur, ſi pupillus iuraſſet ſe dare non oportere. Fideiuſſores ergo liberatos quoque eſſe neceſſe eſt, & quidem ipſo iure, ſi meram iuris rationem ex rei veritate æſtimes, ſed tamen tutiùs per exceptionem propter implicitam quæſtionem facti, ſubeſt enim illa ex iuriſdictione pendens quæſtio, vt Claudius loquitur ad Scæuolam in *l. filia 88. de ſolut.* de qua re iuratum ſit, & qua lege ac condicione iuſiurandum delatum ſit.

b *Si verò creditor quidem.* RAT. DVB. Quod pupillus ſine tutoris authoritate mutuum accepit, ita demũ eum obligat naturaliter ne quod pubes factus ſoluerit repetere poſſit, ſi locupletior ex eo mutuo factus ſit *l. naturaliter 13. §. vlt. infr. de cond. indeb.* nam vt ex Pomponio noſtro ſubiicitur in *l. ſeq.* hoc natura æquum eſt neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem *l. iure naturæ 206. de reg. iur.* Ergo vt pupillus ne quidẽ naturaliter obligatus dici poſſit, & cõſequenter, vt fideiuſſores ab eo dati liberẽtur ſaltem per exceptionem, ſatis eſt, hoc ſolo defẽdi pupillũ quòd tutor eius non interuenerit, ſi non in contrarium alleget creditor factum eum ex mutuo locupletiorem. Proinde iuſiurãdum tale pupilli in hac quoque ſpecie fideiuſſores tueri debet tanquam qui nulli obligationi acceſſerint, ne quidem naturali. DEC. Pupillus qui mutuam pecuniam accepit, & ex ea factus eſt locupletior, in eo differt à pupillo, qui locupletior factus non eſt, quod obligatur non ſolùm naturaliter eo quo ſuprà diximus modo, ſed etiam iure naturali adeóque ciuili poſt reſcriptum Diui Pij, qui hoc caſu etiam actionem contra pupillum induxit *d. l. 3. §. pupillus l. ſi pupilli 6. in prin. l. Neſennius 34. ad fi. de neg. geſt. l. 3. in pr. inf. Commod.* non etiam is, qui locupletior factus non eſt *d. l. pupillus 59. infr. de oblig. & actio.* Atqui vt pupillus, & alius quilibet fideiuſſorem dare poſſit, nec ſoluti repetitionem habeat, ſufficit vt obligatus ſit naturaliter, quamuis nec ciuiliter, nec iure naturali, adeóque ſi de fideiuſſore duntaxat dando quæratur, ſola ſufficit naturalis obligatio etiam contra iuris ciuilis regulas contracta, vt puta ſi quis à pupillo ſine tutoris authoritate ſtipulatus ſit *d. l. 1. in fi. de nouat. d. l. ſi pupillus 35 ſup. de recept. qui arbitr. recep. dict. l. ſi pupillus 127. de verb. obl.* Ergo cùm hoc ſit commune vtrique pupillo, ſiue locupletiori facto, ſiue non facto, vt naturaliter obligetur, ſolutumq; non poſſit repetere, quãuis authoritas tutoris non interuenerit, non poteſt iuſiurandum pupilli qui iurauit ſe quidem pecuniã mutuam accepiſſe, ſed authoritatem tutoris nõ interueniſſe, ideóq; nec dare ſe oportere, illam habere interpretationem & tam amplum effectũ, vt fideiuſſori quoque prodeſſe debeat, quoniam nec tale eſt, vt ex eo poſſit inferri pupillum non eſſe naturaliter obligatum: quem porrò naturaliter obligatum eſſe & manere ſufficit, vt fideiuſſor in obligatione retineatur: at non vt pupillus ipſe condẽnari debeat creditori aut ab eo conueniri poſſit, cùm naturalis obligatio actionem parere nequeat, multo minus condemnationem. Hoc verò Bartolus malè explicat, qui ſic intelligit, vt hoc caſu per iuſiurandũ pupilli tantùm perſona eius ab obligatione eximatur, obligatio autẽ ipſa retineatur, quod certè dici non poteſt, nam perſona pupilli non eximitur à naturali obligatione, ſed tantùm à ciuili, quæ contracta fuiſſet, ſi pupillus vel tutore authore mutuam pecuniã accepiſſet vel ex ea pecunia locupletior factus

fuiſſet

fuiſſet. Obligatio autem retinetur naturalis tantùm non etiam ciuilis, & ideo nimirum pupillus non poteſt condemnari, vt diximus. Sed ea res non prodeſt fideiuſſori, quominus & conueniri poſſit & condemnari, quia non ex ciuili obligatione pupilli, ſed ex ſua propria conuenitur, quam contraxit, promittendo per ſtipulationem. Longéque alia ſpecies eſt *l. Granius 71. infr. de fideiuſſ.* vbi vnius ex pluribus obligatis perſona tantum eximitur ab obligatione, quæ tamen quod ad alterum ſalua & integra manet. Quod ergo ſcriptum eſt in *d. l. naturaliter 13. §. vlt. inf.* Pupillum, qui mutuam pecuniam accepit, & locupletior factus eſt, ſi pubes factus ſoluat, non repetere, non ſic accipi debet, quaſi à contrario ſenſu velit Paulus innuere: poſſe igitur repetere, ſi locupletior factus non ſit: eſſet enim id abſurdum, pugnaretque maximè cum hac lege & aliis ſupradictis, vt nos ad eum locum dicemus.

c *De facto an de iure.* RAT. DVB. Non poteſt nec debet iurari de iure, ſed tantùm de facto *l. in duobus 28. §. ſupr.* ius enim ſemper certum eſt, factũ verò incertum & probandum *l. 2. de iur. & facti ignor.* Malè igitur Paulus hîc ponit etiam de iure poſſe iurari, niſi dicas cum Accurſio, Paulum hîc ius dicere pro qualitate facti, vt in *l. 2. C. ſi contr. ius vel vtilit. pub.* DECIN. Qui iurat ſe dare non oportere, non de ſimplici iure iurat, ſed de facto ex quo ius oritur: ius enim ſemper in cauſa poſitum eſt, vt in *l. ſi ex plagis 52. §. in cliuo Capitolino ſupr. ad leg. Aquil.* Idque apparet ex vulgari illa formula veteri iudiciorum, *ſi paret Titium Sempronio dare decem oportere*, quod actores omnes intendebant in omnibus condictionibus *§. appellamus Inſtit. de action.* Quibus verbis cognitionẽ facti mandabat iudici Prætor, qui ipſe de facto cognoſcere non poterat ante *l. 2. C. de pedan. iudic.* Neq; verò ponit hîc Pomponius iuratum eſſe de iure, nec diſtinguit, an de iure, an de facto iuratum ſit, ſed quod longè diuerſum eſt, an de iure, an de facto controuerſia fuerit: illæ enim quæſtiones, an pupillus conuentus condictione certi ex mutuo, tanquã ciuiliter quoque obligatus (alioqui nec conueniri poſſet, vt diximus) pecuniam mutuam acceperit, nécne; an cum tutoris authoritate; an non & an ex pecunia illa locupletior factus ſit, aut non, quæſtiones facti ſunt non iuris, ſed ex quibus tamen ius illud oritur, vt pupillus vel naturaliter tantùm obligatus ſit, vel ciuiliter quoque, vel nullomodo. At iuris quæſtio illa eſt, an pupillus, qui mutuam pecuniam accepit ſine tutoris authoritate, nec locupletior factus eſt, naturaliter obligetur, & an iure etiam naturali, an & ciuili: de qua iuris cõmunis quæſtione, ſicuti iudex nunquam pronunciat, ita ne iurari patitur, ſed tantùm de iure priuato actoris vel rei *dari ſc. oportere vel non oportere*, vt bene Bartolus diſtinguit. Qua iurandi aut pronuntiandi formula ioris equidem quæſtio continetur, ſed implicita quæſtioni facti, & de qua ꝓinde ita iurari nihil ꝓhibet.

d *Intelligere debemus id actum inter eos.* RAT. DVBIT. Facienda potius interpretatio eſt contra iurantem, qui apertiùs & liquidiùs iurare potuit, ex regula *l. veteribus 39 ſup. de pact. l. in duobus 28. §. igitur ſi quis in fin. ſupr. hoc tit.* aut ſaltem debet interrogari is, qui iurauit ex qua cauſa iurauerit, vt in ſpecie *d. l. in duobus § ſi ei qui.* Ergo non debet in dubio intelligi id actum, vt ſi pupillus iuraſſet ſe dare non oportere, ab omni condicione diſcederetur. DECIN. Proniores eſſe debemus ad deliberationem, quàm ad obligationem aut inducendam aut retinendam *l. Arrianus 41. infr. de oblig. & action.* Ergo vt pupillus à naturali quoque obligatione non minus quàm à ciuili liberetur, & conſequenter fideiuſſor à ſua quoque & naturali & ciuili, dicendum eſt in dubio id actum videri inter creditorem & pupillum, vt ſi pupillus iuraſſet ſe dare non oportere, ab omni condicione diſcederetur: eſt enim ſemper probabilior illa præſumptio, vt qui iurauit, de toto iuraſſe intelligatur, vt in *l. ſi duo 13 §. idem Iulianus ſup.* ſi modò iuriſiurandi verba eam interpretationem patiantur, nec repugnent. Non autem repugnant generalia illa *pupillum dare non oportere.* nec cauſa vlla eſt, cur debeat fieri interpretatio contra iurantem, qui in potius contra deferentem qui deferendo potuit legem apertiùs dicere quàm iuraturus ſequi omnino cogeretur *l. 3. §. vlt. ſupr.* is enim qui defert, legem dat iuriiurando, non is qui iurat. Aliud probandum eſſet, ſi ex alia & noua cauſa ageretur, de qua probabiliter dubitari poſſet, an iureiurando iam præſtito deciſa eſſet. Tunc enim iis diſtinctionibus locus eſſet, de quibus in *d. l. in duobus § ſi ei qui & §. igitur ſi quis*, vt bene Bartolus obſeruauit. Hîc enim agitur ex eadem cauſa contra fideiuſſorem, ex qua actum fuerat contra pupillum de eadem pecunia credita licet alia & ſeparata actione, eadémque tractabatur facti quæſtio *d. l. in duobus §. exceptio ſupr.*

1 ¶ Si fideiuſſor iurauerit ſe dare non oportere, exceptione iuriſiurandi reus promittendi tutus eſt. atquin ſi, quaſi omnino idem non fideiuſſiſſet, iurauit, non debet hoc iuſiurandum reo promittendi prodeſſe

*Ad §. 1. Si fideiuſſor.*

RAT. DVBIT. Non quemadmodum debitoris iuſiurandum prodeſſe fideiuſſori poteſt, quoties ſc. debitor in totum liberatur, id eſt, à naturali quoq; obligatione, vt diximus ad initium huius legis, ita & è contrario iuſiurandum fideiuſſoris prodeſſe reo debet. nam cùm iuſiurandum habeat vim pacti conuenti *l. tutor pupilli 35. §. 1. ſup.* certum eſt pacta fideiuſſoris non poſſe reo prodeſſe, quamuis pacta rei proſint fideiuſſori, niſi ſint omnino perſonalia *l. & heredi 21. §. vlt. & legib ſeq. ſupr. de pact.* nempe quia debitoris intereſt fideiuſſorem liberari qui contra eum habiturus eſſet regreſſum actione mandati vel negotiorum geſtorum *l. 5. de liber. legat.* & per fideiuſſorem perueniretur ad reum *l. cùm lex 46. infr. de fideiuſſ.* At nihil intereſt fideiuſſoris reum liberari, quoniam fideiuſſoris obligatio acceſſoria eſt, quæ commodè poteſt tolli ſubſiſtente principali *d. l. 21 §. vlt. de pact.* DEC. Iuſiurandum non modò pacti & rei iudicatæ vim habet, ſed etiam ſolutionis *l. iuſiurandum 27. ſup.* Atqui per ſolutionem à fideiuſſore factam etiam reus liberaretur, quia licèt duæ ſint obligationes debitoris & fideiuſſoris, vnica tamen ſolutione tolluntur *leg. vlt. Cod. de fideiuſſ.* ſicut & obligatio correorum debendi *l. 2. §. 1. de duobus reis leg. vlt. C. eod.* Ergo & per fideiuſſoris iuſiurandum reum quoque liberari dicendum eſt, non minus quàm fideiuſſorem per iuſiurandum rei *l. in duobus 28. §. 1. & 2. ſupr.* nimirum ſi de contractu ipſo & de re, non de

ſua tantùm perſona fideinſſor iurauerit, vt ibidem ſcriptum eſt. Nam ſi quaſi omnino idem non fideiuſſiſſet, iurauerit fideiuſſor ſe dare non oportere, non debet hoc iuſiurandum reo prodeſſe, vt ſubiicit hîc Pomponius, ſed ſoli fideiuſſori, cuius perſona ſola obligatione exempta intelligitur, non etiam obligatio principalis ſublata, vt & in *leg. Gramius 71. infr. de fideiuſſ.* In dubio tamen de contractu ipſo, & de omni obligatione iuratum intelligitur, vt ex initio huius §. conſtat, & ex fine reſponſi præcedentis, id eſt, aut contractum nullum interueniſſe, cui fideiuſſor acceſſerit, vel accedere potuerit, vel ſi quis præceſſerit ſublatam extinctámque omnem obligationem fuiſſe, aut acceptilatione, aut ſolutione vera, aut quo alio modo ex iis quibus placuit obligationes omnes etiam legitimè contractas, legitimè tolli poſſe: de toto enim iurare ſemper in dubio quilibet intelligitur *leg. ſi duo 13. §. idem Iulianus ſupr.* Iunge quæ ſcripſi ad *dict. leg. in duobus §. 1. & 2. ſupr.*

2 ¶ Sed & ſi, actore deferente, defenſor abſentis, vel præſentis iurauit, eum, quem defendit, dare non oportere: exceptio iuriſiurandi ei, cuius nomine iuratum fuerit, dari debebit. Eadem ratio eſt, & ſi fideiuſſoris defenſor iurauerit: reo enim datur exceptio. 3 ¶ Item, ſi reus iurauit, fideiuſſor tutus ſit. quia res iudicata ſecundum alterutrum eorum, vtrique proficeret.

*Ad §. 2. Sed etſi actore deferente.*

RAT. DVB. & DECID. Eadem eſt quæ ad *l. nam poſteaquàm 9. §. iuſiurandum ſupr. hoc tit.* vbi latè diximus, nec importuna repetitione longiores commentarios noſtros facere noſtri vel otij, vel inſtituti eſt. Sed quod in hoc §. additur, eandem rationem eſſe, ſi fideiuſſoris defenſor iurauerit, reóque dari exceptionem debere nouum eſt, nec enim aut in *d. §. iuſiurandum*, aut alibi vſpiam tale quid proditum eſt, vt bene obſeruat Accurſius: recipit autem dubitandi rationem aliquam nouam ex eo quòd eius qui fideiuſſorem defendit, perſona omnino extranea eſt reo, qui cum eo nec contraxit, nec quaſi contraxit, vt proinde tanto difficilius videatur per eum, tanquam per liberam perſonam acquiri exceptionem reo, cui vix per fideiuſſorem ipſum acquiritur, vix etiam fideiuſſori ipſi per eius defenſorem. DEC. tamen ratio illa eſt, quòd defenſoris eadem perſona eſſe videtur, quæ ipſius qui defenditur, cùm defendere nihil aliud ſit quàm eandem vicem, quam reus ſubire *l. miner 51. §. defendere ſupr. de procurat.* nec proinde valde refert, an fideiuſſor, an defenſor fideiuſſoris iurauerit. Eadem igitur diſtinctio adhibenda eſt, quam in fideiuſſore ipſo adhibuimus in *§. præced.* an de contractu, & re ipſa, an verò de ſola fideiuſſoris perſona iurauerit. Quod autem ſequitur, ſi reus iurauerit fideiuſſorem tutum eſſe, generaliùs, & indiſtinctè verum eſt, dummodò ita reus iurauerit, vt ſe ab omni obligatione & naturali & ciuili exemerit, vt dictum eſt initio huius legis: quoniam ſublata principali non poteſt ſubſiſtere fideiuſſoria, quę non niſi acceſſoria eſt. Sed quod rationis loco ſubiicitur, *quia & res iudicata, ſecundum alterutrum eorum vtrique proficeret*, non adeo generaliter accipi debet, vt hac parte ratio eadem omnino ſit iuriſiurandi, & rei iudicatæ. Nam res cum ſolo reo, vel cum ſolo fideiuſſore iudicata, ita demum prodeſt alteri ſi is aduerſus alium, pro quo iudicatum eſt, regreſſum habiturus ſit, non aliter, vt poſt Accurſium bene concludit Bartolus ex *l eg. aduerſus 29. ſupr. de recept. arbitr.* Quid enim ſi quis fideiuſſerit animo donandi, vel in rem ſuam? vt in *leg. ſed ſi fideiuſſor 24. ſupr. de pact. l. 5. de liber. legat.* At in iureiurando hoc amplius eſt, quod habet vim ſolutionis *l. 27. ſupr.* & ideo vnius iuſiurandum ſiue rei, ſiue fideiuſſoris, alteri quoque prodeſſe neceſſe eſt *leg. in duobus 28. §. à fideiuſſore*, vbi diximus *ſupr.*

# DE IN LITEM IVRANDO.

## TITVLVS III.

VLPIANVS libro 51. ad Sabinnm.

REM in iudicio deductam non idcirco pluris eſſe opinamur, quia creſcere condemnatio poteſt, ex contumacia non reſtituentis, per iuſiurandum in litem. non enim res pluris fit per hoc, ſed contumacia æſtimatur vltra rei pretium.

*Ad leg. 1.*

EST etiam hic Titulus De iureiurando, ſed longè alio, quàm de quo ſuperior. Ille enim fuit de iureiurando deciſorio ſiue in lite, ſiue extra litem præſtando, hic verò de in litem iurando: per iuſiurandum illud lis ſi qua eſt, vel præſens, vel futura deciditur, per hoc lis non deciditur, ſed decidenda æſtimatur, ſciendum enim eſt ad totius huius Tituli ſententiam aſſequendam, ita comparatum fuiſſe ius vetus, vt res petita ſiue danda ſiue facienda eſſet, nunquam in ſententiam & coudem-

Digitized by Google

condemnationem deduceretur, ſed eius æſtimatio. Eáq; litis æſtimatio dicebatur, cuius tam frequens ſit mentio in libris noſtris: nempe quoniam non aliter fieri potuiſſet executio iudicati: cùm Prætor neminem vnquam cogat præciſè ad factum, quia ſine vi & impreſſione id fieri non poſſit, quam nimis exoſam ſemper habuit, vt habere debuit ciuilis legiſlator *l. ſi quis ab alio 13. in fin de re iudic. l. ſtipulationes non diuiduntur 72. l. quoties quis alium 81. de verb. oblig.* Siue autem in dando ſiue in faciendo verſaretur condemnatio, factum ſemper aliquod in executione iudicati interuenire oporteret, ſiquidem datio, quæ nihil niſi dominij tranſlatio eſt *l. vbi autem 75. §. vlt. eod. l. non videntur data 167. de regul. iur.* non poteſt fieri niſi per traditionem *l. traditionibus 20. C. de pact. l. traditio 20. de acquir. rer. dom.* traditio autem facti eſt *l. conſilio 7. §. vl. infr. de curat. furioſ.* At cùm pecuniaria condemnatio eſt, quod fit per litis æſtimationem, nihil facilius eſt, quàm vt iudicati executio fieri poſſit: captis ſcilicet pignoribus ex bonis debitoris, ex quorum venditione explicetur poſtmodum ea pecunia, quæ in condemnationem deducta eſt, ſi debitor vltro non ſoluat & ſatisfaciat *l. 4. § ait Prætor infr. de re iudic. & tota l. à Diuo Pio 15. eod tit.* Ita enim euenit, vt condemnatus nihil facere cogendus ſit, ſed tantùm pati: in quo nulla vis & impreſſio conſiſtit, vt pluribus à nobis tractatum eſt in *error. 2. Decad. 85. de error. pragmat.* & aliis pleriſque locis. Manſitque hoc ius ad tempora vſque Triboniani, qui primus ſub Vlpiani quidem nomine, ſed Imperatorem agens conſtituit in *leg. qui reſtituere 68. de rei vindic.* vt qui dare vel reſtituere rem aliquam iuſſus eſt, præciſè cogi poſſit ad tradendam eam & reſtituendam, adeóque ſi opus ſit manu militari. Indeq; cœpit dici poſſe quod idem Tribonianus dixit in *l. vlt. Cod. de fidei liber.* fatuum eſſe iudicem, qui pro re petita condemnat reum ad æſtimationem. Sed nos in explicandis Pandectarum libris totum hoc ius Tribonianeum parum curamus, & prudentum reſponſa non melius quàm ex vera iuris veteris ratione interpretari poſſumus. Quoniam igitur litis æſtimatio ſemper in condemnationem deducenda erat, & aliquando contingebat, vt per iuſiurandū actoris litem æſtimari oporteret, neceſſarius fuit hic tractatus, vt ſciretur, quando & quomodo, ac in quibus demum actionibus iurandum eſſet in litem, non enim omni caſu & paſſim iuratur in litem, ſed eo tantùm caſu, quo dominus inuitus re ſua carere cogatur ob contumaciam poſſeſſoris nolentis rem reſtituere arbitrio iudicis, aut non valentis, quia dolo malo deſierit eam poſſidere: nemo enim rē ſuam inuitus vendere cogitur iuſto pretio *l. tutor 8. infrà hoc tit. leg. ſi filiofamilias 25. §. maritum ſolut. matrim. leg. non enim 9. rer. amot. l. eius rei 46. & ſeq dict. leg. qui reſtituere 68. l. nec quaſi 70. ſup. de rei vindic. leg. vltim. infr. de fideiuſſ.* Nec in rei vindicatione tantùm id contingit, per quam dominium ipſum aſſeritur, ſed etiam in pleriſque actionibus perſonalibus & bonæ fidei, vt depoſiti, commodati, pignoratitia, & aliis ſimilibus ſi actor ſit dominus *l. in actionibus 5. hoc tit.* Alioqui non iuratur in litem extra caſum *d. l. in actionibus §. planè*, id eſt, cùm res ex contractu ſtricti iuris debita poſt moram perit ante litem conteſtatam. Quo caſu cùm præſentis temporis æſtimatio debeatur, non tamen poteſt iudex ſine iureiurādo actoris æſtimare rem, quæ non extat. Extra hunc caſum non puto iurari vnquam in litem, ne ab eo quidem qui dominus aliquādo fuerit, aut qui per actionem propoſitam dominus fieri velit: quod euenit in omnibus condictionibus, quibus actor intendit aduerſarium dare oportere *§ appellamus Inſtit. de action.* Hic verò primus Accurſij & Bartoli aliorumque error eſt exiſtimantium etiam in actionibus perſonalibus, quæ ad faciendum dantur, poſſe iurari in litem, exceptis contrariis & actione ex empto, itemque in actione hypothecaria, quòd illa in rem ſit, licet non de dominio, ſed de pignore in ea quæratur, de quo latiùs dicendum erit ad *d. leg. in actionib. inf.* Porrò cùm hoc contingit, vt domino permittatur rem ſuam æſtimare per iuſiurandum in litem, mouet Vlpianus in hac lege, rem in iudicium deductā non pluris eſſe per hoc, quòd creſcere poſſit condemnatio ex contumacia non reſtituentis per iuſiurandum in litem: non enim res pluris fit per hoc inquit, ſed contumacia æſtimatur vltra rei precium: ſic enim legendum eſt, non vt vulgo *ex contumacia*, vt docui *lib 16. Coniect. cap. 17.* Eò autem hæc lex pertinet, vt intelligamus quid & quantum præſtare debeat is, qui ex ſua promiſſione, vel qua alia de cauſa tenetur, *quanti res eſt* nulla certæ pecuniæ ꝓmiſſione facta, in *leg. 2. § vltim. ſup. qui ſatiſd. cogantur leg. penul. § 1. Ne quis eum qui in ius vocab. vi exim. l. 4. § vltim. ſi quis caution. leg. inter hæc verba 179. leg. hæc verba 193 de verb. ſignificat.* Nimirum debet præſtare veram æſtimationem non eam, quæ poſſit creſcere, aut quæ iā creuerit per iuſiurandum in litem, vt in eleganti ſpecie *d. leg. vltim. de fideiuſſ.* vbi dicitur, quod magis eſt, condemnationē quæ per actoris iuſiurandū in litem creuit, non ſolùm non facere, vt res pluris eſſe videatur, ſed nec augere poſſe quantitatem eius, quod intereſt, quamuis illa vt plurimum incerta ſit, & capax augmenti ac diminutionis *l. vlt. inf. de ſtipulat prætor.* ita vt procurator, qui in rem egerat, & dato fideiuſſore, ratam rem dominum habiturum victus fuerat, ſi poſtea conueniatur, eiuſve fideiuſſor à reo tandem condemnato in magnam quantitatem ab actore æſtimatam per iuſiurandum in litem ob contumaciam rei, qui rem reſtituere noluerat, non plus ex ſtipulatione de rato aut ipſe aut fideiuſſor eius præſtare debeat, quàm veram quantitatem eius quod intereſt, in qua non continebitur ea ſumma, quę acceſſit per iuſiurandum in litem, cum non debeat, inquit lex, imputari fideiuſſoribus, quod ille propter ſuam pœnam, id eſt, in pœnam ſuæ contumaciæ præſtitit. Nec ad rem pertinet, quod dici ſolet, inſpici debere illud etiam, quod poteſt euenire ex *l. qui bona 15. §. cum inter infra de dā. infect. l. ſi quis domum 9. §. 1. infr. locat.* Nam præter id quod brocardicum hoc debet ita intelligi, ſi res illa ſit ordinata, & vt Bartolus loquitur, deſtinata ad id quod poſtea euēnit, excluditur ſemper id, quod dolo & culpa alterius poteſt contingere, quia nec naturaliter euēnit, nec iure, ideoque prouideri nec potuit, nec debuit: non enim aduentitij caſus computandi ſunt *l. Iulianus 6. inf. qui & à quibus manum.* Et improbitatem dolumque hominis vllius expectare non magis aut ciuile, aut naturale eſt, quàm caſum aduerſamque fortunam, quæ tamen etiam optimo cuique poſſit accidere *l. inter ſtipulantem 83. § ſacram in fin. de verb. oblig.* Et certè cùm præſens rei æſtimatio certa ſit, quæ verò per contumaciam creſcere poteſt, incerta, nemo negauerit, maiorem habendam eſſe rationem eius quæ certa, quàm illius quæ incerta eſt, vt in *leg. cùm quædam 19. § ſupr. de iuriſdict.*

Cum hac autem lege mirificè conſentit, quod Accurſius adducit ex Iauoleno in *l. cùm pater 60. §. legato infr. ad leg. Falcid.* legato petito cùm in litem iuratum eſt, rationem legis Falcidiæ non eius ſummæ in quam legatarius iurauit haberi debere, ſed eius quanti reuera id fuit quod petitum eſt. Nam id, inquit lex, quod pœnę cauſa adcreuit, in legem Falcidiam non incidit, ſicuti nec quod ex ſtultitia emptoris res aliqua pluris æſtimata ſit, quàm reuera fuerit *l. alienus 61. eod. iunct. l. non dubium 14. §. vlt. de legat. 3.* Rerum enim precia communiter funguntur non ex adfectione & arbitrio ſingulorum *l. ſi ſeruum meum 33. ſup. ad leg. Aquil.* nec habetur ratio adfectionis niſi in ſpecie *l. cùm ſeruus 54. infr. mandat.* propter ſpecialem illius legis rationem, de qua ibi dicemus. Miror verò Accurſium & Bartolum tractare hîc de fideiuſſoribus Iudicio ſiſti & Iudicatum ſolui, cùm non ignorauerint fideiuſſorem Iudicio ſiſti non teneri poſt ſententiam, quia litis tantùm exercendæ non iudicati ſoluendi gratia accipitur, vt diſertè ſcriptum eſt in *l. gracè 8. §. & poſt litem*, vbi mallem legere *exercitionis*, quàm vt vulgo *exercitationis*. dicitur enim lis exerceri non exercitari *infr. de fideiuſſ.* ſtipulationem verò Iudicatum ſolui, quæ ex tribus clauſulis primam habet de iudicato ſoluẽdo, committi in omne id quod iudex pronunciauerit *l. 6. & 9. infr. iudic. ſolui.* Nam quod Bartolus, vt hanc de ſtipulatione Iudicatum ſolui interpretationem tueatur, reſpondet reſtringi hoc debere ad actiones arbitrarias in quibus ait duplicem ferri ſententiam, vnam ad rem dandam, alteram ad æſtimationem quæ facta ſit per iuſiurandum in litem, & fideiuſſorem ex prima tantùm ſententia conueniri poſſe non ex ſecunda, prorſus ridiculum eſt, non ob id ſolùm, quòd ſtipulatio Iudicatum ſolui, quæ adiunctam ſemper habet ſatiſdandi neceſſitatem, vt cæteræ omnes ſtipulationes prætoriæ *l. generaliter 5. de prætor. ſtipulat.* non ad arbitrarias tantùm actiones pertinet, ſed & alias quoque omnes quibus conueniri & condemnari reus poteſt, verùm etiam quia per priorem illam ſententiam, quam Bartolus ait ferri in actionibus arbitrariis, puta per quam in rei vindicatione pronunciatur rem eſſe petitoris, nulla vnquam fit condemnatio non magis ad rem, quàm ad æſtimationem, ſed tantùm facti quæſtio deciditur, cuius res ſit, eam verò pronunciationem poſteà ſequitur arbitrium iudicis de re reſtituenda cum fructibus, *l. & ex diuerſo 35. §. 1. ſupr. de rei vindic.* Cui arbitrio ſi non pareatur, tum demum ſequitur condemnatio quanti actor in litem iurauerit *d. l. qui reſtituere 68. eod. tit. §. præterea Inſtit. de action.* Quæ cùm Bartolo ſecunda ſententia ſit, apparet non niſi ex ea poſſe conueniri fideiuſſorem Iudicatum ſolui, quia nec niſi ex ea ſoluendum quicquam eſt: ſiquidem prima nec de ſoluendo, nec de reſtituendo quicquam pronunciat, ſed hoc tantùm rem eſſe petitoris, vt arbitrio viam aperiat de re reſtituenda, & poſt redditum arbitrium condemnationi, ſi victus poſſeſſor arbitrio non ſatisfaciat. Priùs ergo ſecundam illam ſententiam latam eſſe neceſſe eſt, quàm de ſoluendo tractari quicquam poſſit, ac proinde quàm de ſtipulatione iudicatum ſolui, quæ tota ad ſolutionem ſoluendique condemnationem & neceſſitatem, vt præ ſe fert nomen ipſum ſtipulationis, confertur; nam & idem eſt in ſtipulatione ratam rem haberi, vt conſtat ex *d. l. vlt. de fideiuſſ.* Neque verò Accurſius in ſecunda illa ſua interpretatione ad quam Bartolus accommodat exemplum ſtipulationis iudicatum ſolui, de ea tamen ſtipulatione loquitur; ſed tantùm ponit datos eſſe fideiuſſores idoneos, inſpecta, inquit, quantitate quæ petitur, poſteà verò condemnatum eſſe in maiorem quantitatem per iuſiurandum in litem ob ſuam contumaciam eum qui fideiuſſores dedit. In quo tamen ipſo rurſum ille fallitur. Nec enim pro quantitate petita defertur vnquam iuſiurandum in litem niſi in caſu, *l. 3. infr.* ſed tantùm pro corpore, quod aliam atque aliam poſſit recipere ęſtimationem, & in quod probabilis cadat affectio, vt eam rem & ſpeciem habere dominus malit, quàm aliam quamlibet eiuſdem ſpeciei, nec eam velit iuſto ſuo precio vendere, cùm non ſicut quantitas recipit functionem in ſuo genere, ita & ſpecies in ſua ſpecie *l. 2. §. mutui datio ſupr. de reb. credit.* Et præterea certiſſimum eſt fideiuſſoris obligationem, qui non niſi certæ quantitatis nomine interuenerit ex poſtfacto augeri nunquam poſſe *d. l. 2. §. vlt. ſupr. qui ſatiſd. cogant. d. l. 4. §. vlt. ſupr. ſi quis caution.* Non ergo debuerunt interpretes noſtri accommodatius exemplum vllum ad hãc legem quærere, quàm ex *d. l. vlt. de fideiuſſ. & d. l. cùm pater 60. §. legato ad l. Falcid.* Etſi verò admittimus fideiuſſorem iudicatum ſolui, teneri etiam in actionibus arbitrariis ad omnem eam quantitatem, quæ in condemnationem amplior deducta ſit, ob iuſiurandum in litem quod actor propter contumaciam rei præſtiterit, negamus tamen hoc fieri, ex eo quod res hodie tanto pluris ſit, contrà quàm in hac lege ſcriptum ſit, ſed ex verbis ipſis ſtipulationis, quæ cùm de iudicato ſoluendo concepta ſint, omne id continet quod iudex pronunciauerit, ex quacunque tandem cauſa id fecerit *d. l. 9. iudic. ſolui.* ne alioqui diuiſa condemnatione ipſa quoque ſtipulatio diuiſa videretur. Qua ratione nec mihi placet, vt neque aliis pleriſque interpretibus, quod ex hac lege tanquam notatu dignum Bartolus infert, ſi in cauſa criminali fideiuſſor interuenerit de iudicato ſoluendo, & ſtatutum dicat quod propter contumaciam, vel negationem pœna augeatur, fideiuſſorem ad illam pœnam non teneri, tanquam quæ non maleficij pœna ſit, ſed contumaciæ & negationis. Ita enim fit, vt & condemnatio & ſtipulatio diuidatur, quod eſt ridiculum, poſſetque ſententia illa & ratio Bartoli procedere eo tantùm caſu quo duplex lata eſſet ſententia, vna de pœna maleficij, altera de pœna contumaciæ, vt iam ante nos Fulgoſius & Alexander contra Bartolum diſputarunt. Illud probabilius & humanius eſt, quod ſubiungit idem Bartolus, ſi cui maleficio per ſtatutum certa pœna pecuniaria imponatur, quam ſi ſoluere non poſſit reus amputationem manûs pati debeat, augeatur verò pœna illa propter negationem vel contumaciam rei, poſſe illum euitare pœnam corporalem ſoluendo pecuniariam ſtatuto impoſitam maleficio, quoniam, vt bene hîc notat Baldus, pœna contumaciæ non dicitur pœna principalis: cúmque ad certam quantitatem reſtricta ſit, eámque minorem, quàm quæ ob contumaciam deducta eſt in cõdemnationem, maligna certè eſſet illa interpretatio, quæ ſtatutariæ pœnæ iungeret pœnam contumaciæ, vt tanto difficilior miſero reo ſolutio eius redderetur, ac proinde corporalis pœna tanto faciliùs incurreretur *arg. leg. ſi ſeruos 25.* in illis verbis, *ita nec tamen efficere rem pign. vt grauis ſit debitori ad recuperãdũ &c. infr. de pign. act.* In fideiuſſore autẽ Iudicatũ ſolui optimũ Bart. cõſilium

lium eſt, vt ab eo actor ſtipuletur, totius dubitationis tollendæ gratia, non tantùm pœnam & condemnationem omnem quæ ſequetur ex maleficio illo, vel accuſatione, vel inquiſitione, ſed addat, vel *ex proceſſu*, vel *ex iudicio*, vt ſic videatur etiam promittere pœnam, quæ veniret ex contumacia. Sic enim res eſſet clarior, ſed non tamen certior, quàm cùm interpoſita eſt ſtipulatio Iudicatum ſolui, dummodò ſimpliciter interpoſita ſit, ita vt referri poſſit ad omne id quod iudex quoquomodo, & ex quacunque cauſa pronunciauerit, vt in *dict. l. 9. Iudic. ſolui.* non etiam ſi reſtricta ſit, vt apud Bartolum ad pœnam ex maleficio, vel accuſatione, vel inquiſitione debitam.

2. PAVLVS libro 13. ad Sabinum.

SIue noſtrum quid petamus, ſiue ad exhibendum agatur.

*Ad l. Siue noſtrum 2.*

Non placet quod Accurſius & Bartolus notant poſſe hanc legem continuè legi, ita vt incipiat nouus §. à verbo illo *Interdum* nec iungatur initium huius legis ſuperiori: nam imò verò pendet omnino initium legis huius à poſtremis verbis legis præcedentis, vſque ad verſic. *Interdum* à quo inchoandus eſt nouus §. Probátque optimè, quod docuimus ad legem ſuperiorem, per iuſiurandum in litem æſtimari contumaciam poſſeſſoris vltra rei pretium eo demùm caſu, quo dominus rem ſuam petat, & qua inuitus carere cogatur ob dolum & contumaciam poſſeſſoris nolentis rem quam ſcit alienam, reſtituere, malentíſque litis æſtimationem præſtare, atque ita inuitum dominum adigere ad rem ſuam vendendam. Quid enim aliud eſt vendere, quàm pro re pecuniam accipere? *l. naturalis 5. §. 1. infr. de præſcript. verb. l. 1. de contr. empt. l. 1. de rer. permut.* Vnde eſt quod tam multis iuris noſtri locis ſcriptum eſt præſtitam litis æſtimationem pro emptione eſſe, aut ſaltem ſimilem emptioni *l. 1. & 3. infr. Pro emptor. leg. 1. de æſtimat. act. l. eius rei 46. ſupr. de rei vindic. l. eum qui 7. §. ſupr. de public. in rem act. leg. ſi vt certo 5. §. 1. infr. Commod. l. ſi ſeruus 21. §. verſ. & ideo infr. de euict. leg. ſi propter 22. infr. rer. amot.* Atqui ſicut alienam rem emere nemo cogitur *leg. nec emere 16. C. de iur. delib.* ita nec quiſquam ſuam vendere iuſto pretio *leg. nec quaſi 70. ſupr. de rei vindic. leg. non enim 9. rer. amot.* Meritò igitur, & ex mera iuris neceſſitate vſus iuriſiurandi in litem hoc vno caſu introductus eſt. Ideóque nec de iurantis periurio quæri facilè ſolet *l. vlt. infr. hoc tit.* Quæ lex ideo reſtringenda videtur ad hoc iuſiurandum, nec ad illud extendenda, de quo diximus in Tit. præcedente, id eſt, quod ad litem decidendam, ſiue ex conuentione extra iudicium, ſiue in iudicio defertur: nam de periurio illius qui eo iuriſiurandi genere iuraſſet, quæri nunquam potuit olim *leg. 1. & 2. Cod. de reb. credit. & iureiur.* nec magis hodie, niſi ex conſtitutione Iuſtiniani in *leg. vlt. eod. tit.* Nec eſt contrarium quod additur in hac lege *ſiue ad exhibendum agatur.* Etſi enim per actionem ad exhibendum rem noſtram non petimus, ne tum quidem cùm ea actio præparatoria vindicationis eſt, ſed tantùm rei exhibitionem poſtulamus, vt exhibitam rem vindicare tanquam noſtram poſſimus, (quæ ad hunc verſiculum dubitandi ratio eſt.) is tamen qui actione ad exhibendum conuentus exhibitionem recuſat dolo malo non minùs contumax eſt, nec minore odio & pœna dignus, quàm ſi directa rei vindicatione conuentus reſtitutionem rei dolo malo recuſaret, cùm ita faciat ne rei vindicatione poſſit conueniri *leg. 3. §. præterea ſupr. ad exhib. & leg. in actionibus 5. infr. hoc tit.* nec enim poteſt quis rem aliquam iure Quiritium vindicare, quin vſurpet verba illa vindicationis ſolemnia, *Hanc rem ex iure Quiritium meam eſſe aio, leg. 1.* vbi diximus *ſupr. de rei vindic.* Quomodo autem dicet actor *hanc rem* ſi nondum ſit exhibita? Quamuis igitur actio ad exhibendum ex variis cauſis competat extra vindicationem, cùm detur omnibus quorum ex iuſta & honeſta cauſa intereſt rem exhiberi *d. l. 3. §. ſciendum eſt & paſſ. ſupr. Ad exhib.* non tamen alio caſu in ea poſſe iurari in litem exiſtimandum eſt, quàm in illa quæ vindicationis præparatoria eſt, quæ actionis ad exhibendum nomine potiſſimùm ſignificatur, quia & actio ipſa maximè propter vindicationes inducta eſt *leg. 1. eod. tit.* quia perinde cùm rei exhibitio, atque cùm exhibitæ reſtitutio denegatur, re ſua carere dolo poſſeſſoris, eámque vendere dominus cogitur contra rationem & æquitatem naturalem: quod in aliis caſibus non euenit, in quibus ex alia quàm dominij cauſa eadem actio ad exhibendum competit, ſicut & in actione furti diſtinguemus ad *leg. cùm furti 9. infr. hoc tit.* an iure dominij deferatur, an iure eius quod actoris intereſt ex alia quàm dominij cauſa ex *leg. ſi vendidero 80. §. cùm autem infr. de furt.* In exhibendis tamen inſtrumentis aliquid diuerſum eſt. Non enim inſpicimus, an actor ſit dominus chartæ, in qua inſtrumentum ſcriptum eſt, ſed an eius gratia ſcriptum ſit, & vtilitate ad eum pertineat *leg. ſi quis 6. §. ex hoc edicto & ſequentib. ſup. de edend. leg. pen. infr. hoc tit.* Denique cùm de inſtrumentorum exhibitione agitur, ſufficit vt actor dicat & probet inſtrumentum ſui iuris eſſe, licèt non etiam dominij *leg. non ignorabit 4. Cod. ad exhib. leg. pen. Cod. hoc tit.* Cæterùm omni caſu quo inſtrumenti exhibitio aliqua petitur & denegatur, magna præſumptio eſt doli contra nolentem exhibere, vt aiunt pragmatici. Rectè autem Paulus in hac lege verbis illis generalibus vtitur, *ſiue quid noſtrum petamus*, quoniam ad inducendum hoc iuſiurandum non eſt neceſſe, vt corpus aliquod & ſpeciem petamus, ſed ſufficit aliud quidlibet peti, dummodò ſit noſtrum etiamſi in iure conſiſtat, puta ſi ſeruitus vindicetur, aut aliud ius quodlibet. Nam & ſeruitutum & aliorum iurium, quamuis incorporalium vindicatio quædam eſt *tot. tit. ſi vſufr. petet. & ſi ſeruitus vindic.* & in ea vindicatione non minùs quàm rerum corporalium perinde iuratur in litem ex eadem iuris & æquitatis ratione *leg. harum actionum 7. in fin. ſupr. ſi ſeruit. vindic.* Sed etſi rem noſtram petere magis propriè dicimur cùm eam vindicamus *l. actio 28. infr. de obligat. & act. l. pecunia 178. §. actionis de verb. ſignific.* quia nec poteſt quiſquam ſuum dicere, niſi cuius vindicandi ius habeat *l. Quintus 27. §. argento de aur. & argent. legat.* petimus tamen interdum etiam res noſtras, puta depoſitas, commodatas, pignoratas actionibus perſonalibus & bonæ fidei, quamuis non tanquam noſtras, ſed tanquam nobis ex contractu debitas & reſtituendas. Ideóque in iis etiam iuratur in litem ad puniendam contumaciam & perfidiam reſtituere nolentis, vt dicemus *ad l. 5. infr.*

1 ¶ Interdum, quod interſit agentis, ſolùm æſtimatur: veluti cùm culpa non reſtituentis, vel non exhibentis punitur. Cùm verò dolus punitur, aut contumacia non reſtituentis, vel non exhibentis, quanti in litem iurauerit actor [a].

*Ad §. 1. Interdum.*

RAT. DVB. Siue dolo, ſiue culpa poſſeſſoris fiat, vt domino res ſua non reſtituatur, aut exhibeatur, perinde dominus rei ſuæ damnum incurrit, eámque vendere cogitur, & quidem iuſto precio, ſi non aliud poſſit conſequi à poſſeſſore, quàm quanti re verâ intereſt actoris. Atqui hoc eſt iniquum, & ea iniquitas eſt quæ iuſiurandum hoc in litem induxit, vt diximus ad *l. 1. ſupr. ex l. tutor 8. infr. hoc tit. l. ſi filiofamilias 25. §. maritum ſolut. matr. l. non enim 9. infr. rer. amot.* Ergo non minùs ob culpam iurandum eſt in litem, quàm propter dolum & contumaciam poſſeſſoris non reſtituentis, ſi modò carere dominus re ſua eámque vendere cogatur, quod vnum inſpiciendum eſſe videtur, præſertim cùm ei qui in culpa eſt, nunquam ſuccurrendum ſit, quippe qui culpam ſuam imputare ſibi debeat, quíque damnum quod ea culpa ſua ſentiet, nullum ſenſurus eſſe videatur ea regula *l. quod quis 103. de regul. iur.* DEC. Hoc iuſiurandum in litem inductum à prudentibus fuit, non tam fauore domini cui res ſua eripitur, quàm odio poſſeſſoris qui per contumaciam non vult reſtituere, atque ita dominum cogit pro re ſua pecuniam accipere. Sic enim facit, vt per rapinam ab inuito domino rem eius comparet, vt loquitur Pomponius in *l. nec quaſi 70. ſupr. de Publician.* vbi dixi & in *lege 69 praeced.* Eum qui dolo fecit quominùs poſſideret ne reſtitueret, hoc quoque nomine puniri, quòd actor cauere ei non debet actiones quas eius rei nomine habeat ſe ei præſtaturum, nec quaſi Publicianam ei dandam eſſe: alioqui ex improbitate ſua actionem conſequeretur, quod eſſe non debet *l. itaque fullo 12. §. 1. de furt.* Atqui maiore odio certè dignus eſt, qui dolo malo eripit domino rem ſuam, quàm qui per culpam. Ille enim raptor eſt *d. l. nec quaſi.* hic verò non item: nec enim rapina fit ſine dolo malo *l. 2. §. doli mali infr. vi bonor. rapt.* Nec habet dominus quod conqueratur qui pleniſſimam indemnitatem à poſſeſſore conſequitur, cùm is qui in culpa eſt condemnandus ſit ad omne id quod ipſius intereſt taxandum officio iudicis, ex dictis teſtium, & aliis litis inſtrumentis vt in *l. ſi traditio 4. C. de action. empt. leg. vnic. verſ. in aliis autem caſibus C. de ſentent. quae pro eo quod inter. profer.* quamuis plerunque accidat, vt inopia probationum id quod intereſt ad exiguam ſummam deducatur *l. vlt. infr. de ſtipulat. praetor.* Denique æſtimatio fit hoc caſu à iudice *l. 4. §. vlt. infr.* quæ per iuſiurandum in litem fit ab ipſo actore. Culpam tamen cùm hîc dicimus, leuem tantùm intelligere debemus, aut leuiſſimam, non eam quæ ſit lata: hæc enim dolo paſſim æquiparatur, tùm quoque cùm lex aliqua ſolius doli mentionem facit *leg. 1. §. 1. ſupr. ſi menſ. falſ. mod. dixer. l. quaeſitum 8. §. eum quoque v. fin. infr. de precar.* & aliis locis penè innumeris quos congeſſimus *decad. 76. de error. pragmat.* In eámque rem rectius apertus eſt in *l. 2. C. hoc tit.* licèt nō ignorem noſtros putare eſſe id ſingulare in tutore, vt etiam ob latam ipſius culpam contra eum in litem iuretur, quod nos refutabimus ad *l. in actionibus 5. infr.*

a *Quanti in litem iurauerit actor.* RAT. DVB. Nemo in cauſa ſua iudex, vel teſtis idoneus eſſe intelligitur, niſi actori deferatur condicio ab aduerſario *l. nullus 10. infr. de teſtib. l. omnibus 10. C. eod. tat. tit. C. ne quis in ſua cauſ. iudic. vel ius dic.* Atquin is qui in litem iurat, & teſtis & iudex eſt in cauſa ſua, æſtimat enim ipſe quanti ſua interſit, vt effugiat incommodum & periculum probationum, quas alioquin proferre omnimodo deberet *d. l. vnic. verſ. in aliis autem caſib. C. de ſentent. quae pro eo quod intereſt profer.* & quarum inopia plerunque id quod maximè intereſſet ad exiguam ſummam deduceretur *l. vltim. infr. de ſtipulat. praetor.* Æſtimat autem magno vt plurimùm, quomodo loquitur *l. vltim. infr. de fideiuſſ.* quia iurare in infinitum licet *l. 4. §. iurare infr.* & quidem non alio quàm iudice ipſo deferente *d. l. 4. §. deferre*, id eſt, inuito etiam aduerſario contra quem iuratur. In quare iuſiurandum hoc differt à deciſorio, de quo dictum eſt Titulo ſuperiore: in illo namq; fit quidem is qui iurat, teſtis & iudex in cauſa propria, ſed ab aduerſario ipſo deferente non à iudice, vel à ſeipſo *l. 1. infr. quar. rer. act. non det.* ideóque minùs odioſum eſt, ſibi enim imputet is qui vltrò detulit, hoc verò longè odioſius, & à ratione reguláq; iuris alienius. Nemini ergo permitti debet, vt in litem iuret, niſi hoc ſaltem adhibito temperamento, vt taxetur à iudice certa quantitas intra quam iuretur, ne ſi in infinitum iurare liceat, in immenſum quoque iuretur *d. §. iurare.* Atque ita concludit Accurſius iuriſiurandi taxationem priùs quàm iuretur, fieri debere ex *d. §. iurare & l. in actionibus 5. infr. eod. l. arbitrio 18. ſupr. de dolo.* DEC. Dolus & contumacis eius, qui rem quam ſcit alienam improbè detinet, nec vult reſtituere, hanc certè pœnam meretur, vt non ſolùm condemnetur ad id omne quod intereſt domini, ſed etiam condemnationis illius taxationem ab aduerſario ipſo inuitus fieri patiatur: vt qui hanc ſuæ improbitatis fructum habet, quod ab inuito domino rem emit, hanc ſaltem pœnam ſentiat, quod magno & iniuſto precio dominium eius nanciſcitur *dict. l. nec quaſi 70. ſupr. de Publician. d. l. vlt. infr. de fideiuſſ.* Et idcirco non poteſt iuſiurandum hoc videri odioſum, cùm præſtetur in odium doloſi hominis, & contumacis, qui nullo vnquam æquitatis colore adiuuari poteſt *l. penult. in fin. infr. ad SC. Trebell.* Cùmque non alterius quàm ipſius domini arbitrio precium rei ſtatuendum ſit, vt Marcellus loquitur in *l. ſi tutor 8. infr. hoc tit.* apparet ei permittendum eſſe, vt iuret in infinitum, quomodo ſcriptum eſt in *d. §. iurare*, id eſt, nulla per iudicem præfinita quantitate ad quam vſque iuretur, ne alioqui iudex ipſe precium alienæ rei ſtatuere videatur, quod abſurdum eſſet, cùm à merâ voluntate id pendeat domini rem ſuam alienantis *d. l. tutor. l. ſi voluntate 8. C. de reſcind. vendit. l. in cauſae 16. §. idem Pomponius ſupr. de minor.* tanti enim vnaquæque res eſſe intelligitur, quod ad vtilitatem domini pertinet, quanti vendi poteſt tum quoque, cùm per ſtultitiam emptoris longè pluris venditur, quàm re vera ſit *l. alienus 62. ad leg. Falcid.* Quāto minùs abſurdum id videri debet, ſi per dolum, contumaciam, & improbitatem poſſeſſoris fiat, vt dominus rem ſuam longè pluris æſtimet, quàm quanti re vera eſt? Tanti enim poſſeſſor ipſe rem illam æſtimaſſe videtur tantiq. habuit eam retinere potiùs,

quàm

Digitized by Google

quàm ea caterę *leg 4.§.1. ſupr.de alien. iudic. mut.cauſ. fact.* Nec tamen id ita debet accipi, quaſi permittendum ſit actori iurare in immenſum, quod ſine manifeſtiſſimo & impudentiſſimo periurio fieri nõ poſſet. Aliud enim eſt in infinitum iurare, quod nihil eſt aliud, quàm ſine vlla taxatione, nulláque præfinita quantitate iurare, vt in *l. qui reſtituere 68. ſupr.de rei vindic.* quomodo in *l.ſicut 9.ſupr.de ſeruit.* in infinito ſeruitutem conſtituere, id eſt, per quamlibet fundi partem. Aliud verò in immenſum iurare quod nunquam licet. Eóque fortaſſis tantùm caſu, id eſt, ſi in immenſum iuraretur, de periurio iurantis quęri poſſet. Quò pertinere videtur quod ſcriptũ eſt in *l.vlt.hoc tit.* de periurio eius qui ex iuris neceſſitate iurauit non facilè quæri ſolere, vt intelligamus de eo igitur periurio quæri aliquando poſſe. Quando autem, niſi ſi tam impudens fuerit actor, vt in immenſum quoque iurauerit? Et tamen cùm Tribonianus iſta confunderet, quaſi idem ſit iurare in infinitum, & in immenſum, non potuit ferre hãc rationem iuris veteris, induxítque vt poſſit iudex in omni iureiurando in litem præfinire certã quantitatem ad quam vſque iuretur, adeóque quod magis eſt etiam poſt iuſiurandum præſtitum, vel abſoluere reum, vel minoris condemnarę *dict.§.iurare & dict.leg.in actionibus*, quod certè ridiculum eſt, vt contra Tribonianum diſputauimus *libr.16.Conіect. cap.* Ita factum eſt, vt æſtimatio rei meæ, quam tu inuito me per dolum, & contumaciam tetines, non tam à me fieri videatur quàm à iudice, qui tam facilè poſſet ſine meo iureiurando rem meam æſtimare, quàm præfinire mihi certam quantitatem quam in æſtimanda te mea egredi non poſſim. Imò eſſet hoc multo expeditius, & tutius, quàm periutij periculo me obſtringere, præfinita mihi certa quãtitate, ad quam vſque iurare impunè poſſim. Quotus enim quiſque eſt, qui non ad eam vſque quantitatem iuret, quæ præſcripta fuit, qui nulla præſcripta quantitate minoris fortaſſe rem ſuam fuerat æſtimaturus? Proinde vix dici hodie poteſt iuſiurandum hoc præſtari ex mera iuris neceſſitate, quomodo præſtabatur olim, cùm hodie iudex precium alienæ rei ſtatuat, quod ab alio quàm à domino ipſo nec ſtatui olim poterat, nec hodie quoque benè & iuſte poteſt. Nec tamen vidit Tribonianus, noſtri verò interpretes, multo minus in eo ſtatu rẽ eſſe hodie, vt vix vllo caſu huic taxationi iudicis locus aliquis relinquatur. Nam vel poſſeſſor habet facultatem rei reſtituẽdæ, vel dolo malo fecit, quominus haberet. Priore caſu cogitur omnimodo rẽ reſtituere etiam manu militari poſtquam ita placuit Triboniano ſub Vlpiani nomine in *d.l.qui reſtituere*, nec proinde vlla ſubeſt iuris neceſſitas quæ inducat iuſiurandum. Poſteriore verò ſicuti omnino neceſſe eſt iurari in litem, ita iurari poteſt ſine vlla taxatione *d.l.qui reſtituere.* Quiſnam igitur caſus supereſt, quo taxationi huic locus eſſe poſſit? Eſt enim legis illius ſententia generalis, ad omnes caſus pertinens, in quibus res petita reſtituenda eſt, vt ex poſtremis verbis apparet, & nos ad eum locum notauimus. Eſt autem iuſiurandum hoc tanto fauorabilius, aut ſaltem minus odioſum, quòd non ad decidendam litem ſpectat, ſed tantum ad æſtimandã rem de qua iam pronunciatũ ſit pro actore, vt proinde non poſſit hoc caſu videri actor iudex in cauſa propria, & in re ſua, de qua iam habeat reum cõdemnatum, nec rurſum teſtis qui ſibi credi velit in eo quod dicit ſua intereſſe, non enim teſtis officio hac parte fungitur, ſed venditoris rei ſuæ precium pro arbitrio dicẽtis, quod nec alius quàm ipſe poſſit dicere contra eum, qui per rapinam vult etiam iniuſto precio rem alienam comparare *d.l.quaſi*, vbi pro *iuſto* legendum eſſe *iniuſto* docuimus ad eam legem. Dicitur autem iuſiurandum hoc adfectionis, quia nec de veritate negotij eſt, vt deciſorium, nec de vera rei æſtimatione, vt illud de quo in *d. l. in actionibus § planè infr.* cuius loci caſus valde ſpecialem habet rationem, vt ibi dicemus, ſed de æſtimanda re pro arbitrio & adfectione iurantis. Vnde occaſionem ſumit Accurſ. quærẽdi. Quid ſi iudex notam habeat actoris adſectionem, propter quam ſuſpicari probabiliter poſſit actorem facilè peieraturum; an ei nihilominus hoc iuſiurãdum deferre debeat, cùm in incertis, inquit, coniecturæ locus eſſe poſſit? *l.continuus 137.§ cùm ita in fi.de verb. oblig.* Reſpondet autem non eo minus deferẽdum eſſe iuſiurandum: ratione illa quòd non id ſciat iudex tãquam iudex, & ideo ex fide eorum quæ probantur iudicare debeat, non ex ſua conſcientia *l.illicitas 6.§ veritas ſupr. de offic.Præſid.* Reſponſio quidem bona eſt, ſed ratio peſſima. Non.n.ex eorum fide quę probãtur, iuſiurandum hoc defertur cũ de æſtimatione deferatur, & ad eam probandam, de qua ponimus nullas alias factas eſſe, nec fieri debere probationes, ſed ex mera iuris neceſſitate, vt ſcriptum eſt in *d.l.vlt.hoc titul.* quia neque pati iudex debet vt domino res ſua per rapinam quodammodo eripiatur, quin ei de precio ſatisfiat: quod tum quoq; præſtandum eſt, cùm publici boni fauor ab inuito legiſlatore ius illud elicit, vt dominus inuitus rem ſuam vendere compellatur, de quo diximus ad *l.item ſi verberatum 15.§.pen. ſup.de rei vind.* neq; rurſum, vt pretium illud alterius quàm ipſius domini arbitrio & adfectione conſtituatur. Separat autem hîc Paulus dolum à contumacia, non quia contumacia poſſit eſſe ſine dolo, ſed quia dolus ſine contumacia eſſe poteſt. Contumacia doli ſpecies eſt, dolus autem genus.

3. VLPIANVS libro 30. ad Edictum.

NVmmis depoſitis, iudicem non oportet in litem iuſiurandum deferre, vt iuret quis quod ſua interfuit: cùm certa ſit nummorum æſtimatio. niſi fortè de eo quis iuret, quod ſua interfuit [a] nummos ſibi ſua die redditos eſſe [b]. quid enim, ſi ſub pœna pecuniam debuit, aut ſub pignore, quod, quia depoſita ei pecunia abnegata eſt, diſtractum eſt?

*Ad l. Nummis 3.*

RAT. DVB. In actione depoſiti iuratur in litem *leg. 1. §. in depoſiti infr. depoſit.* nimirum ſi dominus per actionem depoſiti rem ſuam petat: hoc enim ſemper addendum eſt, ſecundum ea, quæ de

hoc iureiurando in litem iam diſputauimus in præcedentibus. Atqui nummi mei quos penes te depoſui, tam mei ſunt, támq; verè depoſiti quàm ſi ſpecies aliqua mea depoſita fuiſſet. Ergo nummis quoque depoſitis iuſiurandum in litem à iudice deferri oportet, ſi dolo malo, aut per contumaciam depoſitarij fiat ne reſtituantur, tantóque magis in nummis depoſitis, quanto facilius eſt, vt eorum furtum fiat, ſi à depoſitario lucrandi animo & dolo malo contrectentur *l. ſi quis inficiatus 13. infr. eod ill. titu. depoſ.* vbi ob hanc cauſam ſcriptum eſt, poſſe depoſitariũ eo caſu etiam condictione furtiua conueniri, quæ tamen ſemper furtum præſupponit *l. 5. de condic. furt. §. furtum autem fit Inſtit. de oblig. quæ ex delict. naſc.* In actione autem furti etiam iuratur in litem, quoties defertur iure dominij *leg. cum furti 9 infr. hoc tit.* Nec eſt quod quis reſpondeat, nummos eſſe ex earum rerum numero, quæ functionem recipiunt in ſuo genere *leg. 2. §. mutui datio ſup. de reb. credit. l. ſi is cui 94. de ſolut.* Conſtat enim depoſitum ita contrahi vt eadem ipſa corpora nummorum reddi oporteat, non tantundem: nec enim per depoſitum ſicut per mutuum quiſquam dominium rei ſuæ amittit *l. licèt 17. §. 1 infr. depoſ.* adeò vt ſi expreſſa pactione conuenerit, vt non idem quod depoſitum eſt, ſed tantundẽ reddatur, ea pactio dicatur egredi notiſſimos depoſiti terminos in *l. Lucius 24 eod. tit.*

DEC. Iuſiurandum in litem ideò comparatum eſt, vt quis rei ſuæ quam alius per rapinam retinet, precium habeat, & quidem quale quantúmque ipſe pro arbitrio ſuo, & adfectione ſtatuerit, ipſo etiam dolo poſſeſſoris æſtimato *leg. 1. & 2. ſupr. l. tutor 8. infr.* Atqui nummorum depoſitorum, qui per cõtumaciam dolúmve depoſitarij non reſtituuntur, precium nullum eſſe poteſt: cùm enim cuiuſlibet rei precium in pecunia numerata cõſiſtere debeat, non poteſt vtique pecunia pecuniam æſtimare *l. 1. infr. de rer. permut.* vt neque alia res vlla æſtimationẽ illam pecuniæ facere poteſt: quandoquidem nummi ad hoc potiſſimum comparati ſunt, vt cæteras omnes res æſtiment nec ab vlla ipſi æſtimentur *l. ſi ita fideiuſſorem 42. infr. de fideiuſſ.* Neque hac parte nummi depoſiti ab aliis quibuſlibet nũmis ſeparari debent, quaſi corpora nummorum depoſita, quæ per actionem depoſiti eadem ipſa reſtitui debent, alterius rationis eſſe debeant, quàm quæ vel non ſunt depoſita, vel ſic ſunt depoſita, vt tantundem reddi poſſit, vt in *d. l. Lucius.* habent ſi quidem hoc commune cum cæteris, vt ſunt omnes nummi eiuſdem generis, quod vna eadémque eſt ac proinde certa eorum æſtimatio in republica benè conſtituta, non vt cæterarum rerum pro temporũ aut locorum varietate mutabilis *leg. 3. infr. de eo quod cert. loc. iunct. l. precia rerum 63. infr. ad leg. Falcid.* Proinde licet depoſiti ſint nummi in ſacculo, vt fieri ſolet & debet obſignato *leg. ſi ſacculum 29. l. 1. §. ſi ciſta infr. depoſ.* alioqui nec quæri poſſet an eadem eſſent corpora nummorum, an alia, nihil poteſt videri intereſſe deponentis, quòd ea ipſa nummorum corpora, quæ depoſuit, ei non reſtituantur. Nec vlla ſubeſt hoc caſu deferendi in litem iuriſiurandi neceſſitas iuris, quæ tamen ſola delationem hanc inducit, *d. l. vlt. hoc tit.* Etſi n. depoſitarij eadem contumacia eſt idémque dolus, qui eſſet ſi ſpecies aliqua depoſita eſſet, in quam iuſta & probabilis cadere poſſet adfectio, nec minore hic odio, quàm ille dignus ſit, prius tamen eſt vt interſit actoris, quàm vt ei reus cõdemnari hoc nomine debeat. Fuit enim hoc iuſiurandum inductum, vt & actori cuius intereſſet, proſpiceretur, & poſſeſſoris contumacia dolúſve puniretur. An non verò ſatis proſpicitur ei, qui nummos etiam in ſacculo obſignatos depoſuit, ſi depoſitarius ad tantundem reddendum condemnetur? Niſi fortè ponas corpora nummorum depoſita eiuſmodi fuiſſe, vt deponentis intereſſet ea habere potiùs quàm alia vel propter vetuſtatem, & quę vetuſtati conſequens eſſe ſolet, raritatem, vel quia inſigne aliquid habeant, propter quod precioſiora videri debeant, quàm cætera etiam quæ ſint paris æſtimationis. Eſt namque hæc non improbabilis adſectio, præſertim ſi à parentibus profecta acceptáque proponantur *argu. l. ſi in emptionem 35. ſupr. de minor. l. lex quæ tutores 22. Cod. de admin. tutor.* nec iam per modum generis, vt loquuntur, quàm ſpeciei depoſita videri poſſint. Sed tamen hoc quoque caſu depoſitori conſuli per ſententiam iudicis citra iuſiurandum benè poteſt, condemnato depoſitario, vt eiuſdem ſpeciei, & qualitatis nummos reddat, ſicubi reperiri poſſint aut ſi tam citò non poſſit, aut aliquo ſumptu ad eos conquirendos opus ſit, hunc quoque ſumptum depoſitarius præſtet, qualem quantúmque iudex officio ſuo æſtimauerit: nimirum, ſi nummi ſint quorum aliqua eáque certa ſit æſtimatio, non etiam ſi numiſmata aurea vel argentea, quibus etiam pro gemmis non pro nummis vti ſolemus, de quibus in *l. numiſmatum 28.* vbi diximus *ſupr. de vſufruct.* Conſiſtunt enim numiſmata in ſpecie potius, quàm in genere, nec proinde minus pro his ſi dolo malo non reſtituantur à depoſitario, quàm pro cæteris ſpeciebus iurari in litem poteſt, etiamſi alia eiuſdem qualitatis, ponderis, & valoris numiſmata reperiri poſſint. Nam nec quicquam vetat in qualibet alia ſpecie depoſita, puta homine Sticho, aliam ſpeciem precioſiorem repeti poſſe, & alium ſeruum maioris precij, cuius tamen præſtatione non ſit æquum liberari depoſitarium, quominus contra eum in litem iuretur: ne dominus qui rem ſuam iuſto precio vendere non cogitur, cogatur tamen permutare, quod adhuc abſurdius eſſet ac iniquius. Ergo quod hîc de nummis depoſitis dicitur, etiam de cæteris rebus, quæ in quantitate & genere non in ſpecie conſiſtunt, dictum videri debet, vt benè concludit Bartolus. Nec ſuperioribus cõtrarium eſt, quod obiicitur ex *l. pen. § in eum ſupr. ne quis eum qui in ius vocab. vi exim.* quaſi iuretur ibi in litem de eo quod intereſt quod in pecunia, & quantitate non in ſpecie conſiſtit. Ibi enim non agitur de iureiurando in litem, neque de æſtimando per iuſiurandum eo, quod intereſt quamquam nec id nouum eſſet, vt ad *verſic. ſeq.* dicemus, ſed ſpecie & re ipſa de qua eſt cõtrouerſia, & quam ne actor poſſit conſequi, prohibetur per eum qui in ius vocatum reum vi exemit, denique de re ipſa de qua controuerſia eſt æſtimanda quidem, ſed a iudice non ab actore, vt ad locum illum docuimus, & repetemus ad *leg. 5. in fin. infr. hoc tit.*

a *Niſi fortè de eo quis iuret quod ſua interfuit.* RAT. DVB. Id quod intereſt ſemper conſiſtit in quantitate, cùm non niſi per pecuniam æſtimari poſſit *l. vlt. infr. de ſtipulat. prætor. l. vnic. Cod. de ſentent. quæ pro eo quod inter. profer.* Atqui pro pecunia numquam in litem iuratur, vt proximè diximus, non ſolùm de nummorum æſtimatione, quæ vna ſemper eadémque & certa eſt, ſed neque de eo quod ratione nũmorum poteſt intereſſe, ne alioqui detur progreſ-

ſus in

Digitized by Google

ſus in infinitum ſi pecuniæ nomine liceat agere ad id quod intereſt, cùm in eo quod intereſt non minus lucrum ceſſans, quàm damnum emergens contineatur *l. 2. §. ſunt de officio infr. de eo quod cert. loc. leg. ſi commiſſa 13. infr. rat. rem haber.* infinita autem adeóque immenſa ſit ſpes lucri, quod ex negotiatione nummorum poteſt accedere, licet pecunia res per ſe ſterilis ſit, nec aliam pecuniam gignat. Negotiatio enim illa eſt, quæ totum facit *l. venditor 21. infr. de hered. vendit.* & quę tamen ſine pecunia fieri non poteſt, ne tum quidem cùm à mercibus aut aliis ſpeciebus incipit, quarum ſcilicet negotiatio nullius certè, aut ſaltem perexiguæ vtilitatis eſſet, ſi non poſſent conuerti in pecuniam, & pecunia rurſum in aliarum rerum emptionem. Ergo nec ſi dies adiecta ſit depoſitio nummorum, vt certa die redderentur, iurari poterit in litē aduerſus depoſitarium, qui dolo malo eos reſtituere ad diē noluerit, quãuis ponas eum qui nummos ad certam diem reſtituendos depoſuit, pecuniam debuiſſe ad eandem aut etiam vlteriorem diem ſub pœna, vel ſub pignore, quod ob denegatam pecuniæ depoſitæ reſtitutionem diſtractum ſit. Et ita Accurſius noſter, & Bartolus, cæteríque interpretes exiſtimant, verſiculum hunc non de iureiurando adfectionis intelligendum eſſe, ſed de eo quod vocant veritatis, de quo in *l. in actionibus 5. verſic. planè infr.* & quod etiam in contractibus ſtricti iuris locum habeat. Qua ratione putant quod in hac lege ſcriptum eſt, iurari in litem poſſe pro nummis depoſitis ſua die non redditis, perinde dici poſſe in pecunia data mutua, & ad certam diem reſtituenda ſi ſua die non ſit reddita, dummodo non tãtùm mora, ſed etiam dolus interueniat debitoris. Addúntque generalius, pro eo quod intereſt, cùm in pecunia & quantitate conſiſtat, nunquam iurari in litem iureiurando adfectionis, ſed tantù iureiurando veritatis, propterea quod non magis vno caſu quàm alio poſſit in nummos cadere adfectio, nec ſi pœna commiſſa ſit, aut diſtractio ſecuta pignorũ, quia, inquit Accurſius, non in commiſſione pœnæ, aut in diſtractione pignorũ dolus admiſſus eſt, ſed in reſtitutione non facta ſua die eius pecuniæ ob quam non ſolutam, & pœna commiſſa & pignora diſtracta ſunt. Quam ſententiam Bartolus quoque tandem probat, licèt primũ addubitet an non alia conſtitui ratio debeat, eius quod intereſt ob pœnam commiſſam, alia verò eius quod intereſt ob diſtracta pignora, quaſi probabilis aliqua adfectio poſſit cadere in pignora diſtracta, non etiam in pœna pecuniaria, quæ nihil niſi pecunia eſt.

DEC. Etiã ratione eius quod intereſt, licet in pecunia conſiſtat, iurari in litem poteſt, vt conſtat nõ ſolùm ex hoc verſiculo, ſed etiam ex initio huius legis, vbi Vlpianus poſtquam dixit, nummis depoſitis iuſiurãdum in litem deferri, vt iuret actor quod ſua interfuit, non illam rationem adfert, quia de eo quod intereſt, iurari non poſſit, ſed illam ſolam quòd certa ſit nummorum æſtimatio, id eſt, vt explicauimus, quia nihil interſit ratione nummorum, ita innuens non dubitare ſe quin iuriiurando locus eſſe poſſet, ſi quo modo intereſſet, etiam ratione nummorum dum ne ſubeſſet periculum, ne id quod intereſſet, in infinitum progrederetur. Quod periculum ſubeſſe non poteſt, cùm pecunia ad certam diem ſolui debuit: quandoquidem eo caſu reſtringitur taxatio eius quod intereſt ad illud ipſum tempus, quod in contractu appoſitum eſt, vt alterius nullius temporis ratio haberi poſſit, nec proinde id quod intereſt in infinitum, & in immenſum excurrere. Nec ſanè cauſa vlla eſt, cur de eo quod intereſt, iurari in litem poſſit, perinde atque de rei æſtimatione, & quidem iureiurando adfectionis, vt odio doloſi depoſitarij alteriúſve qui conuentus ſit, iudicio bonæ fidei æſtimetur, & taxetur id quod intereſt arbitrio actoris, ne probandum habeat, quanti re vera intereſt: in quo non leue commodum eſt, cùm plerunque inopia probationum, id quod intereſt etiamſi ad magnam ſummam accedat, ad exiguam tamen deducatur *dict. leg. vltim. de prator. ſtipulat.* Non enim aliter quàm ex veris pleniſque probationibus religionem ſuam inſtruere iudex poteſt quanti re vera interſit *leg. vnic. verſicul. in aliis autem caſibus Cod. de ſentent. quæ pro eo quod inter.* niſi de eo ipſo in litem iuretur. Suppletorio namque, vt vocant, iureiurando locus eſſe, neque hoc caſu, neque alio vllo poteſt, vt probauimus ad *leg. admonendi 31. ſup. tit. prox.* id eſt, nec ſi ſemiplenè adſint probationes eius quantitatis ad quam vſque intendit actor ſua intereſſe *dict. verſic. in aliis autem caſibus* ibi *iudices per ſuam ſubtilitatem requirere, vt hoc quod re vera inducitur damnum hoc reddatur.* Quibus verbis iuſiurandum illud ſuppletiuum apertè excluditur, quod non ex ſubtilitate ac delatione iudicis proficiſcitur, ſed ex ſola voluntate & requiſitione illius, qui probationum inopia laborat impudenter petentis, vt ad eas ſupplendas iudex ipſe in cauſa propria inuito quoque aduerſario conſtituatur, non contra doloſum, aut ad litem duntaxat æſtimandam vt in hoc de quo agimus iureiurando in litem, ſed ad ipſam litis victoriam ſibi comparandam, & contra eum cui nihil poſſit imputari, niſi quod minus plenis aduerſarij probationibus vinci nolit. Et tamen interpretum ſententia eſt, etiam quantitatem eius quod intereſt, vt & aliud quidlibet probari poſſe per iuſiurandum ſuppletiuum. Quod ſi ita eſſet, vtique nunquam verum eſſe poſſe quod ſcriptum eſt in *dict. leg. vltima de prator. ſtipulat.* per inopiam probationum id quod intereſt ad exiguam ſummam deduci, ſi modò verum eſt quod iidem interpretes volunt ad *leg. 3. C. de rebus credit. & iureiurand.* & quod magis miror, poſt eos Cuiacius ad *leg. tutor 35. ſupr. titul. prox.* inopiam probationum eam dicendam eſſe non quæ omnino nullas habeat probationes (defectum enim hunc vocant non inopiam) ſed quæ minus plenas, cùm tamen è contrario dicere potius debuerint, inopiam probationum eſſe ſi quis nullas habeat, defectum verò ſi quis ſemiplenas: quid enim aliud eſt deficere quàm non ſufficere? Niſi addas deficere omnes probationes, vt ſcriptum eſt in *dict. leg. tutor.* Quamquam dici poteſt etiam probationes omnes deficere cùm non plenæ ſunt, non minus quàm cùm nullæ, niſi dicas in totum deficere, quod aliud eſt. Nec quicquam vetat id quod ſcriptum eſt in *d. leg. tutor.* de iureiurando delato per tutorem deficientibus omnibus aliis probationibus, ſic intelligi vt eo quoq; caſu iuſiurandum deferre tutor poſſit quo habeat probationes aliquas, ſed mancas, minúſque ſufficientes, id eſt, ex quib. non poſſit vincere. Quo tamen caſu non eſſe, v. iq; permittendum tutori deferre iuſiurandum aduerſario pupilli, ſi poſſet ipſe petere, vt ad ſupplendas pupilli probationes ad iuratum ipſe admitteretur. Seu hoc obi-

Digitized by Google

ter dictum ſit, non tantùm ad clariorem elucidationem eorum quæ ſcripſimus de probationum inopia circa interpretationem *dict. leg. 3. Cod. de reb. credit. ad d. leg. admonendi.* ſed etiam vt intelligamus quàm neceſſarium ſit iuſiurandum in litem, tum quoque cùm agitur de probando contra doloſum, & taxando eo quod intereſt actoris, vt hac ratione non ſolùm actori bene proſpiciatur, ſed etiam debitoris improbi, & perfidi dolus, aut contumacia bonæ fidei iudicio vindicetur. Nec tamen vindicaretur, ſi iuſiurandum hoc eſſet veritatis duntaxat; vt noſtri volunt, non etiam adfectionis. Adieci autem *bonæ fidei iudicio*, quia in iis actionibus, quæ ſunt ſtricti iuris, non poteſt iurari vnquam in litem, ne quidem contra doloſum, extra caſum *d. leg. in actionibus §. planè*, in cuius tamen ſpecie nullus debitoris dolus requiritur, ſed mora tantum, poſt quam homo promiſſus deceſſerit, & quæ licèt non facilè contrahi poſſit ſine culpa, poteſt tamen ſine dolo. Neque moueri Accurſius, vt contra ſentiret, debuit ex hac lege, quæ non de actione ſtricta loquitur, ſed bonæ fidei, & de nummis depoſitis non de creditis, aut de nummis ſimpliciter, ne dubitari poſſet, non in quibuſlibet nummis, & ex qualicunque contractu debitis idem iuris eſſe, ſed aliud in depoſitis, aliud verò in creditis, aliud in actione depoſiti, aliud verò in condictione certi ex mutuo. Quare nec diſtinguendum eſt cum Bartolo, an ob non ſolutam ſua die pecuniam pœna commiſſa ſit, an verò diſtracta pignora. Etſi enim maior adfectio cadere poteſt in pignora, quæ in ſpecie conſiſtunt, quàm in pœnam pecuniariam, nec dolus vllus commiſſus eſt in commiſſione pœnæ, aut in diſtractione pignorum, ſufficit tamen ad inducendum iuſiurandum in litem, quòd dolus admiſſus ſit in nummis depoſitis ad ſuam diem non reſtitutis, vt per iuſiurandum in litem creſcat condemnatio non pro æſtimatione nummorum, quæ hoc caſu non minùs certa eſt, quàm ſi nummi ſimpliciter depoſiti fuiſſent, nulla reſtitutioni die dicta; ſed pro æſtimando eo quod intereſt ex adfectione iurantis, ratione damni emergentis ob pœnam commiſſam, vel diſtracta pignora, adiecta etiam vltra pœnam commiſſam, pœna contumaciæ ex *l. 1. ſupr.* Hicque huius legis verus ſenſus eſt.

b *Nummos ſibi ſua die redditos eſſe.* RAT. DVB. Tum quoque cùm id quod intereſt omnimodo debetur, vt in iudiciis bonæ fidei ex die moræ, non tamen habetur ratio eius, quod intereſt extra rem, quod noſtri vocant intereſſe extrinſecum, ſed eius tantùm quod circa rem, quod iidem appellant intrinſecum *leg. ſi ſterilis 21. §. cùm per venditorem infr. de action empt.* A. qui extra rem eſt, & extra contractum depoſiti, vt ob nummos depoſitos ſua die non reſtitutos pœna commiſſa præſtetur, & damnũ quod ex pignorum diſtractione contigit. Ergo non eſt permittendum ei qui nummos depoſuit certa die reſtituendos, vt hoc prætextu iuret in litem de eo quod ſua interſuit nummus ſibi ſua die datos eſſe. Idémque multo magis probari debet ſi actor velit iurare quanti ſua interſit ratione lucri ceſſantis quod ex ſua negotiatione facere potuiſſet, ſi reſtituta ei pecunia ad diem fuiſſet. Nam quo caſu damnum emergens extra rem eſt ita, vt eius ratio haberi non debeat, eodem caſu multò minùs haberi debet ratio lucri ceſſantis, tanquam quod tanto magis ſit extra rem minúſque fauorabile, vt ſolet ſemper deterior eſſe conditio eius qui certat de lucro captando, quàm & eius qui de damno vitando *l. vlt. § ſi verò Creditores C. de iur. delib. l. quod autem 6. § ſimili modo infr. Quæ in fraud. credit.* DEC. Dies adiecta in contractu ſiue bonæ fidei ſiue ſtricti iuris, pars eſt ſtipulationis, & contractus *l. 1. §. editiones ſupr. de eden.* Vnde eſt, quòd ſi ad diem non ſatisfecerit debitor, hoc ipſo tenetur ad id omne quod actoris intereſt ratione illius diei, hoc eſt, quod habuiſſet ſi ad diem ſatisfactum contractui fuiſſet, ſiue lucro computandum ſit ſiue damno: idque non tam iure cuiuſdam acceſſionis, aut quaſi dies interpellet pro homine, vt vulgò creditur ad conſtituendum debitorem in mora ex *leg. magnam 13 Cod. de contr. & committ. ſtipulat.* quæ non habet locum niſi in pœnalibus ſed iure principalis debiti, quaſi id ipſum quod intereſſe poterit ratione diei perinde in contractum, & ſtipulationem deductum videatur, atque dies ipſa. Alioqui nihil prodeſſet diei adiectio in ſtipulationibus, cæterisque contractibus, in quibus certum eſt acceſſiones nullas ex mora deberi poſſe, ſiue fructus ſint, ſiue vſura, ſiue quid aliunde interſit, quod proprium ius eſt contractuum, & actionum bonæ fidei *leg mora 32. § in bona fide leg. vſura 3 & ſeq leg videamus 38 § penult. infr. de vſur.* quod tamen non ita eſt. Nam ſi fundum certa die dari ſtipuler, & per promiſſorem ſteterit quominùs ea die præſtetur, conſequar quanti mea intereſt moram factam non eſſe *leg. ſi fundum 134. infr. de verb. oblig.* ac proinde fructus ex eo fundo poſt diem perceptos, quamuis in ſtipulatione nihil dictum ſit de fructibus, neque de eo quod intereſt, aliud autem nihil ex ſtipulatione peti poſſit, niſi quod verbis ipſis ſtipulationis expreſſe comprehenſum eſt *leg. quicquid aſtringendæ 99. eod. titul.* Sic & in æſtimanda re debita ex ſtipulatione aliòve contractu ſtricto, licèt inſpici ſoleat præcisè tempus litis conteſtatæ, ſi tamen dies adiecta ſit ſolutioni illius præcisè temporis æſtimatio præſtanda eſt quo dari res debuit, *leg. hominem 37. infr. mandat. leg. ſi Calendis 11. infr. de re iudic. leg. vinum 22.* vbi dixi *ſupr. de reb. credit.* quia diei adiectio ſola facit, vt perinde habendum ſit acſi hoc ipſum nominatim conueniſſet. Ergo neque extra rem, neque extra contractum eſſe videri poteſt id, quod quoquo modo in eſt ratione diei adiectæ in contractu. Hoc verò Bartolus aliique interpretes non vident, qui admittunt hoc intereſſe, de quo in hac lege agitur extra rem eſſe ſed negant abſurdum id videri debere, quia in nummis quorum vna eademque ſemper eſt æſtimatio, nihil poſſit intereſſe intra rem, ſicque impunita maneret fruſtratio & contumacia debitoris ſi non puniretur præſtatione eius quoque quod extra rem intereſſet. Quæ ratio ſi eſſet bona, conſequens fieret, vt quoties non pecunia, ſed aliqua ſpecies ex depoſiti contractu deberetur, quam certa die præſtari conueniſſet, & ob quam ſua die non ſolutam pœna aliqua commiſſa ſit, aut diſtracta pignora contra creditorem, qui eandem ſpeciem alij quoque ad eandem fortaſſe aut vlteriorem diem ſub pœna vel ſub pignoribus promiſerat, aliud reſpondendum eſſet, quàm quod in hac lege Vlpianus reſpondit in nummis depoſitis. Quod tamen non ita eſſe apparet ex *dict. leg. ſi fundum.* vbi idem noſter Vlpianus ob non præſtitum ſua die fundum, qui per ſtipulationem promiſſus fuerat, deberi ſtipulatori non fructus tantum qui cùm ex fundo ipſo

profi-

proficiſcantur, non poſſunt computari in eo quod intereſt extra rem, ſed multo generalius, quanti ſtipulatoris interſit moram factam non eſſe: ergo & pœnam, ſi qua contra eundem ſtipulatorem commiſſa ſit, aut diſtractio ſecuta pignorum quam impedire ſtipulator potuiſſet, ſi ad dictam diem præſtitus ei fundus fuiſſet, ſicut & in ſpecie huius legis: hac ſola differentia, quòd in ſpecie *d. l. ſi fundum* non poſſet iurari de in litem de eo quod intereſſet, quomodo in ſpecie huius legis, ſed aliter, & per veras probationes probandum eſſet quanti re vera actoris intereſſet: quoniam ex contractu ſtricto nunquam iuratur in litem extra caſus ſupradictos, quomodo iuratur in contractu bonæ fidei, qualis eſt contractus depoſiti, de quo in hac lege. Eadem adiectæ diei vis & poteſtas facit, vt per hoc in iurandum in litem non modò damni emergentis rationem habendam eſſe putem, licèt duo exempla, quę hîc Vlpianus adfert de damno, tantùm ſint, ſed etiam lucri ceſſantis, vt contra Accurſium concludit Bartolus ex *leg. 2. §. vlt. in fin. infr. de eo quod cert. loc. d. l. ſi commiſſa 13. rat. rem. haber.* Quamquam enim maius periculum ſubeſt, ne id quod intereſt ratione pecuniæ excurrat in infinitum & in immenſum, ſi lucri quoq; amiſſi ratio habeatur, quàm ſi damni emergentis, quod neque immenſum, neque infinitum eſſe poteſt, cùm tamen dies adiecta eſt, nec niſi ratione temporis præſtatur, & petitur, quanti intereſt pecuniam ſuo tempore ſolutam non eſſe, vt hîc, & in *leg. quòd ſi Epheſi 5. infr. de eo quod cert. loc.* nihil tale poteſt accidere: quemadmodum nec cùm petitur id quod intereſt ratione loci, vt in *d. leg. 2. §. nunc de officio in fin. eo. tit.* quia reſtrictio quæ fit per adiectionem certi loci, certíque temporis, prohibet ac coercet taxationem eius quod intereſt, ne longius euagari poſſit, cùm iis caſibus ſpectari oporteat non quanti interſit generaliter, & in vniuerſum, ſed ſtrictiùs quanti interſit, quod ea die vel illo loco non fuerit ſatisfactum. Etſi diſtinguendum eſt, an id quod intereſt ſiue ratione loci ſiue temporis petatur per actionem bonæ fidei, vt in hac lege, an verò per actionem arbitrariam de eo quod certo loco, cùm intereſt ratione loci (nec enim adiectio temporis poteſt facere actionem arbitrariam, vt contra Accurſium & Cuiacium diſputabimus ad *dict. leg. quòd ſi Epheſi.*) ſi agatur iudicio bonæ fidei, iuratur in litem de eo quod intereſt, ſiue interſit ratione loci ſiue ratione temporis poteſtate, & æquitate iudicij bonæ fidei, quod huiuſmodi gaudet priuilegio *leg. in actionibus 5 inf. eod. leg. in bonæ fidei 8. infr. de eo quod cert. loc.* Si verò arbitraria actione de eo quod certo loco, non iurabitur, quoniam arbitraria nihil niſi vtilis actio eſt ſubſtituta in locum directæ quæ ſtricta eſt *leg. 1. eod.* Non ergo diſtinguimus locum à tempore nec quantitatem à corpore ad inducendam obligationem eius, quod intereſt ſiue de damno emergente tractandum ſit, ſiue de lucro ceſſante etiam ratione pecuniæ, niſi de inducenda quoque arbitraria tractetur, quę per ſolam loci non etiam temporis adiectionem inducitur. Sed bonæ fidei actionem ab ea quæ ſtricti iuris ſit, ſemper ſeparamus, quoties de in litem iurando quærimus, & in ipſis quoque bonæ fidei actionibus diſtinguimus, an de ea re exerceantur, cuius dominium ſit actoris, vt in hac lege, an de ea quæ actori tantùm ſit debita, vt priore tantùm caſu poſſit iurari, poſteriore non item. Ex his facile eſt ad eam quæſtionem reſpondere, quam Bartolus pro difficili proponit, ſi dare mihi debuiſti centum libras eo tempore, quo florenus non niſi quadraginta ſolidis æſtimabatur, nec tamen dediſti, niſi poſt auctam floreni æſtimationem ad quinquaginta vſque ſolidos, an perdidiſſe aliquid dicendus ſim, an potius non acquiſiuiſſe? Certum enim eſt damnum me paſſurum eſſe ſi cogar florenos accipere in ea æſtimatione, quæ hodie maior eſt quàm fuerit eo tempore quo dare debueras, ideóque nec poſſum cogi eam accipere ſolutionem *leg. Paulus 99. aliàs leg. creditorem infra de ſolut.* Qua de re ſi quis plura ſcire volet, videnda ſunt, quæ contra Carolum Molinæum ſcripſimus in tractatu De variis nummariorum debitorum ſolutionibus. Cæterùm ocioſa quæſtio eſt, an in lucro, an potius in damno id poni debeat, cùm adiecta die in contractu quolibet non minus lucri quàm damni ratio habenda ſit in æſtimando eo quod intereſt, ac ſi illud ipſũ quod intereſt, ſpecialiter contractu comprehenſum eſſet, quaſi hoc acto inter contrahentes, vt & in *leg. cùm ſtipulatus 113. §. vlt. de verb. obligat.* Nam & in ſtipulationibus quoque, vt & in contractibus aliis ſequimur non tam quod expreſſim dictum quàm quod actum eſt *leg. ſemper 34. de reg. iur.*

4. Idem libro 36. ad Edictum.

Videamus in tutelari cauſa quis iurare, & aduerſus quem poſſit. & quidem ipſe pupillus, ſi impubes eſt, nõ poteſt: hoc enim ſæpiſſime reſcriptũ eſt. ſed nec tutorem cogendum [a], nec matrem pupilli admittendam [b], etſi parata eſſet iurare, Diui fratres reſcripſerunt: graue enim videbatur, & ignorantes, & inuitos tutores, ſub alieni compendij emolumento etiam periurium anceps ſubire. Curatores quoque pupilli, vel adoleſcentis [c] non eſſe cogendos in litem iurare, reſcriptis Imperatoris noſtri, & Diui patris eius continetur. Si tamen tantam affectionem [d] pupillo ſuo, vel adoleſcenti, tutores, vel curatores præſtare volent: auctoritas iuris non refragabitur, quin iudicio, quod inter ipſos acceptum eſt, finis eiuſmodi poſſit adhiberi non enim ad ſuam vtilitatem iuriſiurandi referenda æſtimatio eſt, ſed ad domini, cuius nomine tutelæ ratio poſtulatur [e]. Adoleſcens verò, ſi velit, iurare poteſt [f].

*Ad l. Videamus 4.*

RAT. DVB. Etſi pupillo deferri iuſiurandum non oportet *leg. iuſiurandum & ad pecunias 34. §. pupillo ſupra titul. proxim.* cùm tamen à pupillo præſtitum eſt, ſeruari debet, quia nihil refert cuius ſexus, ætatiſve ſit is qui iurauit *leg qui iuraſſe 26. eodem.* Ergo nihil vetat in tutelari cauſa, id eſt, pupillari quæ per tutorem exercetur, etiam pupillum ipſum iurare in litem ad rem ſuam æſtimandam, præſertim cùm maneat dominus, licèt habeat tutorem, alius verò in litem iurare non poſſit quàm qui ſit ipſe dominus litis leg. *vulgo 7. infra hoc titul.*

DEC. Pupillus cùm ſit impubes, & in ea ætate in qua non poſſit tantum habere iudicij, quantum neceſſe eſt ad res bene æſtimandas (neque enim ſcire neque decernere quicquam talis ætas poteſt *leg. pupillus 9. de auctor. tutor.* non magis, inquit, quàm furioſus) non poteſt idoneus, & ſatis probus rerum ſuarum æſtimator eſſe, ſicut nec eas poſſet vendere, quod vtrumque tamen fit per iuſiurandum in litem: nec ergo iurare ipſe poteſt: cúmque iuſiurandum hoc non aliter præſtari poſſit, quàm ſi à iudice ipſo deferatur §. *deferre infr. hac leg.* an non ſtultiſſimus eſſet iudex, & officij ſui parum peritus, ſi pupillo iuſiurandum deferret? Alia cauſa eſt eius iuriſiurandi, de quo in *dict. leg. qui iuraſſe*, id eſt, quod à parte ipſa parti præſtatur. Seruari enim illud à Prætore debet contra eum, qui dum deferret, contentus eo fuit, vt ſcriptum eſt in *dict. leg. qui iuraſſe.* Nec abſurdum eſt ſtultè quid fieri ab incauto maléque conſulto litigatore, quod æquè ſtultè per iudicem fieri abſurdum eſſet. Sed ſi verum eſt, vt eſt, quod in ſuperioribus diximus, iuſiurandum hoc in litem nihil niſi litis æſtimationem eſſe, ac quaſi venditionem rei in litem deductæ, cur non permittimus pupillo, vt iuret tutore ſaltem authore, quemadmodum eodem authore poſſet vendere? Augetur dubitatio ex eo, quod tutor ipſe ſolus poteſt iurare pupilli nomine, vt ſequitur in hac lege: quidni enim multo magis ei liceat authoritatem iuranti pupillo præſtare? Scio quædam eſſe quæ tutor facere non poſſit ſine pupillo, quale eſt adire hereditatem, & ſi quid aliud ſimile eſt *leg. potuit 5. Codic. de iur. delib.* nihil verò poſſe pupillum facere ſine tutoris conſilio & authoritate. Sed quid poteſt eſſe, obſecro, quod pupillus facere non poſſit tutore authore? Denique cur non ſaltem diſtinguimus, an pupillus ſit proximus pubertati, necne, cùm is qui pubertati proximus eſt, capax ſit & furandi, & iniuriæ faciendæ *leg. pupillum 111. de regulis iur.* & conſequenter etiam peierandi: multo igitur magis iurandi? Reſpondendum eſt, poſſe pupillum tutore authore omnia ea facere, quæ ſi malè ac perperam faciat, indemnis poſtea ſeruari à tutore poſſit, iudicio tutelæ, quod in eam rem potiſſimùm comparatum eſt, vt non pupillus ipſe, ſed tutor damnum ſentiat, ſi qua in re authoritatem malè præſtiterit, quam præſtare non debuit, vt è contrario ſi authoritatem præſtare recuſauerit, quam præſtari expediebat pupillo *leg. ſi tutor 17. infr. de authorit. tutor.* Porrò in hoc numero non eſt iuſiurandum tutore authore præſtitum in quo ſi peieratum ſit, non poteſt anthorem laudare tutorem, vt pœna periurij ſe eximat, quæ in iudicium tutelæ ſcilicet venire non poteſt, cùm periurium ſolum Deum vindicem, & vltorem habeat leg. 2. *C. de rebus credit. & iureiurand.* Eadémque ratio facit, vt in re tanti momenti, tantíque periculi non oporteat diſtingui, an pupillus ſit doli capax, & proximus pubertati, necne, ſed generaliter arceri pupillum à iurando, & modò impubes ſit, id eſt, non adhibita illa diſtinctione, an proximus ſit pubertati, necne: nam & qui pubertati proximus eſt, adhuc tamen impubes eſt. Iſque ſenſus eſt horum verborum Vlpiani *ſi impubes eſt*, non quem Accurſius putat, vt dixerit Vlpianus *ſi* pro *quia*. Nam imò verò ſtat propriè articulus *ſi* hoc eſt, condicionaliter, non ad excludendum pupillum, qui ſit pubes qualis certè nullus eſt (omnis ſi quidem pupillus impubes eſt, quamuis non è conuerſo impubes omnis ſit pupillus) nec rurſus ad excludendum adoleſcentem de quo in ſequentibus, vt idem putat Accurſ. ſed ad excludendum pupillum qui ſit proximus pubertati, quem in alijs pleriſque iuris partib. ius ciuile habet pro pubere. Eſt verò valde notandus hic caſus. Vix enim alius talis in toto iure occurret, in quo non poſſit pupillus facere tutore authore, quod ſolus tutor ipſe abſque pupillo poteſt.

a *Sed nec tutorem cogendum.* RAT. DVB. Nihil debet tutor omittere eorum omnium quæ facere poteſt pro vtilitate pupilli, & ob quæ non facta damnum aliquod pupillus damnum quandoque ſenſurus ſit, alioqui tenetur eo nomine actione tutelæ ad indemnitatem præſtandam pupillo, præſertim ſi tale illud ſit quod factu. us tutor fuerit in cauſa ſua propria: cùm à tutoribus pupillorum eadem diligentia exigenda ſit circa adminiſtrationem rerum pupillarium, quam paterfamilias rebus ſuis ex bona fide præſtare debet *leg. à tutoribus 32. in prin. leg. tutor 13. §. non eſt audiendus & tot tit. de admin. tutor. d. l. ſi tutor 17. de author. tutor. leg. 2. C. ſi tut. vel curat. non geſſer.* Atqui pupilli tutor iurare in litem pro eo poteſt ſi velit, vt ſubijcitur in verſicul. *ſi tamen.* Ergo vt pro eo iuret cogendus eſt, etiamſi iurare nolit, non quidem coactione præciſa, ſed ſaltem cauſatiua, id eſt, niſi eo nomine pupillo teneri malit actione tutelæ *d. l. ſi tutor.* Alioqui euidenter manebit pupillus in damno ſi nec iurare ipſe per ſe poſſit, nec per matrem ſuam etiam quæ pro eo iurare parata ſit, vt ſtatim ſequitur in hac lege, niſi tutor qui pro eo iurare ſi velit, poteſt, iurare etiam inuitus cogatur.

DEC. Graue nimis eſſe videtur, & eſt, vt ignorans & inuitus tutor ſub alieni compendij emolumento periurium anceps ſubire cogatur: nec enim tantopere damnoſum aut periculoſum tutori debet officium ſuum eſſe, quod tanquam publicum inuitus fortaſſe ſuſceperit, aut ſaltem vt ſuſciperet, cogi potuerit *leg. videlicet 29 ſupr. ex quibus cauſ. maior leg. 3. §. vlt. inf. de teſtib.* Nam nec in cauſa ſua & propter proprium compendium anceps periurium ſubire cogeretur, vt benè ratiocinatur Accurſius ex *leg. iuſiurandum, & ad pecunias 34. in fine princip. ſupr. tit. proxim. & leg. de die 8. §. penult. ſupr. qui ſatiſd. cogant.* cùm anima hominis rebus omnibus ſit præferenda *l. ſancimus nemini 21. C. de ſacroſ. eccle.* Et generaliter iniquum ſemper eſt cogi quem de alieno facto iurare, adeò vt nec de facto defuncti iurare cogi poſſit heres quāuis defuncti perſonam repræſentet, quia igno-

rare

quia ignorare probabiliter poteſt contractum, & factum defuncti, inquit Paul. *libr. 2. ſentent. tit. 1. §. 4. iuncta l. vlt pro ſuo. l. quis in alterius 42. de reg. iur. l. Marcellus 1. §. pen inſr. rerum amot.* Nec tamen eo tamen verendum eſt, vt iacturam ex eo vllam pupillus incurrat, cùm nihil vetet etiam aliter quam per iuſiurandum æſtimari rem pupilli, quomodo eſſet neceſſariò æſtimanda ſi ex contractu ſtricto peteretur, niſi in caſu *l. prox. inſr. verſ. planè.* ſed compendium & lucrum duntaxat amittit pupillus, quod acquireret ſi pro eo tutor iurare vellet, quandoquidem per hoc iuſiurandum æſtimatur contumacia vltra verum rei precium *l. 1. ſupr.* eáque contumaciæ æſtimatio tota in lucro & compendio eſt. Ideoque nimirum in hoc demum iureiurando grauius periculum eſt ne periurium incurratur, quàm in deciſorio, quod de rei veritate eſt, non de iurantis adfectione, cui cùm ex iuris neceſſitate legiſlator indulget, vt rei dolum & contumaciam puniat, multò magis credendum eſt indulturum ſibi plus æquo actorem, cui in infinitum iurare permittitur, niſi propriæ conſcientiæ teſtimonio ac pudore coerceatur. Nec remedij loco induci poteſt, vt taxetur certa quantitas intra quam iurari oporteat. Nam præter id, quod ius illud nouum & totum Tribonianeum eſt, vt iam diximus & docebimus *ad §. iurare i fr.* non ideo fit taxario, vt ſine periurij periculo ad eam vſque quantitatem iurari omnimodo debeat, ſed vti ne vltra quantitatem illam iurari poſſit, nec ſi re vera pluris interſit. Itaque intra taxatam quantitatem periurium incurri non minùs poteſt, quàm ſi taxata quantitas non eſſet: imò tantò faciliùs quantò ſolet quiſque audiùs iurandi licentiam ſibi ſumere ad taxatam vſque quantitatem, dum putat impunè hoc facere ſibi per leges & Deum licere, quod per iudicem licet. Proinde nec mirum eſt non cogi tutorem præſtare pupillo authoritatem ad iurandum in litem, non magis quàm vt tutor ipſe iuret, cùm ea quoque ratione anceps periurium æquè poſſit incurrere. Quæ omnia longè diuerſa ſunt in iureiurando deciſorio, in quo de veritate rei iuratur, cuius ſi tutor conſcius ſit, nullum periculum eſt ancipitis periurij, propter quod iuſtè recuſari iuſiurandum à tutore poſſit, qui adminiſtrandarum rerum pupillarium ius habet, ſi modò iuſiurandum ei deferatur tanquam de re quam ipſe certam habeat, & exploratam, vt in *leg. quoties 21. §. ſi tutor ſupr. de noxal. action.* de qua tamen ſi dubitet, vt ancipitis periurij periculum vereri debeat, non tam præcisè iurare cogitur, quin referre etiam poſſit ſi malit, quemadmodum & ab initio deferre illud poſſet *leg. iuſiurandum quod 17. §. ſi tutor. ſupr. titul. proxim.* Quiſquis enim deferre poteſt, idem multò magis audiendus eſt ſi referre velit, cùm faciat ex neceſſitate *dict. leg. 34. §. datur autem, & l. manifeſta 38. eodem titul.* Nec ei quandoque imputare poterit pupillus ſi ex relatione victus ſit, cur non potiùs tutor iurauerit, atque ita litis victoriam pupillo comparauerit, cùm non fuerit cogendus præcisè de alieno facto iurare *dict. l. Marcellus § penult.* nec anceps periurium ſubire, vt hîc Vlpianus ſcribit. Idémque iuris eſt ſi pupillo delatum ſit iuſiurandum ea lege, vt tutore authore iuret, quomodo certè deferendum eſt, ne alioqui nimis ſtultè feciſſe videatur, qui pupillo ad iurandum ſine tutoris authoritate detulerit *dict. l. 34. §. pupillo ſupr. hoc tit.* cùm eo caſu non minùs ſeruandum ſit à Prætore iuſiurandum, quàm ſi à tutore authore aut à maiore præſtitum eſſet *d. l. qui iuraſſe 26 eod.* vt ſcilicet hoc caſu cogendus ſit tutor, vel authoritatem pupillo præſtare, ſi facti veritatem perſpectam habeat, aut ipſe pupilli nomine iuſiurandum referre, vel ſaltem pupillus ipſe tutore authore, vt in *d. l. 17. §. pupillus ſupr eod tit prox.* Cæterùm ſi neque authoritatem pupillo præſtare, neque iuſiurandum referre tutor cogeretur, nulla ſupereſſet ratio litis per iuſiurandum finiendæ, eſſetque pupilli ætas, & quæ per ætatem contingit ignorantia captioſa ipſius aduerſario, ſi fortè is aliam probandæ intentionis ſuæ rationem non haberet: quod tamen iniquum eſſet *leg. quod autem 7. §. ſi quid cum pupillo inſr. quæ in fraud. credit.* vbi dicitur, quod alioqui mirum videri poſſit eſſe pupillum in hoc deterioris condicionis, quàm ſint cæteri creditores, qui non aliter actione Pauliana, & interdicto fraudatorio tenentur, quàm ſi fraudem ſciuerint, & participauerint. Neque tamen id mirum videri debet: eſſet enim multò iniquiùs, debitoribus licere cum pupillo contrahere, aut aliud negotium gerere in fraudem creditorum: quemadmodum ſolemus dicere, iniquum eſſe cogi eum, qui cum pupillo non contraxerit, expectare pupilli pubertatem *l. 3 verſic Marcellus inſr. quibus ex cauſ. in poſſ. eat.* Iuſiurandum verò in litem in eo non ſolùm minùs neceſſarium, ſed etiam minùs fauorabile eſt, quod non ad decidendam litem, ſed ad æſtimandam eam pertinet, nec præſtatur deferente aduerſario, aut ad aliquam ipſius vtilitatem, ſed in eius odium ad ſolam vtilitatem iurantis, vnde fit, vt nec referri vnquam poſſit. Tantò iuſtius ergo videri debet quod Imperatores reſcripſerunt, non eſſe cogendum tutorem, vt pupilli nomine inuitus iuret. In quolibet alio iureiurando aliud eſt *l. 2. §. quod obſeruari. Cod. de iureiur. propt. cal. dand. §. 1. leg properandum 13. §. vltim. Cod. de iudic.* Et ita bene Accurſius.

b *Vel matrem pupilli admittendam.* RAT. DVB. Nullus adfectus vincit maternum, ſicut nec paternum *l. vltim. C. de curat. furioſ.* niſi maternus: viſcera enim materna neſciunt patientiam. Ergo quod indulgetur adfectioni tutoris adeoque curatoris, vt pro pupillo vel adoleſcente iurare in litem poſſint ſi velint quamuis non cogantur, vt Vlpianus ſubiicit in *verſic. ſi tamen.* cur matri pupilli denegabitur, quæ æſtimationem rei pupillaris non minùs ſcire, quàm tutor ipſe poteſt ſi tantam adfectionem filio ſuo præſtare velit, vt iurare parata ſit? præſertim cùm etiam patri concedatur iurare pro filio in actione Rerum amotarum, ſi velit, tametſi non cogatur *d. l Marcellus 11. §. penult. inſr. rer. amot.*

DECID. Mater quæ tutrix non eſt, non habet legitimam perſonam iurandi pro filio, etiamſi maximè velit, adeoque nec ſtandi in iudicio propter ſexus verecundiam, & conſilij infirmitatem *l. alienam 18. Cod. de procurat. l. 3. de reg. iur. l. 1. ſupr. de poſtul.* Meritò igitur diui fratres reſcripſerunt, non eſſe matrem admittendam ad iurandum pro pupillo, etiamſi iurare parata ſit: minùs enim iuris habet quàm tutor, qui legitimam perſonam gerit ad agenda ea omnia, quæ pupilli nomine, ſiue in iudicio ſiue extra iudicium agenda ſunt *l. 1. & 2. C. qui legit. perſonas ſtand. in iudic. hab.* Ideoque cogitur tutorem petere pupillo filio *l. matris pietas 6. C. qui pet. tutor. l. 2. inſr. ad SC. Tertyll.* quòd non ita eſſet, ſi poſſet illa tanquam mater omnia gerere pro tutore. Minùs item, quàm

pater *d.l.Marcellus §.pen.* non quia pater ſit legitimus adminiſtrator filij, non etiam mater, niſi quæ tutrix eſt, (etſi enim verè hoc dicitur hodie poſt *l.cùm oportet 6.& l.vltim.C.de bon.quæ liber.* quibus primùm hoc ius legitimæ adminiſtrationis inductum eſt, non tamen conuenit Vlpiani temporibus, cùm patri tum ſufficeret ius patris, & incognitum eſſet in eius perſona nomen legitimi adminiſtratoris) ſed quia propter patriam poteſtatem cenſetur eadem eſſe patris & filij perſona *l.in ſuis 11.de liber. & poſthum. l.nec cum filiofamilias 16.inſr.de furt.* quod de matre nemo vnque dixerit, quia nec matris poteſtas vlla eſt, nec habent fœminæ liberos in poteſtate *l.4.§.ad teſtamenta inſr.de bon.poſſ.contr.tab.l.mulierem 5.C.de adopt.* Ideo autem loquor de matre quæ tutrix non eſt, quia ſi tutrix ſit, nihil cauſæ eſt cur ei denegetur quod cæteris tutorib. permittitur, ideò quòd ſit & mater. Ex quo apparet non eſſe bonam rationem quæ adfertur ab Accurſio propter quam non ſit permittendum matri, vt in litem iuret pro filio, quamuis impubere, quia, inquit, filium ſuum plus quàm ſe ipſam diligit, quaſi ex ea cauſa credendum ſit iuraturam illam in immenſum. Quod ſi verè diceretur, nec illo caſu permittendum eſſet ei iurare quo tutrix eſſet: nec enim qualitas illa ſuperueniens naturam tollit aut deſtruit, ſed ſupponit, vt de Dei Opt. Max gratia dicunt Theologi. In eòque Accurſius bene à Bartolo reprehenſus eſt, illa etiam ratione, quòd cuilibet permittatur iurare in cauſa propria ad litem æſtimandam *l.vulgo 5.l.tutor 8.inſr.hoc tit.* cùm tamen maior non ſit cuiuſquam adfectio erga alium quàm erga ſeipſum. Vera igitur ratio illa eſt, quam attulimus, quòd mater, quæ tutrix non eſt, legitimam perſonam non habeat ſtandi in iudicio pro filio. Nam quæ à Bartolo ipſo adfertur ex *dict.l.vulgo.* quòd non alius in litem iurare poſſit, quàm qui litis dominus eſt, quique litem ſuo nomine conteſtatus fuerit, perinde matrem tutricem ab hoc iureiurando ſummoueret, atque ſi tutrix non eſſet, cùm non ob id quod tutrix eſt, fiat litis domina, cùmve ſuo nomine cõteſtari poſſit. Nec tamen mirandum eſt Vlpianum noſtrum hîc non diſtinguere, an mater tutrix ſit necne, quia iure vetere non poterat mater tutrix eſſe liberorum, quòd virile id eſſet munus & officium vltra muliebrem ſexum, niſi ſi quando ex reſcripto Principis ſpecialiter id conceſſum eſſet *l.vlt. inſr. de tutel.d.l.3.de reg. iur.d.l.alienam 18.C.de procurat.* Sed hodie tamen diſtinctio hæc neceſſaria eſt, poſtquam placuit Iuſtiniano, vt mater non ſolùm legitima tutrix filiorum eſſe poſſit, ſed etiam vt cæteris tutoribus legitimis, ſi tutrix eſſe volet, præferenda ſit *Nouell.118.de hered. ab inteſt venient.c.5.§.ex his autem & tot.tit. Cod.quand. mulier tutel.offic.fung.pot.*

c *Curatores quoque pupilli vel adoleſcentis.* RATIO DVB.& DEC. in curatoribus pupillorum eadem eſt quę in tutoribus. Quoties enim pupillo curator datur, quod non aliter faciendum eſt, quàm ſi iam tutorem habeat (nec enim habenti tutorem tutor dari poteſt *tot.tit. C.in quib.cauſ.tutor hab.*) eadem ratio eſt curatoris, quæ tutoris, in cuius locum datur ac veluti ſubſtituitur, cùm æquè detur perſonæ *dict.l.à tutoribus 32.in princip.de admin. & peric.tutor.* quod in minoris curatore ſecus eſt, quia bonis tantùm datur non perſonæ, nec quicquam adoleſcentis nomine facere poteſt, niſi vt pro eo iudicium ſuſcipiat *l.2.inſr.de admin.tutor.* ſed authoritatem tantùm ei præſtare debet. Multò igitur minùs cogendus eſt curator adoleſcentis, vt pro eo iuret, cùm adoleſcentis perſonam non repræſentet, quomodo tutor repræſentat perſonam pupilli, neque quod pro eo legitimam perſonam in iudicio ſtandi habeat *dict.l.2.* facere debet, vt eò magis iurare cogendus ſit. Nullum enim periculum eſt ancipitis periurij ſuſcipiendo iudicium, quomodo eſſet iurando in litem ex adfectione adoleſcentis nomine, ſicut in tutore proximè diximus. Planè ſi iurare velint, poſſunt, vt ſequitur. Quòd ſi nolint, melior futura eſt condicio adoleſcentis quàm pupilli, quia poteſt adoleſcens iurare ſi velit, vt ſequitur in hac lege, at pupillus non poteſt. Contentus ergo eſſe cogetur præſenti æſtimatione taxanda ex communi hominum opinione: ideóque nec in totum damno adficietur, ſed iuſtum preciũ pro formali accipiet, in quo nihil damni eſt, ſed tantùm minùs lucri. Quanquam nec nouum eſt, vt pupillus ſit deterioris condicionis ob hoc ipſum quod ſit melioris, vt in *l.quod autem 6.§.ſi quid cum pupillo inſr.quæ in fraud.credit.*

d *Si tamen tantam adfectionem.* RAT. DVBIT. Authoritas iuris non patitur, vt alius in litem iuret quàm qui dominus litis eſt, quique litem ſuo nomine conteſtatus eſt *l.vulgo 5.inſr.hoc tit.* Nam ad vtilitatem iurantis referri hoc iuſiurandum debet, vtilitas autem tutoris vel curatoris nulla eſſe poteſt in lite, quæ vel pupilli eſt, vel adulti. Ergo quamuis tantam affectionem pupillo ſuo vel adoleſcenti tutores vel curatores præſtare velint, vt pro iis in litem iurare parati ſint, authoritas tamen iuris refragatur, ne hoc eis licère debeat: numquam enim adfectioni indulgendum eſt, cùm authoritas iuris refragatur *l.ex damni 40.inſr. de damn.infect.* Nec eſt quod quis cum Accurſio & Bartolo reſpondeat, tutorem domini loco habendum eſſe, cùm bene adminiſtrat ex *l.qui fundum 7.§.ſi tutor inſr.pro empt.l.interdum 56.§.qui tutelam. inſr. de furt.* Etſi enim de tutore id verè dicitur, & de curatore pupilli qui tutoris loco eſt, vt proximè diximus, de curatore tamen adoleſcentis non ſimiliter dici poteſt, cuius vtique non tanta eſt poteſtas quanta tutoris, & de quo nihil tale vſquam ſcriptum eſt, cùm tamen eadem ipſius ratio conſtituatur quæ tutoris in hac lege.

DECID. Tam curatores quàm tutores perſonam habent legitimam ſtandi in iudicio, nec minùs curatores minoris pro adulto quàm tutores pro pupillo *dict.l.2.inſr. de adminiſtr.tutor.* Ergo & ad facienda, ſi velint, omnia ea quæ in iudicio facienda ſunt ad vtilitatem pupilli vel minoris, præſertim vt iudicio, quod ab ipſis acceptum eſt, finis imponatur: quid enim magis agere bonus tutor vel curator debet, quàm vt pupilli ſui vel minoris litem quàm citiſſimè finiat? *l.1.Cod.de admin.tutor.* Et quid prodeſſet iudicium pro pupillo vel pro adulto accepiſſe, ſi non ei finis quoque adhiberetur? *l.properandum 13. Cod. de iudic.* Atqui finis liti imponitur per iuſiurandum in litem, non quaſi ad decidendas lites comparatum ſit, vt noſter Accurſius ſentire videtur ex *l.3.C.de rebus credit.& l.1.ſupr.tit.prox.* quæ non de hoc iureiurando loquuntur, ſed de deciſorio, at potius quia liti & controuerſiæ finis imponi non poteſt niſi per ſententiam *l.1.inſr. de re iudic.* per abſolutionem ſcilicet aut condemnationem, vt ea lex ait. Condemnatio autem fieri non poteſt, niſi in quam litis æſtimatio deducatur, vt docuimus ad *l.1.ſupr.* nec denique litis æſtimatio fieri

Digitized by Google

fieri niſi per hoc iuſiurandum quoties ei locus eſt. Iuris ergo authoritas non refragatur quominus poſſint & tutores & adoleſcentis curatores pro eo in litem iurare in conſequentiam eius quod etiam inuiti ſuſcipere iudicium compelluntur: quamuis non ideo iurare inuicti cogantur, ſed ita demum poſſint ſi tantam adfectionem præſtare pupillo vel adulto velint. Ideoque nec ad ſuam vtilitatem iurant, ſed ad vtilitatem pupilli vel adulti, pro quo iurant, vt de procuratoris ſtipulatione ſcriptum eſt *in l. penult. ſupr. ſi quis cautión.* quia nec tutorum vel curatorum vtilitas in eo vlla eſt, ſed adfectio duntaxat. Datur enim iuſiurandum huiuſmodi ex adfectione quidem iurantis, ſed ad vtilitatem agentis qui litis dominus eſt, & cuius nomine facta fuit litis conteſtatio, quoties alius iurat quàm qui dominus litis eſt: quod tamen rariſſimè contingit, & extra caſum huius legis fortaſſe numquam. Nec quod hoc iuſiurandum adfectionis eſſe dicitur, facit, vt eò minùs dari ad vtilitatem debeat, cùm adfectionem iurantis non nudam eſſe oporteat, ſed iuſtam, vt de traditione ſcriptum eſt in *l. numquam nuda 31. de acquir. rerum domin.* id eſt, ad eam vtilitatem cōſequendam quæ actori iure debeatur, qui inuitus re ſua carere cogitur, ne ſcilicet eam iuſto precio vendere compellatur. Adfectio non poteſt niſi eius eſſe qui iurat, nec rurſum vtilitas niſi eius cuius lis eſt, hoc eſt cuius nomine lis fuit conteſtata. Itaque iuſiurandum tutoris vel curatoris non ita concipiendum eſt, vt iuret tutor vel curator pupillum, vel adultum ſuum nolle pro tanto carere re ſua, vt malè putat Accurſius (de ſua enim adfectione non de aliena iurare quemque oportet) nec rurſum quòd ſi ipſe tutor eſſet eius condicionis, cuius eſt pupillus, & in loco pupilli, nollet illa re pro tanto carere, quomodo Bartolus loquitur ex *l. continuus 137. §. cùm ita*, in illis verbis *quo plerique eius condicionis homines ſolent peruenire. inſt. de verb. obligat.* nec denique, quomodo Zaſius, tantum prodeſſe id pupillo potuiſſe, idque ſe certo æſtimare cùm pupilli facultates notas habeat. Purum enim non condicionale iuſiurandum eſſe oportet, nec pupilli ætas & condicio ſpectanda eſt ad augendam æſtimationem, ſed ſola rei contumacia contrà quàm formula Bartoli innuere videatur, ſicuti neque ineunda æſtimatio eſt ex comparatione aliarum facultatum pupilli, aut ex earum notitia, vt ſenſit Zaſius, cùm æſtimanda ſit ea res ſola quam reus per dolum aut contumaciam noluerit reſtituere, nec quod ampliores, aut minores alias facultates pupillus habeat, minuere vel augere æſtimationem rei controuerſæ debeo, ſed omni caſu contumacia rei æſtimanda eſt vltra precium *d. l. 1. ſupr.* Sic igitur concipiendum eſt, vt ſiue tutor pupilli, ſiue curator minoris iuret ſimpliciter *tanti intereſſe pupilli vel adulti ſui.* Ita enim fit, vt cùm tutor, vel curator ille ſit, qui iurat nulla adfectionis pupilli vel minoris facta mentione non de alia adfectione, quàm de ſua iurare videri poſſit, nec tamen de ſua vtilitate, ſed pupilli vel adulti ſui, cùm iuret pupilli vel adulti ſui tanti intereſſe. Quod quia ſine ancipitis periurij periculo fieri non poteſt, hoc ipſo ſatis monetur & coercetur tutor & curator ne pluris aut rem ipſam, aut poſſeſſoris dolum vel contumaciam æſtimet pro vtilitate pupilli, quàm ſi pro ſe ipſo iuraret ſuàmque vtilitatem æſtimaret.

c *Cuius nomine tutela ratio poſtulatur.* legendum omnino eſt *tutelæ ratione poſtulatur.* Non enim tractatur hîc de pupillo, qui rationem tutelæ à tutore ſuo exigat quod in ea ætate facere pupillus nunquam poteſt *l. niſi finita 4. infr. de tutel. & ration. diſtrahen.* ſed de tutore qui pupilli nomine, & tanquam tutor rem pupillarem ab iniuſto poſſeſſorē vindicet, aut etiam actione in perſonam perſequatur, eóque per dolum vel contumaciam nolente reddere, ipſius rei æſtimationem poſtulet. Accurſius qui hoc bene vidit, interpretari cogitur, Rationem tutelæ, id eſt, inquit, *debitum occaſione tutelæ, quia tutor eſt*, ſed parum feliciter: poſtulat enim tutor æſtimationem rei pupillaris non quaſi debitam, ſed vt æſtimet rem pupilli & contumaciam poſſeſſoris.

f *Adoleſcens verò ſi velit iurare poteſt.* Rat. dvbit. Adoleſcens qui curatorem habet, æquiparatur pupillo, vt vulgò & interpretes & pragmatici noſtri ſentiunt ex *l. ſi curatorem habens Cod. de in integr. reſtit. minor.* Atqui pupillus iurare in litem nullo modo poteſt etiamſi velit maximè, vt in huius legis initio ſcriptum eſt. Ergo nec adoleſcenti curatorem habenti permittendum eſt, vt in litem iuret. Tractari autem hîc de adoleſcente curatorem habente apparet non ex eo ſolùm, quod proximè lex dixit de curatore adoleſcentis volente aut nolente iurare pro adoleſcente, ſed ex eo quoque, quòd iuſiurandum in litem conuentionale & extraiudiciale nullum eſt, ſed illud tantum, quod ab ipſo iudice & conſequenter in iudicio defertur, vt dicemus in §. *ſeq.* In iudicio autem ſtare adoleſcens ſine curatore non poteſt *dict. l. 2. de author. tutor. l. ſecunda. Cod. qui legit. perſonam ſtand. in iudic. hab. l. cùm & minores 4. Cod. ſi aduerſ. rem iudic. l. contra pupillum 44. de re iudic.*

Decid. Adoleſcens in ea ætate eſt, vt omnia quæ agit, & agendorum cauſas poſſit intelligere, ideoque nec tutorem habere poteſt, nec curatore vllo inuitus indiget niſi ad lites exercendas: extra quem caſum nec inuito datur, ſed tantùm petenti *§. item inuiti. Inſtit. de curat.* Proinde nihil vetat eum iurare in litem, cùm peierare etiam poſſit, & ſciens fallere ſi velit, quod non æquè de pupillo dici poteſt *leg. qui iuraſſe 26. ſupr. titul. proxim.* Nec quod curatorem habet, facere poteſt, vt tantò minùs vel ætatis vel iudicij habeat, pupillóque ſit in omnibus, & per omnia æquiparandus, vt malè noſtri putant. Ideoque & ſine curatore ſuo rectè obligatur *l. puberes 101. de verborum obligationib.* cùm tamen pupillus obligari ſine authoritate tutoris non poſſit *leg. obligari 9. de author. tutor.* Qua ratione nec probare vnquam potui quod iiſdem interpretibus & pragmaticis noſtris placet, Conſtitutionem Friderici Imperatoris, de qua in *Auth. ſacramenta puberum. Cod. ſi aduerſus vendit.* in eo pubere non eſſe obſeruandam, qui curatorem habeat, quaſi iuſiurandum eius propter curatorem non iam ſit puberis, ſed impuberis: quod certè perridiculum eſt. Alioquin ſi pubes qui ſub adminiſtratore eſt, pupillo æquiparari debet, quidni damus ei quoque tutorem non curatorem? An non iſta implicant contradictionem, vt quia pubes eſt non impubes curatorem accipere debeat non tutorem, & tamen ſtatim atque curatorem habet, hoc ipſo pro impubere ac pupillo habendus ſit, atque ita deſinat quodammodo pubes eſſe? Fateor puberem qui curatorem habeat, non poſſe res ſuas alienare ſine authoritate curatoris non magis quàm

ſi pupillus eſſet aut prodigus, cùm ea res pertineat ad bonorum adminiſtrationem, quæ tota conſilio & authoritati curatoris commiſſa eſt, cuius datio alioquin vana & inutilis eſſe videretur. Quæ ſententia & ratio eſt *dict. l. ſi curatorem habens*, ſed in cæteris quæ ſunt extra cauſam adminiſtrationis, quale eſt, vt minor ſe obliget per ſtipulationem, aut vt iuret, dico non magis impediri eum, vt iſta faciat, etiamſi curatorem habeat, quàm vt poſſit teſtari, quod nec permittendum ei eſſet, ſi pupillo in omnibus & per omnia æquiparandus eſſet. Neque apertior aut accommodatior alius in toto iure noſtro locus quærendus eſt, quàm hic, vt interpretum & pragmaticorum error ille, præſertim quod ad puberum ſacramenta pertinet, conuellatur. Simile eſt quod Iuſtinianus ſcribit *in §. impuberes. Inſtit. de ſuſpect. tutor.* Impuberes non poſſe tutores ſuos ſuſpectos facere, ſed puberes poſſe curatores ſuos accuſare, dum id faciant ex conſilio neceſſariorum. Sanè ratio quam adfert Accurſius, propter quam permittendum ſit adoleſcenti iurare in litem, quia, inquit, de ſuo commodo agitur, non poteſt eſſe bona, cùm æquè pupillis ac minoribus condicionem ſuam meliorem facere liceat, nec poſſint minùs in eo eſſe fauorabiles quàm adulti *d. l. obligari 9. infr. de author. tut. l. Iulianus 13. §. antepen. infr. de action. empt.* Illud bene Accurſius docet, obligari minorem, vt à iudice interrogatus iuret de veritate dicenda. Etſi enim locus hic non eſt de iureiurando veritatis, ſed adfectionis, vt docuimus, dubitari tamen non poteſt quin ei cui de adfectione quoque iurare permittitur, multò magis licere debeat de veritate iurare: eſt enim veritatis habendæ fauor maximus ſemper, & præcipuus, *l. 2. C. de edend. l. 3. l. Imperatores 29. §. 1. & paſſ. infr. de probat.*

1 ¶ Deferre autem iuſiurandum iudicem oportet. cæterùm ſi alius detulerit iuſiurandum, vel non delato iuratum ſit, nulla erit religio, nec vllum iuſiurandum, & ita conſtitutionibus expreſſum eſt Imperatoris noſtri, & Diui patris eius.

*Ad §. 1. Deferre.*

Ratio dubit. Iuſiurandum de rei & negotij quod in litem deductum eſt, deciſione interpoſitum maioris momenti eſt quàm iuſiurandum in litem, quod non interponitur niſi ad litem æſtimandam: plus enim eſt litem decidere quàm æſtimare. Atqui iuſiurandum illud deciſorium, de quo actum eſt titulo ſuperiore deferri etiam ab aduerſario poteſt, adeoque extra iudicium *l. iuſiurandum quod ex conuentione 17. in princip. & paſſ. ſupr. tit. proxim.* Ergo & iuſiurandum in litem poterit, ne cui liceat quod plus eſt, non liceat quod eſt minus contra regulam *l. non debet cui 20. de reg. iur.* Et verò cùm volenti nulla fiat iniuria, *l. in diem 9. §. 1. de aqua & aqua pluuia arcend.* cur non licere debeat reo actorem teſtem in propria cauſa conſtituere ad æſtimandam litem, quem poſſet etiam iudicem conſtituere ad eam quoque decidendam *l. 1. infr. quarum rer. act. non dat.* Denique an non eſſet commodius iudici eam ſequi litis æſtimationem quæ per iuſiurandum actoris ex rei delatione facta eſſet? *l. ſi conuenerit 26. infr. de re iudic.* Decio. Iuſiurandum hoc in litem defertur ex mera ratione & neceſſitate iuris *l. vlt. infr. hoc tit.* quoniam iudex ad cuius ſolius officium pertinet, vt litem æſtimet, & ad eam litis æſtimationem inuitum quoque reum condemnet, non aliter officio ſuo fungi poteſt, quàm ſi actori rem ſuam, aut per vindicationem petenti, aut actione aliqua bonæ fidei ex contractu perſequenti iuſiurandum deferat, quanti æſtimet, quòd per dolum aut contumaciam poſſeſſoris inuitus re ſua carere, eámque certo precio vendere cogatur: quod ſicuti facere ex officio ſuo iudex compellitur, adeoque, vt puto, etiam actore non petente (nec enim petendum eſt quod ex iuris neceſſitate omnimodo à iudice faciendum eſt, & multa ſunt quæ iudex etiam inuitus nec requiſitus facere cogitur, vt officio ſuo bene fungatur) ita nec curare debet aut expectare aduerſarij delationem, nec pati vt ex ea delatione præſtetur iuſiurandum, quod inuito quoque deferente præſtandum eſſet. Multò minùs actor iurare debet ex delatione aduerſarij, niſi eo caſu quo reus condicionem deferret, vt ad certam & taxatam quantitatem condemnaretur, ſi actor iuraſſet tanti ſua intereſſe, vt in *l. ſi quis cum debitore 39. ſupr. titul. proxim.* nempe ſi non maiorem quantitatem iurare actor vellet. Hoc enim caſu non cogeretur iurare, ne alioqui eſſet in poteſtate rei taxare quantitatem iuriſiurandi, atque ita litem pro ſe contra actorem, id eſt, vice actoris contra ſe æſtimare, ſi iuriſiurandi delatio à reo facta ad eam vſque quantitatem quam actor iurauerit, vt ponit Bartolus omnino vana & inutilis eſt. A iudice igitur ipſo tantùm deferendum eſt hoc iuſiurandum, ideoque iudiciale ſemper eſt, nec vnquam extraiudiciale, quia finiri quidem controuerſia poteſt etiam priùs quàm lis moueatur, ſcilicet ſi ab omni controuerſiæ metu, vel per tranſactionem, vel per iuſiurandum diſcedatur *l. 2. C. de tranſact. l. 2. ſupr. tit. proxim.* ſed litem æſtimari antequàm mota ſit, aut ab alio quàm à iudice impoſſibile eſt. Planè ſi conuenerit inter litigatores quanti lis æſtimanda ſit, non dubitabit iudex eam ſequi conuentionem *dict. l. ſi conuenerit*, ſed aliud eſt litem æſtimari mutua conuentione litigantium, quod ſemper fieri poteſt, aliud verò æſtimari inuito reo ab actore, quod non niſi in iudicio & deferente ipſo iudice vnquam fieri debet, ne voluntas vnius ex litigatoribus authoritati iudicis antepoſita videatur, ſi quod ſoli iudici ex officij neceſſitate facere incumbit aduerſario facere concedatur *arg. l. 1. §. inde quaeritur. infr. de noui oper. nunciat.* Denique quid poteſt aduerſarij delatio prodeſſe, qua ceſſante iudex æquè iuſiurandum deferre poſſit, & debeat? In iureiurando deciſorio aliud iuris eſt, quia nunquam à iudice defertur, ſed ſemper à parte.

2 *Vel non delato eo iuratum ſit.* Rat. dubit. Iuſiurandum hoc in litem, non defertur niſi ex iuris neceſſitate, vt modò diximus, ex *leg. vltim. infr. hoc titul.* Ergo etiam non delatum præſtandum eſt, & præſtiti religio conſeruari à Prætore debet, cùm non poſſit videri perperam factum, quod ex mera iuris ratione & neceſſitate factum eſt

*l. ſi mu-*

*l. ſi mulier 59. §. ex aſſe in fin. infr. de iur. dot.*

DECID. Solius iudicis eſt litem æſtimare & officio eius hoc incumbit *Tit. Inſtit. de offic. iudic.* Ergo ſi quando æquum ſit & neceſſarium ab actore ipſo litem æſtimari, vt ipſe iudicis quodammodo vice ac partibus fungatur, non ab alio quàm ab ipſo iudice poteſtatem illam accipere & poteſt & debet: quam porrò nec iudex nec ratio ipſa iuris paſſim indulget actori, ſed certis tantùm caſibus, & actionum generibus, de quibus dicemus *ad l. ſeq.* Delati igitur iudicis præcedere debet præſtationem, causæ autem cognitio delationem: quod ſi factum non fuerit, meritò Vlpianus ait, nullam fore religionem, nullum iuſiurandum, & ita expreſſum eſſe pleriſque conſtitutionibus Imperatorum. Quid enim magis ſuſpectum videri poteſt, quàm ſi quis vltro ſe ingerat, vt iudicem & teſtem ſe conſtituat in propria cauſa, & quod iudicis authoritate fieri debeat, ſibi velit adrogare? quod nec poſt latam à iudice ſententiam facere vnquam licet *l. miles 6. §. qui iudicati infr. de re iudic. l. non eſt ſingulis 186. de reg. iur.* Quare nec facilè probare poſſum, quod tradit Bartolus, etiam notarium cauſæ, quem Pragmatici noſtri grapharium appellant, poſſe iuſiurandum hoc deferre, dummodò, inquit, deferat mandante ipſo iudice & præſente, quaſi, inquit, iudex hoc facere videatur *arg. l. falſus 43. § ſi is qui infr. de furt. l. ſi procuratori præſenti 79. de verb. oblig.* Nam cùm expreſſim, & ſpecialiter mandatum ſit Imperatorum conſtitutionibus, vt iudex ipſe deferat, nõ poteſt nec debet alteri deferendum mandare ne rem ſibi commiſſam negligere videatur *l. cùm hi 8. § ſi Prætor & ſeq. ſupr. de tranſact. l. 1. de offic. eius cui mandat. eſt iuriſd.* nõ magis quàm notario committere, vt ipſe iudicet inter litigatores & pronunciet: huius ſiquidem iuriſiurandi delatio quid aliud eſt, quàm ſententia & pronunciatio iudicis, reum condemnantis quanti actor in litem iurauerit? *l. qui reſtituere 68. verſ. ſi verò non poteſt, & ſequ. ſup. de rei vindic. l. ſi fundus 16. § in vindicatione infr. de pignor.* Fit enim hæc delatio ſemper, & fieri debet per viam condemnationis, neque poſt hanc pronunciationem faciendum iudici quicquã ſupereſt, cùm taxatio condemnationis quæ facienda ſupereſt, ab ipſo actore facienda ſit, non à iudice. Facta verò per actorem taxatione, ad iudicati executionẽ veniendum eſt, quæ porrò non ad cognitionem eiuſdem iudicis pertinet qui iam iudicauit, & ſiue bene, ſiue malè officio ſuo functus eſt *l. iudex poſteaquam 55. inf. de re iudicat.* ſed ad magiſtratum qui iudicem dedit, ſiue Prætor ille ſit, ſiue alius, ad quem ſolum ex Diui Pij reſcripto pertinet, vt iudicis à ſe dati ſententiam exequatur *l. à Diuo Pio 15. eod.*

2 ¶ Iurare autem in infinitum licet. Sed, an iudex modum iureiurando ſtatuere poſsit, vt intra certam quantitatem iuretur, ne arrepta occaſione, in immenſum iuretur, quæro? & quidem in arbitrio eſſe iudicis, deferre iuſiurandum necne velit, conſtat. An igitur, qui poſsit iuſiurandum non deferre, idem poſsit & taxationem iuriiurando adiicere, quæritur. arbitrio tamen bonæ fidei iudicis etiam hoc congruit. Item videndum, an poſsit iudex, qui detulit iuſiurandum, non ſequi id: ſed vel prorſus abſoluere, vel etiam minoris condemnare, quàm iuratum eſt. & magis eſt, vt ex magna cauſa, & poſtea repertis probationibus poſsit.

*Ad §. 2. Iurare autem.*

RATIO DVBIT. In rebus omnibus honeſtus modus ſeruandus eſt, non immoderata cuiuſque luxuria ſubſequenda, inquit, *l. ex damni 40. in princip. infr. de damn. infect.* Atqui ſi actori iurare in infinitum liceat, quomodo Vlpianus hic loquitur, id eſt, ſine vlla taxatione & præfinitione, vt idem Vlpianus explicat in *l. qui reſtituere 68. ſupr. de rei vindic.* valde verendum eſt, ne is, cui tale iuſiurandum defertur, abutatur nimia illa licentia, indéque arrepta occaſione iuret in immenſum, atque ita facilè peieret, quod ferendum non eſt, nec facilè quiſquam in ancipitis periurij periculum coniiciendus *verſ. grauerum ſup. ha. lege. l. de die 8. § pen. ſupr. qui ſatiſdar. cogant.* Nemini ergo permittendum eſt, præſertim litigatori quem veſana & litigantibus omnibus inſita vincendi libido facilè ſit obcæcatura, vt iuret in infinitum. Hæc enim ſola certè ad hunc locum dubitandi ratio eſt, non quam noſtri poſt Accurſium & Bartolum adferre ſolent, quòd infinitas ſit vitanda: non enim de infinitate illa tractamus, quæ à legibus noſtris exploſa eſt, non minùs quàm à natura ipſa, & philoſophia *l. fideicommiſſa 11. §. ſi quis decem de legat. 3. l. vlt. C. de ſacroſ. eccleſ.* ſed de ſumma non definita nec taxata, vt iam explicauimus ad *l. x. ſupr.* & quæ tamen definiri ac taxari per iuſiurandum facilè poſſit non in infinitum creſcere noua perpetuáque numeri noui additione. Atque ita ſenſiſſe non modò Vlpianum, ſed etiam Tribonianum, cuius puto eſſe totum hunc §. ab illis verbis, *ſed an iudex* vſque ad §. *vlt.* ex eo apparet quod ſequitur in hoc §. *periculum eſſe* ne actorem iurare in infinitum licet, inde arrepta occaſione iuret in immenſum, ita innuens plus eſſe, & grauius, ſi quis iuret in immenſum quàm ſi in infinitum, quod falsò diceretur, ſi in infinitum philoſophico ſenſu iurare permitteretur. Nihil enim eſt tam immenſum, quod non parum ſit ſi cum infinito illo conferatur, cúmque impoſſibile ſit in infinitum eo ſenſu iurari, ſtultum certè eſt quærere an liceat iurare in infinitum, ſed multò ſtultius ſi quis dicat licere: aut ſi quis reſpondeat cum Accurſio infinitatem hanc euitari, quia taxatur ſumma à iudice. An enim ſumma illa taxari poſſit, ſiue ante delatum, ſiue poſt præſtitum iuſiurandum in litem alia quæſtio eſt, quæ nõ impedit quominùs verum ſit, quod Vlpianus generaliter & indiſtinctè ſcribit, iurare in infinitum licere, & in *dict. l. qui reſtituere ſine vlla taxatione.* Ad quam legem æquè ridiculè Accurſius reſpondet, & poſt eum cæteri, iuſiurandum in litem eo loco non taxari à lege, ſed taxandum eſſe à iudice: quaſi non de eo iureiurando ibi agatur quod defeſatur à iudice, ac proinde quod non ab alio quàm ab ipſo iudice taxari poſſit, adeoq; quod

in condemnationem deducendum ſit ſine vlla taxatione. Et tamen in hac reſponſione quaſi ſatisfacere poſſit, interpretes omnes conquieſcũt, nec mirum. Quid enim aliud poſſint dicere, vt Vlpianum eum ſeipſo concilient, ſi quod ſequitur in hoc § totum Triboniani non eſt, vt & quod ſcriptum eſt in *dict. l. qui reſtituere*, ſed Triboniani ſecum pugnantis? Nam cùm in libro 36. Vlpiani ad Edictum, ex quo libro hæc lex ſumpta eſt, non probaſſet omnino quod Vlpianus ſcripſerat iurare in infinitum licere, quaſi abſurdum id eſſet, ac euitandi huius abſurdi gratia permiſiſſet iudici non modò ante delationem iuriſiurandi certum ei modum ſtatuere, vt intra certam quantitatem iuretur, ſed etiam poſt delatum præſtitúmque iuſiurandum, id non ſequi, ſed vel abſoluere reum vel minoris cõdemnare, quamuis non niſi ex magna cauſa, vt loqui ſolet, repertíſque poſtea probationibus, idem ille cùm ad librum 51. Vlpiani ad Edictum peruenìſſet, in quo haud dubiè ſcripſerat Vlpianus ex omnium prudentum ſententia, in rei vindicatione iurari in litem, ſiue per dolum rei factum eſſet, ne rem illam reſtituere poſſet quam dolo malo deſiiſſet poſſidere, ſiue per eius contumaciam nolentis arbitrio iudicis parêre, & rem quam penes ſe haberet, reſtituere *l. 2. ſupr. hoc tit. l. eius rei 46. ſupr. de rei vindic.* exiſtimauit totà hanc Iuriſprudentiam peruertendam, potiúſque adhibendam officio iudicis manum militarem, quàm retinendam neceſſitatem iurandi in litem, contra eum qui rem habens poſſit inuitus quoque cogi ad eam reſtituendam, cùm ita fiat, vt nec re ſua carere inuitus dominus nec eam vendere compellatur. Quo ita conſtituto relinquitur neceſſariò, vt non alio igitur caſu de iureiurando in litem tractari hodie poſſit, quàm quo reus à domino conuentus reſtituendi poteſtatem ideò non habeat, quòd eam ſibi ipſi præripuerit faciendo dolo malo quominùs poſſit reſtituere, cùm tamen iurari olim poſſet illo etiam caſu quo reus poſſeſſionem habebat *l. vlt. infr. de fideiuſſ.* Nam ſi nec poſſit reſtituere, nec dolo fecerit quominùs poſſit non pluris quàm quanti res eſt, id eſt, quanti aduerſarij interfuit condemnandus eſt, vt eadem lex habet. Atqui eo caſu quo poſſeſſoris dolo malo factum ſit quominus reſtituere poſſit, quis non æquum putet cum ipſo etiam Triboniano, vt is damnetur quanti actor in litem ſine vlla taxatione in infinitũ iurauerit? Quomodo autem id verum eſſet, ſi vel ante delatũ, vel poſt præſtitum iuſiurandum taxare certam quantitatem iudici liceret? Alterutrum igitur hodie euenire neceſſe eſt, vt vel de in litem iurando quærere nunquam oporteat, vel de taxando iureiurando nunquam tractare. Et certè videtur Iuſtinianus ea lege ſuſtuliſſe iuſiurandum, quod deferebatur olim ratione contumaciæ, quæ committebatur nolente reo parêre arbitrio iudicis, iuſiurandum autem cui dolus poſſeſſoris abſque contumacia locum faciat, retinuiſſe. Olim namque deferebatur aut propter contumaciam quæ nunquam eſt ſine dolo, aut propter dolum ſine contumacia *l. 2.* vbi diximus *ſupr.* Et his verò duobus Tribonianiſmis licèt ambobus cum iuris ratione pugnantibus, ſi quis me interroget quem amplecti hac parte malim, eligam libentiùs poſteriorem, non ob id ſolùm, quod cùm Triboniana omnia pro Iuſtiniani legibus accipienda ſint, conſtat poſteriores leges & conſtitutiones Principum anterioribus eſſe potiores *l. vltim. ſupr. de conſtit. Princip.* ſed etiam, quia ſi neceſſitatem illam inducendæ manus militaris demas, quam ab hoc reo, & mecum tota Iuriſprudentia longè conuenientior eſt rationi iuris, quæ nõ magis patitur, vt iuraturo in litem taxetur à iudice certa quantitas, intra quam quaſi intra cancellos quoſdam eam iurandi licentiam & libertatem coërceat, quàm vt homini rem ſuam, ſiue ſponte, ſiue ingratis vendituro, precium certum ſtatuat, quod ille non poſſit excedere: quod & abſurdum & iniquum eſſet: hominum enim ſiue in teſtando, ſiue in contrahendo voluntates audire iudices debent, adeoq́ue Imperatores non iubere, vt habet *l. omnium 19. Cod. de teſtam. l. ſi filiofamilias 25. § maritum infr. ſolut. matrimon. l. non enim 9. Rerum amotar. & l. tutor 8. hoc tit.* Eidémque proinde Triboniano adſcribo, quod de taxanda iuriſiurandi quantitate ſcriptum eſt in *l. prox. ſeq. in l. arbitrio 18. § 1. de dolo, & in l. 3. § præterea ſupr. Ad exhibend.* Nec ſanè quiſquam dubitabit qui manum Triboniani nouerit, quin eius ſit tota illa quæſtio propoſita his verbis: *ſed an iudex modum iureiurando ſtatuere poſſit, vt intra certam quantitatem iuretur ne arrepta occaſione in immenſum iuretur quæro.* Vbinam enim gentium ſic vnquam Vlpianus noſter quæſtionem concepit? Aut an fortè Vlpianus ignorabat, quod Tribonianus certè ignorauit aliud eſſe iurare in infinitum, aliud verò iurare in immenſum, & de periurio eius qui in litem iurauerit, quæri poſſe ſi in immenſum iuraſſe proponatur? Aut cur non eadem quæſtio propoſita eſt in *d. l. qui reſtituere*, vbi & in infinitum, & ſine vlla iudicis taxatione iuratur? Quod autem ſequitur, *Et quidem in arbitrio eſſe iudicis deferre iuſiurandum necne conſtat* (vbi debuerat ſcribi *deferat necne* non *deferre necne.* dictio enim *necne* reſpondet interrogationi conceptæ per *an* non adfirmationi factæ per verbum infinitiui modi) an non euidenter falſum eſt? ſiquidem hoc iuſiurandum ex mera iuris, non tantùm ratione, ſed etiam neceſſitate præſtatur, vt toties diximus ex *l. vlt. infr. hoc tit.* neceſſitas autem iuris non eſt poſita in arbitrio iudicantis *l. 1. § 2. infr. ad SC. Turpill. l. ordine 15. infr. Ad municip. l. non quicquid 40. ſup. de iudic.* præſertim cùm iudex pedaneus omnino adſtrictus ſit formulæ Prætoris quæ deferendi iuriſiurandi neceſſitatem ei ſemper iniungit, *ſi paret rem petitoris eſſe nec arbitrio iudicis reſtituetur dolo malo aut per contumaciam poſſeſſoris.* aut detracta arbitrij mentione ſi non arbitraria actione, ſed ex contractu aliquo bonæ fidei actor rem ſuam perſequatur. Neque verò dubitandum eſt iniuſtè facere iudicem, ſi iuſiurandum in litem deneget petenti actori, eo caſu quo æquum ſit ab actore ipſo non à iudice litem æſtimari: & ab ea iudicis ſiue interlocutione ſiue denegatione actorem appellare meritò poſſe: ſicut è contrario non eſt in poteſtate iudicis, vt iuſiurandum in litem deferat actori qui non rem ſuam petat, ſed ſibi debitam duntaxat actione ſtricti iuris, aut contra eum qui non in dolo, ſed tantùm in culpa leui eſſe probetur, vt in fine huius legis ſcriptum eſt. Hoc autem errore ſuppoſito, vt in iudicis arbitrio ſit an deferat actori iuſiurandum in litem necne, pergit Tribonianus eandem quæſtionem iam propoſitam inſulsè repetere his verbis, *An igitur qui poſſit iuſiurandum non deferre, idem poſſit & taxationem iuriiurando dicere quæritur.* Et reſpondet æquè ſubtiliter ſi diis placet, *Arbitrio ſanè iudicis bonæ fidei, & hoc congruit.* Adeò fuit ei familiare, quod & Pragmaticis noſtris, vt arbitraria faciat omnia etiam ea quæ ex mera iuris ratione, & neceſſitate pendent contra *dict. l. 1. ad SC. Turpillian. & dict. l. ordine.* [illegible]

dine.

Digitized by Google

*dine* 15. *infr. ad municip.* Sed cur addidit *bonæ fidei*? An fortè quia in ſolis iudiciis bonæ fidei iuretur in litem? Atqui hoc quoque falſum eſt, nam in arbitrariis maximè ac potiſſimum iuratur per quas dominus rem ſuam, aut quaſi ſuam petat: neq; tamen de iudice bonæ fidei tractari in iis quicquã poteſt, vt nec ferè de bona fide, ſed tantùm de condemnatione ex bono & æquo concipienda §. *præterea Inſtit. de action.* quod longè diuerſum eſt. Scio in bonæ fidei iudiciis multa è contrario fieri poſſe arbitrio iudicis, vt in *l.* 5. *in prin. de vſur.* ſed non perinde iſta conuertuntur, vt in arbitrariis iudiciis aliquid dici poſſit fieri arbitrio iudicis bonæ fidei. Inepta igitur eſt hæc reſponſio. Et verò ſicut arbitrio iudicis bonæ fidei congruit, vt deferat iuſiurandum actori rem ſuam ex bonæ fidei contractu perſequenti, vel non deferat *l. prox. infr. hoc tit. l.* 3. §. *in hac commod. l. c.* §. *in depoſiti* & *l. ei apud quem* 5. *inf. depoſ.* vt & ei congruit, vt iuſiurandum quod ex iuris ratione deferre actori debuit, non taxet nec reſtringat, ne prohibeat eum iure ſuo vti & iurare in infinitum, quod ei licet, ſicut enim iuris executio non habet iniuriam l. *iniuriarum* 13. §. 1. *infr. de iniur.* ita iniuria eſt ſi quis iure ſuo vti prohibeatur: quod tamen fieri neceſſe eſt, ſi precium rei, quæ ad actorem pertinet, non poſſit actor dicere, niſi quale quantúmque iudex ſtatuerit. Niſi fortè putamus, quemadmodum duo ſunt quæ per iuſiurandum æſtimantur, petita res quæ actoris eſt, & poſſeſſoris contumacia vltra rei precium *l.* 1. *ſup.* ita diuidendum eſſe actoris iuſiurandum, vt quod ad rei quidem precium attinet non taxetur quantitas à iudice intra quam iuretur ſed taxetur tamen quantum ad pœnam contumaciæ, quod certè magis ridiculum fuerit, non enim duplex iuſiurandum præſtatur vnum de re, alterum de contumacia, aut vnum quidem iuſiurandum ſed habens duas partes, & diuiſas ſummas, vnicum enim eſt, & indiuiduum, vnáque ſumma eáque indiuidua concludendum, quod proinde taxari à iudice non poteſt prætextu contumaciæ, quin taxetur etiam ratione precij, quod actor rei ſuæ dixerit, ſolúſque dicere potuerit. Meritò autem contumaciæ quoque pœna æſtimanda actoris arbitrio committitur, quia per eam contumaciam ſolus actor offenditur, non etiam authoritas iudicis, cuius arbitrium nec ſententia eſt, nec pro ſententia habendum, ſed pro arbitrio potiùs viri boni accipiendum, vt docuimus, cùm de actionibus arbitrariis tractauimus in *Chiliade noſtra de error. pragmat.* Subiicit Tribonianus aliam quæſtionem non inelegantiorem in hæc verba, *Item videndum an poßit iudex qui detulit iuſiurandum non ſequi id, ſed vel prorſus abſoluere vel etiam minoris condemnare quàm iuratum eſt.* Quis verò hanc quæſtionem ferat? Aut quis etiam reſponſionem, quæ ſequitur his verbis, *Et magis eſt vt ex magna cauſa, & poſteà repertis probationibus poßit?* Itáne igitur licebit iudici illudere actori, & quem ſua ſententia induxerit ad ancipitis periurij periculum ſubeundum, eius religionem poſteaquàm iurauit quaſi peierauerit, contemnere? An fortè id fieri poteſt citra periurij non dicam ſuſpicionem, ſed probationem apertiſſimam & exprobrationem? Nam quod Bartolus ait, reum hoc caſu redargui nõ de periurio, ſed de nimia & inordinata adfectione, quid aliud obſecro eſt, quàm fateri hoc caſu reum argui de periurio ob inordinatam illam adfectionem? Tum verò quid ſi velit iudex reum omnino abſoluere? Nam & hoc æquè tam facere poteſt ſi Triboniano credimus, quàm minoris eum condemnare? An non hoc caſu euidens iurantis periurium eſt? Cúmque ſit veriſſimum quod ad finem præcedentis §. oſtendimus, iuſiurandum in litem non deferri à iudice, niſi per ſententiam ipſam qua condemnetur reus in tantam quantitatem, quantam actor in litem iurauerit, quis patiatur iudicem eundem qui lata ſententia iudex eſſe deſierit, tanquam qui officio ſuo ſiue benè ſiue malè functus ſit, *l. iudex poſteaquam* 55. *de re iudic.* ſuam ipſius retractare ſententiam, & eum ipſum reum quem iam condemnauerit, abſoluere, aut etiam in minorem quàm prius condemnauerit, quãtitatem condemnare? Finge cauſam quantumuis magnam poſtea interueniſſe repertáſque probationes ex quibus clariſſimè appareat cõdemnari reum nullomodo debuiſſe quanti actor in litem iuraſſet, dico neceſſarium tamen eſſe appellationis auxilium, vt quod malè ac perperam iudicatum eſt, in melius reformetur *l.* 1. *infr. de appellat.* nempe ſi iudex inferior ſit à quo appellari ſuperior poſſit: nam ſi ponas ita iudicatum eſſe à ſupremo magiſtratu à quo appellare non licet, erit ſimiliter neceſſarium auxilium ſupplicationis ciuilis, vt vocant, cui tum maximè locus eſt cùm noua proferuntur inſtrumenta quæ in priore iudicio viſa non ſint, vt diximus ad *leg. admonendi* 35. *ſup. tit prox.* & quæ ſi viſa fuiſſent, abſolui reus debuiſſet. Nec ſimile eſt quod apud Accurſium adfert Azo ex *leg. eo tempore* 50. *infr. de pecul.* Ibi enim nulla ſententia præceſſerat, adeóque nec miſſio in poſſeſſionem in pœnam latitantis, nec quod Accurſius, quaſi cum hac lege concordans ex *l. ſancimus* 15. *C. de iudic.* Nam neque in ea ſpecie ſententia vlla præceſſerat neque de retractando per iudicem ſacramento ab actore præſtito ibi agitur, ſed de taxanda per iudicem & definienda quantitate earum impenſarum, quas actor propter contumaciam rei à ſe factas iurauerit, non quarum æſtimationem & taxationem iuriiurando ipſius iudex prius commiſerit. Quòd ſi velis eam legem de iureiurando intelligere per quod taxata ſit etiam quantitas expẽſarum, dicam eſſe in hoc correctam eam legem per Iuſtiniani *Nouell.* 82. *de iudicib. cap.* 10. §. *oportet autem*, vnde ſumpta eſt *Auth. poſt iuſiurandum C. de iudic.* vbi expreſſim conſtitutum eſt, vt ſi iudex de expenſis litis iuſiurandum detulerit victori, deinde victor iurauerit, non licere iudici minus, quàm iuratum eſt, condemnare, addita etiam optima ratione, *neque videri clementiorem lege qua hoc diſponit.* An non enim lege clementior videri vult iudex qui iuſiurãdum aut iam delatum, aut quod plus eſt, iam præſtitum refrænare vult per taxationem, vt idem Tribonianus ſub Pauli nomine loquitur in *d. l. arbitrio de dolo.* illo etiam caſu quo lex permittit actori, vt in infinitum, & ſine vlla taxatione iuret? An non verò etiam prudentior lege vult hic videri? & prudentior item Prætore qui dictando formulam vindicationis aut etiam iudicij bonæ fidei per quod dominus rem ſuam perſequatur, iniungit iudici neceſſitatem condemnandi reum quanti actor in litem iurauerit, nulla refrænandi iuriſiurandi data poteſtate, ac ne quidem facta mentione? Etſi verò diſtinguendum non eſt an delatum ſit duntaxat iuſiurandum, an verò etiam præſtitum, quandoquidem per ſententiam quæ iuſiurandum defert iudex officio ſuo functus intelligitur non expectata præſtatione, multo tamen abſurdius & iniquius eſt retractari præſtationem iuriſiurandi, quàm delatio-

nem ſolam. Retractatio enim iutiſiurandi præſtiti accuſatiooem periutij continet, non eriam retractatio dclarionis, & idcitco à iutiſiurandi delatione appellari poteſt te integia, ſed à iureiurando præſtito non poteſt, quia nec patimr præſtatio, vt res integia videri poſſit *l. generaliter 12. §. ſin autem is cui & ſeq. C. de reb. credit. iunct. l. ſi quis iuſiurandum* 11. *ibi necdum eo præſtito eod. tit.* Quamquam ſi aliud in iureiurando pro impenſis litis præſtito conſtitutum eſſet, non tamen id ius trahendum eſſet ad iuſiurandum in litem, quod, vt dixi, defertur per ſeotentiam condemnatoriam ac diffinitiuam & ad æſtimandam rem iurantis, qui ex domino fit venditor, quod ab alio quàm domino ipſo fieri, vt diximus, numquam poteſt, ſed ad aliud ſi quod eſt ſimile iuſiurandum quod ideò tantùm interponatur, vt res aliqua dubia fiat certa ſi Accurſio credimus petenti exemplum ex *l. ſi quando* 9. *C. vnde vi.* In qua tamen ſpecie admitti non poſſe retractari iuſiurandum à iudice poſtquàm ex delatione iudicis fuit præſtitum ab actore ex *d. Nouell.* 82. *§. oportet autem.* Et hoc quidem rectè, ſed quod aliud eſſe vult in iureiurando in litem, quia de affectione tantùm ſit, probari nullomodo poteſt, cùm maior ratio locum habeat in hoc iureiurando, quemadmodū oſtendimus, quàm in alio quolibet. Magnúſque & Accurſij & cæterorum interptetum ferè omniū error ille eſt, quod putant in eo tantùm de adfectione iurari, nam imò verò de rei quæ per iuſiurandum venditur, precio iuratur, quamuis ita vt adfectioni iurantis aliquid indulgeatur, ne & rem ſuam cogatur iuſto precio vendere, & poſſeſſoris dolus remaneat impunitus. Valde autem ſuauis noſter eſt Accurſius qui quod hîc à Tribooiano ſcriptum eſt, retractari ex magna cauſa repertiſque probatiooibus poſſe iuſiurandum in litem præſtitum, ſic accipi debere ait, niſi ſit ſecuta ſenteutia diffinitiua de re reſtituenda: tunc enim ſicut, inquit, ſeotentia iudicis non retractaretur *l. Imperatores* 35. *l. Paulus* 42. *infr. de re iudic.* ita neque iuſiurandum. Quaſi verò in actionibus in rem per quas rem ſuam quis petit, & in quibus maximè iuratur in litem arbitrium de re reſtituenda, ſequatur ſententiam diffinitiuam, ac non potiùs neceſſariò antecedat, & quaſi non ſit diffinitiua ſeotenria illa, per quam defertur iuſiurandum io litem iure condemnationis, vt oſtendimus. Cùm ergo admittat Accurſius, quod nos volumus & veriſſimum eſt, ſententiam diffinitiuam retractari ab eodem iudice non poſſe, conſequens omnino eſt, vt nec delatio iuriſiurandi retractari poſſit, quæ fit ob rem non reſtitutam, & de qua proinde reſtituenda nihil ampliùs quæri & tractari oporteat, poſtquàm delatum & præſtitum eſt iuſiurandum, cùm exinde habeatur non tantùm pro vendita, ſed etiam pro tradita ſi modò præſens fuerit *d. l. eius rei* 46. *& ſeq. ſupr. de rei vindic.* Quod verò addit Accurſius, in rei vindicatione ita demùm iurare actorem poſſe, ſi reus dolo malo deſierit poſſidere, veriſſimum quidem eſt ex *d. l. qui reſtituere & d. l. arbitrio* 18. *§. 1. d. loco.* ſed non etiam illud quod ſubiicit *vel ſi actor non vult rem auferri manu militari, ſed quanti in litem iurauerit mauult damnari reum.* Non enim ex voluntate actoris pendet an iurari in litem oporteat, ſed ex mera iuris neceſſitate *d. l. vltim. infr.* cui porrò nullus locus eſt, quoties manu militari poſſeſſio rei petitæ auferri poſſeſſori poteſt. Poteſt autem officio iudicis etiam actore non requirente, ſi victus poſſeſſor poteſtatem habeat rei reſtituendæ, idque ita fieri putauit Tribonianus, cùm veterem illam iuriſprudentiam totam conturbauit, intereſſe non tantùm actoris, ſed etiam reipublicæ adeóq; iudicis, vt eius arbitrio pareatur & vincat authoritas iudicis contumaciam poſſeſſoris. Et certè valde ſuſpecta eſſet poſtulatio & religio actoris qui mallet vltro deferri ſibi iuſiurandum in litem, atque ita anceps periurij periculum ſubire, quàm ſolo iudicis officio implorato rem ſuam manu militari recipere. Iunge quæ de hoc §. ſcripſimus *lib. 16. Coniecturarum. cap. 17. & decad. de errorib. pragmaticorum, &c.*

4 ¶ Ex culpa autem non eſſe iuſiurandum deferendum; conſtat: ſed æſtimationem à iudice faciendam.

*Ad §. vlt. Ex culpa.*

Hunc §. iam explicauimus ad *l. 2. §. 1. ſupr.* vnde petendæ ſunt rationes dubitandi & decidendi ad hunc locum. Eſt enim vterque locus de culpa leui & leuiſſima intelligendus, non de lata propter quam ſanè non minus quàm propter dolum iurari poteſt in litem ex *l. 2. Cod. hoc tit.* vt contra Accurſium, Bartolum, aliόſque interpretes dicemus etiam ad *l. ſeq. verſic. ſed in his omnibus.*

5. MARCIANVS libro 4. Regularum.

IN actionibus in rem, & in ad exhibendum [a], & in bonæ fidei iudiciis [b] in litem iuratur. Sed iudex poteſt præfinire certam ſummam [c] vſque ad quam iuretur: licuit enim ei à principio nec deferre. Item & ſi iuratum fuerit, licet iudici vel abſoluere, vel minoris condemnare. Sed in his omnibus [d] ob dolum ſolum in litem iuratur: non etiam ob culpam. hæc enim iudex æſtimat. Planè interdum & in actione ſtricti iudicij [e] in litem iurandum eſt: veluti ſi promiſſor Stichi moram fecerit & Stichus deceſſerit: quia iudex æſtimare, ſine delatione iuriſiurandi, non poteſt rem, quæ non extat.

*Ad l. In actionibus 5.*

RAT. DVB. Actio hypothecaria, & quælibet ſiue pignoris, ſiue hypothecæ perſecutio in rem eſt *l. pignoris 17. infr. de pignor. l. pignoris 15. C. eod.* Atqui in actione hypothecaria ſi iuris rationem inſpicimus, non iuratur in litem, ſed lis æſtimatur officio ſolo iudicis, & quidem aliter contra debitorem ipſum ſi pignus poſſideat, aliter verò contra extraneum poſſeſſorem, vt diſertè ſcriptum eſt in *l. ſi inter 21. §. vltim. infr. de pignor.* quia per hypothecariam actor nunquam petit rem ſuam; ſed alienam ſibi obligatam, cùm rei propriæ pignus non poſſit conſiſtere *l. neque pignus 45. de regul. iur.* ideóque ceſſat ratio illa iuris & æquitatis, quæ iuſiurandum hoc induxit, & de qua diximus ad *l. 1. & 2. ſupr.* ne ſcilicet alioqui per dolum aut contumaciam poſſeſſoris eueniat, vt inuitus dominus rem ſuam iuſto precio vendere cogatur, quod eſſet iniquiſſimum *l. tutor 8. infr. l. ſi filiusfamilias 25. §. maritum ſolut. matrim. l. non enim 9. Rer. amot. l. nec quaſi 70. ſupr. de rei vindic.* Nam quod contra ſcriptum eſt in *l. ſi fundus 16. §. in vindicatione infr. de pign.* Triboniani proculdubio eſt non Marciani, vt latè probauimus *lib. 16. Coniect. cap. 15. & in Error. 9. & 10. decad. 92. de error pragmat:* vnde peti volumus quæ alioquin ad hanc legem tradenda eſſent. Ergo non in omnibus in rem actionibus iuratur in litem.

DEC. Actionem in rem cùm ſimpliciter dicunt prudentes noſtri, eam intelligunt per quam dominium vindicatur, & ſicuti ex pluribus, variiſq; cauſis dominium acquiri poteſt, cùm plures variæque ſint cauſæ dominij acquirendi *tot. tit. Inſtit. de rer. diuiſ. & de acquir. rer. domin. infr.* & apud Vlpianum in Fragmentis *Tit. 19. de acquiſit. rer.* ita & actiones in rem in plurali quoque numero dicunt Iureconſulti pro vindicationibus dominij, & quamuis hypothecaria quoque ſit actio in rem; vt diximus, non tamen eam facilè comprehendunt ſub generali nomine actionum in rem, quia non de dominio in ea quæritur, ſed tantùm de pignore cuius cauſa nihil habet commune cum intentione dominij *l. 1. §. cùm prædium l. 3. infr. de pignor.* ſicut nec continetur hypothecaria *petitionis* nomine quo nihil niſi actio in rem propriè ſignificatur *l. actionum 25. l. actio in perſonam 28. infr. de oblig. & action. l. pecunia 178. §. actionis de verb. ſignific.* quod & Bartolus hîc fateri cogitur, malens tamen locum hunc intelligere impropriè nimiſque generaliter de omnibus actionibus in rem, vt inde occaſionem errandi arripiat, & defendendi in omnibus omnino actionib. in rem etiam quæ impropriè ſic dicantur, iurari in litem poſſe. Quod ergo hîc ſcriptum eſt, ex Marciano in actionibus in rem iurari in litem ad vindicationes dominij reſtringendum eſt, id eſt, ad actionem directam & ciuilem, per quam dominus rem ſuam petit, & vindicat, & ad Publicianam quæ vindicatio vtilis & prætoria eſt, in ea námque ſicut & in directa rei vindicatione de dominio tantùm agitur *§. namque Inſtit. de action.* ideóque nec mirum eſt in ea ſimiliter iurari in litem, cùm omnia quæ de vindicatione directa dicuntur, ad Publicianam quoque trahi debeant, quoniam ad inſtar proprietatis reſpicit, *l. ſed etſi 7. alias l. cum qui §. Publiciana & §. in Publiciana ſupr. de Public. in rem. act.* Nec proinde ex hoc Marciani loco moueri debuit Tribonianus primùm & poſt eum Accurſius, vt in hypothecaria quoque & ſiue Seruiana ſiue quaſi Seruiana iurari in litem poſſe crederent, cùm etiam extra hypothecariam in pluribus aliis in rem actionibus verificari pluralis illa elocutio poſſit, quandoquidem pluralis numerus duali contentus eſt apud Latinos *leg. vbi numerus 12. infr. de teſtib.* nec minùs in hac lege quàm in *dict. §. in vindicatione*, vbi Tribonianus conſtituens inuita iuriſprudentia, vt in hypothecaria quoque iuretur, addit ſententiæ ſuę confirmandæ gratia *ſicut in cæteris in rem actionibus.* In aliis ergo quàm in hypothecaria. Apparet verò ex iis verbis Tribonianum non tam conſultò hoc ius induxiſſe vt in hypothecaria iuretur in litem, quàm ex mera iuris inſcitia & ignorantia; cùm eam rationem iuris quæ hoc iuſiurandum in litem induxit, non intelligeret, locúmque hunc Marciani generalius, quàm par eſſet, de omnibus in rem actionibus ſumendum putaret, quaſi indefinita locutio æquipolleret vniuerſali, nec reſtringenda eſſet ad terminos habiles, ad quos tamen etiam vniuerſalis reſtringi deberet *l. tutor 35. §. 1. ſupr. tit. prox. l. adigere 6. quamuis de iur. patron.* Præter id quod debuerat Tribonianus videre longè aliam Vlpiani ſententiam & diſtinctionem in *d. l. ſi inter 21. §. vltim. eod. tit. de pign.* ad quem locum nihil ſanè habent interpretes, quod pro ſe vel pro Triboniano reſpondeant, vt ex Accurſij gloſſis videre licet.

2 *Et in ad exhibendum.* RAT. DVB. & DECID. eadem eſt quæ ad *l. 2. ſupr.* vbi de actione iſta ad exhibendum iam multa ſcripſimus, & quãtum ſatis eſt, quod ad hunc tractatum pertinet. Ex eo autem quod vident interpretes tam in actionibus in rem, quæ omnes arbitrariæ ſunt, quàm in actione ad exhibendum, quæ licèt ſit perſonalis, tamen arbitraria quoque eſt in litem iurari *l. 3. §. præterea & ſeq. ſupr. Ad exhib. iunct. §. præterea Inſtit. de action.* inferunt ſtatim noſtri poſt Accurſ. & Bart. in actionibus ergo arbitrariis omnibus iurari in litem: quod certè falſum eſt, cùm, vt iam diximus, non iuretur in Seruiana, & quaſi Seruiana, quę tamen arbitrarię ſunt, nec in aliis quàm plurimis de quibus tam fusè ſcripſimus in vltima parte *Chiliadis noſtræ de error. pragmat.* ſed in iis tantùm per quas actor ſuum petat, vel quaſi ſuum, vt Publiciana quoque comprehendatur. Neque verò contrà ſcriptum eſt in *d. §. præterea.* ſed pro noſtræ potiùs ſententiæ confirmatione, in omnibus arbitrariis actionibus permitti iudici ex bono & æquo ſecundum cuiuſque rei de qua actum eſt, naturam æſtimare, quemadmodum actori ſatisfieri oporteat: vt intelligamus cùm de lite in arbitrariis actionibus æſtimanda tractatur, diſtinguendam eſſe cuiuſque rei de qua actum eſt, naturam, vt in quibuſdam iudex litem æſtimet quanti actor in litem iurauerit; quoties ſcilicet alioquin eueniret dolo poſſeſſoris, vt inuitus dominus re ſua carere, eámque vendere cogeretur, in aliis verò aliter æſtimato per iudicem ipſum quanti eius vera intereſt actoris, aut etiam irrogata pœna quadrupli, vt in actione quod metus cauſa vel alia pœna ex Prætoris edicto infligenda, ſed neque in actione ipſa ad exhibendum, de qua nominatim hîc agitur generaliter in litem iurari putandum eſt, ſed in ea tantùm quæ vindicationis præparatoria eſt, & quæ a rei exhibendæ domino proponitur; cui ſi res non exhibeatur, perinde futurum ſit, vt re ſua carere inuitus eámque vendere compellatur, ac ſi iam exhibitam vindicaſſet, nec eam poſſeſſor reſtituere per dolum ſuum & contumaciam vellet, cùm per denegationem exhibitionis vindicatio inhibeatur, vt oſtendimus ad *d. l. 2. ſupr.* Sic dicimus in bonæ fidei

iudiciis indiſtinctè iurari in litem, vt ſequitur in hac lege, & tamen fatentur ferè omnes, quod & veriſſimum eſt, in actione ex empto non iurari in litem, ex l. 1. *infr. de act. empt. l. ſi traditio* 4. *C. eod.* nempe quia per hanc actionem emptor non rem ſuam petit, ſed alienam, vt mox dicemus. Cætera quæ hîc tractat Bartolus de actionibus arbitrariis, ad hunc locum nō pertinent, & à nobis tam fusè tractata ſunt in Chiliade, vt nihil addi poſſit.

b *Et in bonæ fidei iudiciis.* RAT. DVB. In bonæ fidei iudiciis etiamſi competant ad rem actoris perſequendam, nemo tamen rem ſuam petit quaſi ſuā: quod non fit niſi per actiones in rem de quibus iam diximus, ſed quaſi debitam ex contractu, vt cernere eſt in actionibus depoſiti, commodati, pignoratitia, locati, & aliis ſimilibus. Ergo non debuerūt bonæ fidei iudicia hac parte diſtingui à ſtrictis, nam & ex ſtrictis perinde actor perſequitur rem ſibi debitam ex contractu, nec tamen in iis iuratur in litem niſi in caſu §. *planè infr. hac lege iunct. l. ſequen.* Sed & certum eſt in actione ex empto non iurari in litem *l. 1. infr. de action. empt. l. ſi traditio* 4. *Cod. eod. l. ſi cùm fundum* 68. §. *vlt. infr. de contr. empt.* de qua tamen nemo dubitat quin ſit bonæ fidei §. *actionum Inſtit. de action. l. ex empto* 11. §. *vlt. infr. de action. empt.* Non igitur verum eſt quod hîc Marcianus indiſtinctè ac generaliter ſcribit, in bonæ fidei iudiciis in litem iurari. DEC. Iuſiurandum in litem ideò comparatum eſt, ne ſit in poteſtate doloſi cuiuſque & contumacis per rapinam dominum cogere, vt inuitus rem ſuam vendat, eáque careat: quod quoniam ſi iuſto precio fieret, iniuriam dominus pateretur, æquiſſimum ſanè fuit permitti domino, vt rei ſuæ precium etiam iniuſtum & immodicum dum ne immenſum conſtitueret, cùm non alterius quàm domini arbitrio precium cuiuſque rei ſtatui poſſit ac debeat *l. tutor* 8. *infr. d. l. nec quaſi* 70. *ſupr. de rei vindic. l. ſi filiofamilias* 25. §. *maritum ſupr. ſolut. matr. l. non enim* 9. *inf. Rer. amot.* Atqui in actionibus bonæ fidei per quas dominus rem ſuam perſequitur licèt in perſonam non in rem ipſam, perinde accidit vt per dolum & contumaciam rei conuenti nolentis rem reſtituere cogatur dominus inuitus rem ſuam vendere, atque ſi eam quaſi ſuam vindicare ac petere maluiſſet per arbitrariam in rem actionem. Nec enim exiſtimandum eſt ei qui depoſuit rem ſuam vel commodauit, vel locauit, vel dedit pignori ſupereſſe tanquam domino rei vindicationem poſtquàm litis æſtimationem à depoſitario vel commodatario, vel conductore, vel creditore ex his bonæ fidei iudiciis fuerit conſecutus: litis enim æſtimatio in his quoque caſibus, vt in cæteris omnibus pro emptione & venditione eſt, *l. 1. l. 3. infr. pro emptor.* Neque hac parte quicquam intereſt inter actiones bonæ fidei, & arbitrarias, per quas actor rem ſuam & quaſi ſuam petit, niſi quod in arbitrariis arbitrium iudicis de re reſtituenda præcedit condemnationem, quanti actor in litem iurauerit, vt ex arbitrio poſſit ſequi contumacia poſſeſſoris nolentis ei parêre, & ex contumacia poſſeſſoris delatio iuriſiurandi per viam diffinitiuæ ſententiæ. & condemnationis, vt toties diximus ex *l. qui reſtituere* 68. *ſupr. de rei vindic. l. vlt. infr. de fideiuſſ.* At in iudiciis bonæ fidei nullum iudicis arbitrium præcedit de re reſtituenda, quia nec neceſſe eſt, cū ratio bonæ fidei, quæ in his iudiciis maximè dominatur §. *in bonæ fidei Inſtit. de action.* non ſolùm arbitrij vim & poteſtatem habeat, ſed etiam longè maiorem quod ad præſtationes acceſſionum pertinet, ita vt qui actionem bonæ fidei habet, fruſtra ſit requiſiturus arbitrariam *l. in bonæ fidei* 7. *infr. de eo quod cert. loc.* ſicut & is qui directam & ciuilem habet fruſtra requirat vtilem & honorariam *l. 1. ſupr. de Public. in rem act.* Ergo in actionibus quoque bonæ fidei perinde atque in arbitrariis iurari in litem poteſt, *l. 1. §. in depoſiti* 16. *l. ei qui* 5. *infr. depoſ. l. 3. §. in hac Commod.* ſed cum eadem in vtriſque diſtinctione. Nam ſicuti non in omnibus arbitrariis iuratur in litem, ſed in iis tantùm per quas dominus rem ſuam aut quaſi ſuam petat, quemadmodū proximè docuimus, ita nec in bonæ fidei iudiciis omnibus, & paſſim iuratur, ſed in iis tantùm in quibus ea ratio locum habeat, quæ in litem iurandi neceſſitatem induxit, id eſt, quoties alioquin eueniret, vt per litis æſtimationem in bonæ fidei quoque actione faciendam inuitus dominus re ſua carere, eámque vendere dolo aduerſarij cogeretur. Vnde eſt quod nec in contrariis iuratur, quamuis æquè ſint bonæ fidei *d. l. ei apud quem* 5. *infr. depoſ.* vbi alia etiam ratio redditur, quòd in iis non agatur de fide rupta, vt in directis, non quaſi in litem iurari non poſſit, niſi cū agitur de fide rupta, [alioqui nec in directa vindicatione, nec in Publiciana iuraretur] ſed quia inſignior quidam dolus & perfidia eſt eius, qui bonæ fidei iudicio directo conuenitur, quàm qui contrario, ergo etiam in petitione hereditatis iurabitur in litem, ſiue reus poſſideat, ſiue dolo deſierit poſſidere, *l. ſed etſi* 25. §. *hæc verba de hered. petit.* quia & in rem actio eſt, licet pleraſq; habeat perſonales præſtationes §. *antepen. eiuſd. leg.* & prætereà bonæ fidei *l. vltim. Cod. eo. tit.* Dixi *dolo aduerſarij* nec addidi *vel contumacia*, quia non ſicut in arbitrariis, ita & in bonæ fidei iurari in litem vnquam poteſt ob contumaciam poſſeſſoris, ſed propter dolum duntaxat, quoniam contumacia in eo tantùm eſt, quod iudicis arbitrio non paretur: arbitrium autem in bonæ fidei iudiciis, vt diximus, nullum præcedit. Qua ratione defendi optimè poteſt, etiam hodie, poſt tantopere turbatam à Triboniano veterem iuriſprudentiam in *d. l. qui reſtituere*, iurari nihilominùs poſſe in litem in bonæ fidei iudiciis, omni caſu quo iurari olim poterat, neque hac parte quicquam corruptum eſſe, aut innouatum inducto manus militaris auxilio, ne tum quidem, cùm in poteſtate eſt depoſitarij, vel cōmodatarij, vel creditoris, vel conductoris rem reſtituere, nec niſi dolo malo denegat rei reſtitutionem, vt in litis æſtimationem potius condemnetur, quia nimirum, auxilium illud manus militaris à Triboniano inductum eſt, non vt faueatur domino, ne inuitus re ſua carere, eámque vendere compellatur, ſed ne liceat poſſeſſori arbitrium iudicis contemnere, quomodo licebat olim, quamuis non impunè, & vt potentior ſit authoritas, & arbitrium iudicis, quàm contumacia poſſidentis ideóque prudenter in hoc Tribonianus fecit, quod eius legis, aut potiùs nouæ conſtitutionis, ſententiam generalem quidem eſſe voluit, ſed ad ea tantùm iudicia, in quibus agatur de re arbitratu iudicis reſtituenda, ſi per contumaciam eius qui reſtituere iuſſus eſt, non reſtituatur. Sed quāuis in bonæ fidei iudiciis nullus contumaciæ locus eſſe poſſit, dolo tamen poteſt eſſe, & eſt ſanè, cùm reus maluit litis æſtimationem præſtari quàm rem penes ſe depoſitam, aut ſibi commodatam, vel locatam, vel pignoratā reſtituere, nec tamen dolus ille ſufficit, vt in his bonæ fidei iudiciis iurari in litem poſſit, ſi non etiā

illud

illud concurrat, vt propter dolum illum, dominus re ſua careat: nihil enim vetat etiam rem alienam deponi, vel commodari, vel locari, & conſequenter reperi actione depoſiti, vel commodati, vel locati *l.2.§.in hac actione inf. vi bon. rapt.* & in his actionibus aliter, quàm per iuſiurandum actoris litem æſtimari, officio ſcilicet iudicis, & ex veris probationibus, quanti actoris interſit, non æſtimata re ipſa, quam conſtet alienam eſſe, quoniam poſt eam quoque litis æſtimationem nō modò factam, ſed etiam præſtitam vindicatio ſupereſt vero domino, nec proinde dominus per eā litis æſtimationem fieri poſſeſſor poteſt, nec venditio ex neceſſitate iuris facta videri ab eo qui dominus non fuit, quiq; rem alienam inuito, & ignorante domino iure vendere etiā volens non potuit. Nam & eadem penè diſtinctio adhibetur in actione furti, cùm de æſtimanda re agitur, an iure dominij, an potius iure eius quod intereſt, deferatur *l. ſi vendidero* 80. §. 1. *infr. de furt.* Inde eſt quod in actione ex empto nunquam iuratur in litem, non ſolùm, ſi non habeat venditor facultatem rei tradendæ, ſed etiamſi habeat, & dolo malo faciat, ne tradere velit, contrà quàm Bartolus hîc diſtinguat, quia licèt dolo faciat venditor, qui non vult rem venditam tradere cùm poſſit, ſemper tamen verum eſt, emptorem agentem ex empto rem alienam perſequi non ſuam: nec quod venditor eam rem omnimodo tradere debet, ſi poſſit, vt Paulus in ſententiis ſcribit, facere poteſt, vt pro tradita haberi debeat, aut emptor dominus ſit citra traditionem, nec ſi precium iam ſolutum ſit, aut aliter eo nomine ſatisfactum. Hoc enim quoq; requiritur, ad transferendum in emptorem rei venditæ dominium *§. vendita Inſtit. de rer. diuiſ. l. quod vendidi* 19. *l. veteres* 53. *de contr. empt. d. l. ex empto* 11. *§. 1. infr. de action. empt.* Proinde non cogitur hoc caſu emptor carere ſua re, licèt careat re vendita, cuius nunquā dominus fuerit. Neq; rurſus verum eſt, cogi venditorem præciſè rem tradere, etiamſi poſſit, ſed coactione tantùm cauſatiua, vt noſtri loquuntur, id eſt, niſi malit præſtare, quanti ex ea cauſa intereſt emptoris *d. l. 1. & d. l. ex empto* 11. *& paſſ. de action. empt. infr. d. l. ſi traditio* 4 *C. eod.* & omnium apertiſſimè in *l. contractus* 19. *C de fid. inſtrum.* Ergóne impunitus erit dolus venditoris, ſiue nolit tradere, cùm poſſit, ſiue dolo fecerit, ne poſſit? vt in *d. l. ſi cùm fundum in fin.* Nam etſi nihil dolo feciſſet, attamē in id quod emptoris intereſſet æquè teneretur, imò verò æſtimabitur etiā dolus venditoris *d. l. ſi cùm fundum* ſed officio iudicis, non per iuſiurandū in litem, quomodo etiam æſtimanda eſſet culpa, vt ſcriptū eſt in *§. vlt. legis ſuperioris*, id eſt, eodē officio iudicis, quamuis nō ad eundem modū: pluris enim æſtimandus eſt dolus, quàm culpa, vt nemo non videt. Quòd ſi dolus venditoris per quem factū eſt, quominus poſſit tradere, non æſtimatur per iuſiurandum in litem, ſed officio tantùm iudicis, quamuis hoc vno caſu Tribonianus iurandi neceſſitatē retinuerit, & quidem in infinitū ſine vlla taxatione *d. l. qui reſtituere*, quæro quonam igitur alio caſu poſſit contra venditorē æquius iurari in litem in actione ex empto? Cæterùm fieri nequit, nec ſi maximè Prætor, aut iudex velit, vt venditor omnimodo & præciſè cogatur ad tradendum, cùm traditio ſit facti *l. conſilio* 7. *§. vlt. de curat. furioſ.* nemo autē præciſè cogi poſſit ad factū ſine vi & impreſſione. Et verò ſi detentor rei meæ cogi præciſè nō poteſt, vt rem meam mihi tradat, indeq; fluxit neceſſitas iurandi in litem, quantò minùs cogi poterit venditor, vt rem ſuam mihi tradat, licèt venditam mihi & debitam? Neque rurſum manus militaris auxilium in hanc rem aduocari poteſt ex *d. l. qui reſtituere*, quia in actione ex empto nullum præcedit arbitrium iudicis de re reſtituenda, cùm bonæ fidei actio ſit non arbitraria, ſecundum ea quæ proximè diximus. Sanè vno caſu poſſet in actione ex vendito in litem iurari, ſed contra emptorem, ſi fortè tradita ei res eſſet ante ſolutum precium, & ea lege, vt ſi non ad diem precium ſolueretur, inempta res eſſet, & dominium penes venditorem manſiſſe intelligeretur, nec niſi precaria poſſeſſio emptori tradita videretur. Hoc enim caſu, cùm & rei vindicatio, & actio ex vendito competat venditori, *l. 3. & 4. C. de pact. int. emp. & vendit.* dubitari non poteſt, quin iurari in litem poſſit in vtraque actione contra emptorem qui preciū non ſoluit, ſi neque rem reſtituat, ſed litis æſtimationem præſtare malit. Sed de tota hac quæſtione videnda ſunt, quæ contra hunc interpretum errorem diſputauimus *libr. 6. ConIect. c. 17.* Et *in error. 4. decad. 85. de error. pragmat.*

c *Sed iudex poteſt præfinire certam ſummam.* Hæc adiectio tota Triboniani eſt, & quod ſequitur in hac lege vſq; ad *verſ. ſed in his omnibus*, vt oſtendimus ad *§. iurare legis præcedentis*, ſicut & quicquid in legibus noſtris ſcriptum eſt, de taxando ad certam ſummam, in iureiurando in litem ſiue quod præſtandum ſit, ſiue quod præſtitum, vt in *l. arbitrio* 18. *§. 1. De dolo l. 3. §. præterea ſup. Ad exhib.* Iurare námq; olim licebat in infinitum, & ſine vlla taxatione *d. § iurare & d. l. qui reſtituere*, non tamen in immenſum, vt explicauimus: tantóque minùs hodie, quod ex Iuſtiniani conſtitutione in *l. vnic. C. de ſent. quæ pro eo quod inter. profer.* non poteſt id quod intereſt, duplum egredi in caſibus certis, id eſt, qui certam habent quantitatem, vel naturam: ſi tamen ea conſtitutio tam generaliter accipienda eſt, vt ad noſtri vſque in litem iuriſiurandi taxationem extendi poſſit, quod certè non puto: quia per iuſiurandum in litem, non tam id quod intereſt æſtimatur, niſi in caſu *l. 3. ſupr.* quàm res ipſa, quæ per dolum, aut contumaciam non reſtituitur, & præterea dolus ipſe aut contumacia vltra rei precium *l. 1. ſup.* Sed de illius legis interpretatione alibi commodius dicendum erit, noſtro enim certè indiget commentario.

d *Sed in his omnibus.* RAT. DVA. & RECEN. eadem eſt ad hunc verſiculum, quæ ad *l. 2. §. 1. & l. prox. §. vlt. ſupr.* eadémq; interpretatio vbiq; adhibēda, vt quod his omnibus locis ſcriptum eſt, iurari in litem ob dolum ſolum, non etiam ob culpam, de culpa leui aut leuiſſima intelligatur, non de lata, quæ dolo malo ita æquiparatur, vt dolus etiam dicatur in *l. magna negligentia* 226. *de verb. ſignific.* neque per dictionem taxatiuam excludatur *l. 1. §. 1. ſupr. ſi menſ. falſ. mod. dixer. l. quæſitum* 8. *§. eum quoque verſ. culpam ſupr. de precar.* Dicitur enim is quoq; in crimen incidere, qui latæ culpæ reus eſt *l. 1. §. is quoque de obl. & action.* Ideóque culpam ſimpliciter cùm prudentes dicunt, vt in hac lege & *dict. l. 2. §. 1 dict. l. 4. §. vlt. ſupr.* de leui non de lata intelligunt *l. ſi vt certo* 5. *§. nunc videndum infr. Commod. l. contractus* 23. *de regul. iur. & alibi paſſ.* Atq; ita eſſe, vt ob latam quoque culpam iuretur in litē, apertus textus eſt in *l. 2. C. de in lit. iur.* quem Accurſius, Bartolus, & cæteri interpretes, qui contra nos ſentiunt, effugere non aliter poſſunt, quam vt dicant, ſpeciale eſſe in furore, vt aduerſus eum ex lata quoque culpa iurari in litem poſſit, vt

Digitized by Google

in hoc deteriuris condicionis ſit, quàm hæres eius qui debet eſſe melioris *l.pen.eod.tit.* Vnde factum putat Bartolus poſt Accurſium, vt titulus hic *de in lit.iur.* poſitus ſit in Codice inter titulus de tutelis, vt appareret, inquit Accurſius, quod in eo tractatu aliquid ſeruetur ſpecialitatis: ſed quàm parum ſubtiliter hæc dicantur, docuimus euidentiſſimè in *Chiliade in Error.3.decad.76.de error pragmat.* neq; hîc repetemus. Fateor, nô ſemper latam culpam æquiparari dolo, vtputa, ſi de corporali pœna infligenda tractetur, vt in *l.in lege Cornelia 7.* aut de pœna infamiæ, quæ ad corporalem proximè accedit *§ ſuſpectos Inſt de ſuſpect.tutor.* Sed non benè his comparabitur pœna iuriſiurandi in litem: etſi enim hæc quoque pœna eſt, tamen non niſi pecuniarium damnum irrogat *d.l.qui reſtituere d.l.vlt.infr.de fideiuſſ.* idq; non ex ſola voluntate iurantis, vt Accurſius obiicit, ſed ex iudicis delatione *l.prox. §.deferre ſupr.* adeóq; ex mera iuris neceſſitate *l.vlt.infr.* cùm aliter ius conſtitui citra ſummam iniquitatem non poſſet, *d.l.non enim 9.infr.Rer.amot.d.l.nec quaſi 70.ſup.de rei vindic.*

c *Planè interdum & in actione ſtricti iudicij.* RAT.DVB. Iuſiurandum in litem inductum eſt, ex neceſſitate quidem iuris *l.vlt.infr.hoc tit.* ſed tamen ex ſumma æquitate, vt modò diximus, ne dominus inuitus re ſua carere, eámque vendere compellatur iuſto precio *d.l.non enim & d.l.nec quaſi cum ſimilib.* Ideóque locum habet non tantùm in arbitrariis actionibus, per quas rem noſtram nobis reſtitui, aut exhiberi poſtulamus *l.2.ſup.* ſed etiam in iudiciis bonæ fidei, in quibus plerumque accidit, vt dominus rei ſuæ, quamuis non tanquam ſuæ reſtitutionem perſequatur, nempe quoniam in iis æquitas maximè ſpectatur, & bona fides quæ in illis dominatur, ſummam æquitatem deſiderat *l. bona fides 31.infr.depoſit.* At in iudiciis ſtrictis numquam accidit, vt quis rem ſuam, ſiue quaſi ſuam ſiue alio quouis modo petat, vt ex omnium & ſingulorum enumeratione probari facilè poteſt: neque rurſum habetur in iis vnquam ratio æquitatis, niſi cùm agitur de reſtitutione fructuum poſt litem conteſtatam perceptorum *l.videamus 38.§.ſi actionem infr.de vſur.* quamuis quod Paulus ibi ex Sabino & Caſſio, æquitati adſcribit, Papinianus noſter ad meram iuris ſtricti rationem referat, & longè meliùs in *l.2.eod.tit.quia,* inquit, *quale quid eſt cùm petitur tale dari debet*: quæ ratio certè iuris eſt, non æquitatis, ideóque nec fructus, nec vſuræ veniunt in iudiciis ſtrictis ex die moræ: eſt enim hoc ius proprium iudiciorum bonæ fidei *l.mora 31.§.in bonæ fidei d.l.videamus § pen.l.vſura 34. l.& in contraria 37.eod.tit.l.in minorum 3.C.in quib.cauſ. non eſt neceſſ.in integ. reſtit.* ad differentiam ſcilicet actionum ſtricti iuris, excepta ſola actione ex teſtamento *d.l.in minorum & l.Titia Seio 87.§. vſuras de legat. 2.* Ergo dicendum eſt, in actione ſtricti iudicij nunquam iurari in litem, nec ſi promiſſor Stichi moram fecerit in Sticho ſoluendo, & Stichus poſt moram deceſſerit: cùm in hoc maximè caſu apertiſſimum ſit, Stichum nunquam fuiſſe actoris, nec eſſe ampliùs poſſe.

DEC. Æquitas quidem ſumma eſt, quæ in litem iurandi neceſſitatem induxit, & quæ hac parte, vt & in aliis pleriſque bonæ fidei iudicia à ſtrictis diſtinxit. Facit enim vt ex neceſſitate iuris deferendum ſit actori ipſi iuſiurandum, ne alioqui grauis ei fiat iniuria, tum quoque cùm iudex æſtimare rem ex officio ſuo poſſet: at ſi talis caſus contingat, in quo non poſſit iudex, etiamſi maximè velit, rem ex officio ſuo æſtimare, tunc non tantùm iuris, ſed ipſius etiam facti neceſſitas cogit iudicem, vt etiamſi ſtricto iudicio agatur, deferre tamen iuſiurandum debeat, ne alioqui eueniat, quod multo abſurdius fuerit, vt liberandus & abſoluendus omnimodo ſit debitor, qui in Sticho quem promiſerat ſoluendo moram contraxit, vtque mora ei ſua & fruſtratio prodeſſe debeat, contra *l.hominem 37. infr. mandat.l.in condemnatione 173.§ pen.de regul.iur.* Atqui cùm promiſſor Stichi in mora fuit, effectus moræ huius & quidem præcipuus ille eſt, vt perpetuetur obligatio, ideóque Stichus qui debebatur, quique poſt moram periit, adhuc viuere exiſtimetur, perindéque peti poſſit ex ſtipulatione, ac ſi adhuc viueret *l.ſi ſeruum 91.§.ſequitur & §.vlt.iunct.l.ſi ex legatis 23.cùm ſeq.infr.de verb.oblig.* Quæ res facit, vt cùm ipſe Stichus, qui iam mortuus eſt, præſtari non poſſit, neceſſario recurrendum ſit ad eius æſtimationem, non quidem eam, quæ fuerit tempore moræ, aut ipſo etiam tempore mortis, ſed ad præſentem, quæ nunc eſt, cùm homo petitur: illam enim ipſam deberi præſtarique neceſſe eſt, aut nullam: porrò non poteſt fieri, vt præſentem aliquam æſtimationem ſtatuat eius rei, quæ nôn extat: non quia, vt putat Accurſius, homo mortuus nullius omnino ſit vtilitatis, nec precij, in eóque differat à boue, cuius caro & corium vendi adhuc, ac proinde æſtimari poteſt, [idem enim eſt in boue, quod in Sticho, cùm aliud ſit peti, aut æſtimari bouem ipſum, aliud verò peti aut æſtimari carnem, & corium bouis *leg. mortuo boue 49.de legat.2.*] ſed quia res quæ in ſua ſpecie extare deſiit, quęcunque tandem illa ſit, nullam in illa ſpecie recipit æſtimationem, & alia ſpecies eſt bouis, alia verò carnis, & corij bouis mortui. Ergo & iuris ſubtilitas, & facti, caſúſque neceſſitas nos eò adigit, vel inuitos, vt quamuis ex contractu ſtricto Stichus deberetur, iuſiurandum tamen in litem deferri oporteat, ad æſtimandum Stichum, qui aliter æſtimari nulla ratione poteſt, vt explicauimus latiùs *lib.16.Coniect.c.* Diuerſum eſt, ſi Stichus poſt litem conteſtatam deceſſerit, vt in *leg. pen.infr.de cond.tritic.* etſi enim maximè per conteſtationem mora contrahitur *l.3.in pr.infr.de vſur.* multóque magis quàm per ſimplicem, & extraiudicialem interpellationem congruo loco & tempore factam, quæ ſufficere in eam rem poteſt *l mora 32.in pr.eod.tit.* facit tamen conteſtatio, vt in ineunda rei petitæ æſtimatione, ſi ex contractu ſtricto debebatur, inſpiciendum ſit præciſè tempus litis côteſtatæ, tum quoque cùm res extat tempore condemnationis, multo magis ſi perierit *l. vinum 22.* vbi diximus *ſupr.de reb.cred.l.vlt.infr.de cond.tritic.l.3.§.in hac Commod. d.l.hominem 37.mandat.l.fundum 28.infr.de nouat.* quia quale quid eſt, cùm petitur tale dari debet *d.l.2. de vſur.* & vnaquæque res debita æſtimanda eſt ex eo inſtanti, quo nouiſſimo ſolui poteſt *l. ſi Calendis 11.infr.de re iudic.* Poteſt autem ſolui res debita ad diem vſque litis conteſtatæ, acceptíque iudicij, non poſtea *leg. ſi Titius & Seius 9.infr. de verbor.obligat.l.2.l.3.§.1.infr.de duob.reis*, propter nouationem quæ per litis conteſtationem contingit, *leg. delegare 11.§.1.l.aliam 29.infr.de nouat.* niſi cùm agitur condictione triticaria: quo caſu etiam poſt factam conteſtationem res ipſa tamen petitur, vt præſtetur, quandiu præſtari poteſt, vnde ſicut in ea res æſtimatur, non inſpecto præciſè tempore litis conteſtatæ, vt in cæteris condictionibus ſtrictíſque actionibus, ſed inſpecto tempore condemnationis,

ſi nõ res perierit ante ſētētiā, quo caſu ſicuti ſpecies per mortē deſinit præſtari poſſe, ita neq; æſtimatio vltra tempus mortis porrig· poteſt, ſed ex eo tempore non quidē præciſè, ſed ἐν πλάτει ne alioqui res ad exiguā ſummā deducatur, vt eleganter ſcriptum eſt *in d. l. 3. de condict. tritic.* Proinde nulla his caſibus ſubeſt neceſſitas deferendi iuſiurandū actori contra iuris rationem, cùm poſſit ei aliter ſatisfieri præſtita æſtimatione, quæ fuit tēpore litis cōteſtatæ, vel mortis, & quam ſcire facile eſt, etiā poſt rē peremptam, cùm ad tempus præteritū, & quo res extabat, referatur, nec poſſit actor recuſare, quominus ea æſtimatione cōtentus eſſe debeat, cùm legē ipſe ſibi dixerit, petendo eam rē, deq; ea litem conteſtando. Dices fortaſſe, in cæteris quidē cōdictionibus poſſe id dici non malè, quod in iis præciſè ſpectandum ſit in re æſtimanda tēpus litis cōteſtatæ, tum quoq; cùm res extat tempore ſententiæ, vt diximus: at in condictione triticaria non item, in qua debetur ea præciſè æſtimatio, quæ eſt tēpore condēnationis, ac proinde non præterita, ſed præſens: quæ porrò qualis, quantáq; ſit, ſciri à iudice citra delationē iuriſiurandi non poteſt: alioqui ſi pro æſtimatione præſenti cogatur actor cōtentus eſſe præterita, nec poſſit amplius in litē iurare, quomodo poſſet, ſi Stichus poſt morā extraiudicialē petiiſſet, eueniet, vt litem conteſtando fecerit condicionē ſuā deteriorē, contra quàm regula iuris patiatur *d. l. aliā l. non ſolet 86. & ſeq de reg iur.* Sed reſpondeo, quod iā dixi, mortuo poſt morā extraiudicialē Sticho, qui ex contractu ſtricti iuris debebatur, ideò abſolutè neceſſariū eſſe iuſiurandū in litē, quia non alia deberi æſtimatio poteſt, quàm quæ ſit præſens: ſiquidem eius, quę fuit morę tēpore ratio haberi nulla poteſt in ſtrictis iudiciis, cùm id ius propriū ſit iudiciorū bonæ fidei *l. 3. §. ſi per venditorem inf. de act. ēpt.* nec mora debitoris effectū vllū habeat in ſtrictis cōtractibus, niſi ad perpetuandā obligationē. Quòd ſi quis abſurdum putet, præſtari actori, qui moram paſſus eſt, præſentem rei peremptæ æſtimationē, quæ verè nulla eſt, is cogitet multo abſurdius fore, ſi quis putet, ex eóq; inferat, nullā ergo æſtimationē à debitore moroſo deberi: quomodo in alia licèt ſpecie argumentatur Iulianus in *l. ita vulneratus 51. verſ. quod ſi ſup. ad l. Aquil.* Inducendū igitur eſt hoc caſu iuſiurandū in litem, propter iuris ſubtilitatē, & caſus neceſſitatē, vt Marcelli verbis vtar, aut potius Triboniani, in *l. ſi mulier 59. §. ex aſſe in fin. inf. de iur. dot.* At in cōdictione triticaria non eadē neceſſitas locū habet, vt neq; in cæteris condictionib. ſtrictiſq; iudiciis, quia licet non des actori præſentē Stichi, poſt litem conteſtatam, & ante ſententiā perempti æſtimationē, quæ condemnationis tēpore nulla omnino eſt, non ideo tamen relinquis impunitā morā debitoris, qui litem improbè cōteſtatus eſt, cùm teneatur præſtare æſtimationē quæ fuit mortis tempore, quæ ſi maior ſit, quàm fuerit tempore litis conteſtatæ, gaudeat ſibi creditor, quòd triticariam elegerit, ſin minor, hoc ipſum ſibi imputet, cùm ſi triticariam non elegiſſet, eam hodie haberet æſtimationem, quæ litis conteſtatæ tempore fuiſſet. Quod ergo in triticaria non iuratur in litem perempto Sticho poſt litem conteſtatam, non ex eo proficiſcitur, quaſi is litem conteſtando fecerit condicionem ſuam deteriorem, ſed propter iuris ordinarij regulam, quæ non patitur, vt in ſtricti iuris actionibus iuretur in litem, niſi cum aliud dici melius nihil poteſt, quod hîc non contingit, præter id quod nec admittendum eſt, vt ex condictione triticaria poſſit deberi præſens æſtimatio, quæ ſit tempore condemnationis, ſi ante cōdemnationem res petita perierit; quia nec in illud vſque tempus excurrere poteſt condictio triticaria cuius ſcilicet vſus nullus eſt, niſi in iis rebus, quarū æſtimatio variari, & vel creſcere, vel minui poteſt, cùm non tam pro aliis actionib. comparata ſit, quàm pro iis, qui nolint ea æſtimatione contenti eſſe, quæ fuerit tempore litis conteſtatæ, ſpe maioris ſuperuenturæ, quæ porrò ſuperuenire nequit, poſtquam res perēpta eſt. Meritò igitur & neceſſariò receptum eſt, vt in ęſtimanda re petita per triticariam ſi poſt litem conteſtatam, & ante ſententiam res perierit, inſpicienda præciſè ſit ea æſtimatio, quæ mortis tempore fuit, & conſequenter, vt hoc caſu non magis in litem iurari neceſſe ſit; quàm ſi æſtimanda res eſſet, quanti fuiſſet præciſè tempore litis conteſtatæ: nec enim rei peremptio facit, quominus ſciri poſſit, quanti re vera res fuerit eo tempore quo extabat, vt cernere eſt in actione legis Aquiliæ & in condictione furtiua, in quibus æſtimatio fit, quanti plurimi retrorſum res fuit, etiam quæ periit *l. 2. §. quæſitum inf. de priuat. delict.* Ideóque nec in illis actionibus iuratur in litem, ne ratio iuris violetur, quamuis odium furis, & occiſoris ius hoc alioqui ab inuita iuriſprudentia extorquere potuiſſet, ſi quo alio caſu violandum ius fuiſſet, quomodo alia multa extorſit *§. ſic itaque Inſtit. de action.* præſertim verò æſtimationem illam, *quanti plurimi*, quæ alio præterea iuris noſtri caſu nullo locum habet, vt ſæpius à nobis probatum eſt. Et in hoc valde noſter errat Accurſius, exiſtimans in condictione furtiua iurari in litem, quamuis nec arbitraria actio ſit, nec bonæ fidei, idq; e, inquit, propter odium furis, ex *leg. ·um furti 50. inf* quaſi intelligenda ſit, non ſolùm de pœnali actione furti, quæ datur ad duplū, aut ad quadruplum, de qua tamen ſola intelligi debet, vt ad eam dicemus, ſed etiā de condictione furtiua, quod certè falſum eſt. Nihil enim hac parte habet ſpeciale condictio furtiua, vel diuerſum à cæteris condictionib. niſi quod cùm fur ſemper morā facere intelligatur, nulla quoque interueniente interpellatione *l. in rē furtiua 8. §. 1. & l. vlt. inf. de condictio. furtiu.* nunquam poteſt liberari fur peremptione rei furtiuæ, quomodo cæteræ obligationes, & actiones extinguuntur peremptione rei debitæ, ſed ſalua ſemper manet condictio furtiua, non minus quàm ſi poſt conteſtationem res furtiua periiſſet, *l. ſi pro fure 7. §. vlt. eod. tit.* hac ſola differentia, quod ſi poſt litem conteſtatam periiſſet, æſtimari deberet, quanti plurimi fuiſſet à tempore litis conteſtatæ *d. l. in re furtiua 8. §. 1. & d. l. 2. §. quæſitum de priuat. delict.* nulla verò facta conteſtatione æſtimari res debet, quanti tunc eſt, cum petitur, cum ab eo tempore non poſſit, vt in triticaria diximus, creſcere æſtimatio. Quia verò neſciri poteſt, qualis quantáque ſit eo inſtanti vera æſtimatio, quæ certè nulla prorſus eſt rei furtiuæ ac peremptæ, neceſſarium eſt hoc quoque caſu iuſiurandum in litem, vt in cæteris actionibus ſtricti iuris, ne deterioris condicionis ſit furtiua condictio, quàm cęteræ condictiones ſtrictíque iuris actiones, ſufficit enim non eſſe hac parte melioris. Malè item Accurſius, & poſt eum Bartolus, aliíque negant iuſiurandum hoc, quod in actionibus ſtricti iuris, ex mera facti neceſſitate præſtatur, eſſe propriè in litē, quaſi nec ſit adfectionis, quomodo loquuntur, ſed veritatis, tanquam quod contineat veram, inquiūt, & communem rei æſtimationem. Nam imò verò

eſſe propriè hoc iuſiurandum in litem, apparet non ſolum ex *l. prox. ſeq* vbi ſcriptum eſt ex Paulo, aliàs ſi ex ſtipulatu, vel ex teſtamento agatur, id eſt extra caſum dicti *verſic. planè* non ſolere in litem iurari, vt ſignificet hoc caſu iurari, verè ac propriè in litem, ſed ex eo quoque quod non eſſet hæc bona & conueniens exceptio, &, vt aiunt, de regula, ſi non eſſet de vero in litem iureiurando, cùm in præcedentibus tractatum ſit de eo ſolo iureiurando, quod verè ac propriè in litem ſit, & quod Marcianus dixerat in actionibus, in rem & ad exhibendum, & in bonæ fidei iudiciis, ad excluſionem iudiciorum ſtricti iuris locum habere. Tantùmque abeſt, vt iuſiurandum hoc adfectionis dici non debeat, ſed veritatis, vt è contrario nullum aliud ſit iuſiurandum, in quo adfectioni tantopere indulgeatur, quantum in hoc iureiurando indulgetur: cùm in aliis caſibus iuretur de æſtimatione, quæ verè aliqua eſt, licèt non tanta, quantam facit is cui permittitur rem æſtimare vltrà quam re vera ſit, ne iuſto precio rem ſuam vendere cogatur, vtque dolus etiam & contumacia æſtimentur *leg. 1. ſupr. hoc tit* In hoc autem caſu iuratur de æſtimatione, quæ reuera nulla eſt, (quodnam enim poſſet rei peremptæ precium præſens eſſe? ſiquidem de formali precio, id eſt, quanti res aliàs æſtimata ſit, conuento precio, tractari non poteſt, cùm præſens debetur *l. in lege 62. §. 1. infr. ad leg. Falcid.* ſic namque is locus intelligendus eſt, non vt formale precium dixerit Vlpianus pro eo quod ſeruatur communiter, aut quo vendi res poſſit, vt magni quidam viri interpretati ſunt,) & cuius taxatio proinde non alium arbitrum habere poteſt, quam adfectionem iurantis. Tantum abeſt, vt iuſiurandum hoc affectionis dici non debeat, aut vt poſſit dici veritatis, quod ſi ſpecialiore aliquo nomine indigeret, dicendum potiùs eſſet falſitatis. Quamquam nec hoc quoque ferendum eſt, cùm non niſi deferente iudice præſtetur, & ex mera neceſſitate, cui cauſam det, non tantùm æquitas iuris, vt euenit in iureiurando illo, quod in plerìſque arbitrariis, & bonæ fidei iudiciis præſtatur, ſed etiam facti qualitas & neceſſitas, quæ, vt eſt in regula iuris Pontificij, ſolet facere licitum id, quod alioqui eſſet illicitum. Nec leuior eiuſdem Accurſij error eſt in eo quod defendit actiones arbitrarias eſſe ſtrictas, ob id ſolùm quòd enumeratæ non ſint in *d. §. actionum Inſtit. de action.* Quaſi verò actiones omnes quæ non ſunt bonæ fidei, ſint ſtrictæ, nec vllum ſit tertium genus actionum, quæ nec bonæ fidei ſunt, nec ſtrictæ ſed arbitrariæ, de quibus tanquam diuerſis tractat Iuſtinianus in *d. §. præterea eod. tit.* & ante illum Papinianus in *d. l. 3. §. in his quoque ff. de vſur.* In ſtrictis nulli vnquam arbitrio locus eſt, cui è contrario ſemper locus eſt in arbitrariis: vt à nobis contra hunc Accurſij & interpretum errorem pluribus diſputatum eſt, *libr. 16. Coniect. cap.* *in Error. 4. & 5. decad. 89. de error. pragmat.* Et certè ita eſt, minùs accedunt actiones arbitrariæ ad ſtrictas, quàm ad illas, quæ ſunt bonæ fidei, propter ſimilitudinem quam habet arbitrium iudicis cum officio iudicis, quod in bonæ fidei actionibus locum habet, non etiam in ſtrictis *l. quia tantundem 7. ſupr. de negot. geſt. l quæro 52. infr. locat.* Nec tamen magis bonæ fidei ſunt, quàm ſtrictæ, vt ibidem oſtendimus. Idémque probat omnium optimè hic locus, in quo poſtquàm tractatum eſt de arbitrariis, & bonæ fidei actionibus, tractatur etiam de ſtrictis, tanquam diuerſis omnino & ſeparatis, adeóque diuerſum in iis ius conſtituatur, quàm in aliis conſtitutum fuerit. Huic autem Accurſij errori conſequens alius ille eſt, quòd pro ſingulari notat in actione rerum amotarum iurari in litem ex *leg. ſi cùm dos 8 §. 1. infr. rer. amot.* quaſi ſit vnus ille ex iis caſibus, quibus permittatur iurari in litem, in ſtrictis quoque iudiciis. Quod certè non ita eſt, arbitraria enim eſt ea actio, non ſtricta, & per quam dominus cuius res amotæ ſunt, res ſuas repoſcit, vt proinde mirum non ſit in ea iurari in litem: quomodo in arbitrariis cæteris per quas actor rem ſuam petit: quod & in Fauiana obtinet *l. 5. § 1. infr. ſi quid in fraud. patr* quam tamen malè idem Accurſius negat eſſe arbitrariam. Quod autem addit etiam in interdicto, vnde vi iurari in litem ex *leg. ſi quando 9. C. vnde vi*, verum quidem eſt, ſed non tam ex ratione iuris, quàm ex illa conſtitutione, odio ſcilicet violentiæ, nec tam ad æſtimandas res per vim ſubtractas, ſi quid & quantum ſubtractum ſit appareat, quàm ad probandam earum quantitatem, eo demùm caſu quo non potuerit is, qui vim ſuſtinuit, ea quæ perdidit ſingula comprobare, vt habet eo conſtitutio: quo caſu non magis poteſt iudex citra delationem iuriſiurandi æſtimare res ſubreptas, de quarum quantitate & qualitate non apparet, quàm in ſpecie huius *verſic.* rem quæ non extat. Quid enim refert, an res non extet, an non appareat? *l. cùm res 47. § item ſi res de legat. 1.* Sed extra hunc caſum nunquam poteſt in litem iurari in interdictis, nec ſi vis facta ſit, vt apparet ex ea ipſa lege, & ex *l. ſi quis in tantam 7. eod. tit.* quia in interdictis nunquam dominij quæſtio vertitur, ſed ſolius poſſeſſionis *l. 3. §. ult. infr. vti poſſid.* quæ ſi non reſtituatur, æſtimatio facienda eſt ſolius poſſeſſionis, non etiam ipſius rei, vnde fit, vt ſolam poſſeſſionem per eam litis æſtimationem vendere actor videatur, non item rem ipſam, cuius adeò ſaluam ſemper retinet vindicationem, ob idque ceſſat in iis ratio quæ in arbitrariis, & bonæ fidei actionibus, plerìſque non tamen omnibus iuriſiurandi huius neceſſitatem induxit, ne dominus re ſua carere, eámque inuitus iuſto precio vendere compellatur *leg. in interdicto 6. infr. vnde vi.* Neque verò in ſpecie *d. l. ſi quando*, iuratur in litem in interdicto, ſed in condictione quæ naſcitur ex illa lege, non de poſſeſſione, ſed de proprietate. In ſtrictis verò iudiciis nullo penitus caſu iuratur in litem, niſi in eo quem hîc ponit Marcianus. Et quamuis idem noſter Accurſius excipiat actionem in factum, quæ datur ex edicto, ne quis eum, qui in ius vocab. vi exim. & de qua *in l. pen § 1. ult. tit.* vbi tamen nullum de in litem iurando penitus verbum, nó poſſum ego exceptionem probare, malóque priorem cõiecturam meam ſequi de verbis illis *ab actore æſtimata* delendis ob rationes quas ad eum locum attuli, vbi vide: nec ſanè rationem vllam ſpecialitatis adferre poteſt Accurſius, niſi quod ait ita placuiſſe *propter contemptam authoritatẽ iudicis, vel propter rigorem iuris ſeruandũ.* Quod ridiculum eſt. Etſi enim delinquit valde, & offendit Prætorem is, qui reum in ius vocatum vi eximit, ſatis tamen punitur in eo, quod actori condẽnatur, quãti res eſt etiamſi actor calũniator ſit, nec illud prætereà inducendũ fuit, vt ei iurare in litẽ permitteretur, in ea actione, in qua nec de dominio ex parte actoris, nec contra doloſum poſſeſſorem ageretur, vt ad eum locum docuimus, nec rurſum iuris rigor ſeruatur, cùm in litem iuſiurandum actori defertur, ſed ex ſumma æquitate, contra ordinarij iuris rigorem adfectioni actoris indulgemus, vt rem ſuam pluris æſtimet ob dolum vel contumaciam poſſeſſoris.

6. PAV-

Digitized by Google

6. PAVLVS libro 26. ad Edictum.

ALiàs ſi ex ſtipulatu, vel ex teſtamento agatur[a], non ſolet in litem iurari.

*Ad l. Aliàs 6.*

Valde laborat Accurſius in hac dictione *Aliàs* interpretanda. Fatetur enim primam & obuiam interpretationem illam eſſe, quam nos ad præcedentis legis finem attulimus, vt extra eum caſum, de quo dictum eſt *in verſ. planè*, id eſt, cùm Stichus promiſſus per ſtipulationem, aut ex alio contractu ſtricto debitus petiit poſt moram, ita vt præſens eius æſtimatio, quæ tum debetur, neſciri poſſit citra iuſiurandum, iurari in litem ex iudicio ſtricto nunquam poſſit: ſed quia ex eo ſequi videt: in illo igitur caſu iurari in litem, quod tamen ipſe negat, cogitur aliã interpretationem comminiſci, vt Paulus velit *aliàs*, id eſt, inquit, ſi non ſit in mora debitor, contra eum non iurari in litem: quæ tamen interpretatio, pace tanti viri dixerim, prorſus inepta eſt. Quis enim dubitationi locus relinquitur, an iurari in litem poſſit contra eum, qui nullomodo ſit obligatus, quiq; per interitum ſpeciei debitæ contingentẽ poſt moram fuerit ipſe iure liberatus? *l. ſi ex legati 23. & ſeq. de verb. oblig.* Omne ſiquidem iuſiurandum in litem cùm adhibeatur ad taxandam litis æſtimationem, præſupponit adiunctã condemnationem, quæ porrò contra eum, qui ipſo iure iam liberatus eſt, ſequi nulla poteſt. Quod verò idem Accurſius dictionem hanc *aliàs* interpretatur pro alia re, quàm Sticho, de quo Marcianus locutus fuerat, magis ridiculum eſt, quid enim refert, an Stichus, an quælibet alia ſpecies debeatur, nam in merce aliâve re, quæ conſiſtat in genere aliud ſanè eſt, quia nec perire poteſt, *l. incendium 11. C. ſi cert. petat.* Probat igitur optimè lex hęc vtrũq; quod nos volumus, & in ſtrictis iudiciis regulariter in litem non iurari, ideòque nec poſſe arbitrarias actiones ſtrictas dici, cùm in earum pleriſque iuretur in litem: & in ſpecie *verſ. planè*, legis præcedent. iuſiurandum, quod neceſſarium eſſe diximus, non aliud iuſiurandum eſſe, quàm in litem, & adfectionis non veritatis.

a *Vel ex teſtamento agatur.* RAT. DVB. Actio ex teſtamento licet non ſit à Iuſtiniano enumerata inter actiones bonæ fidei in *§. actionum Inſt. de action.* earum tamen naturam imitatur, iiſque comparatur in *leg. in minorum 3. Cod. in quibus cauſis non eſt neceſſ. in integr. reſtit.* Non debuit ergo hîc à Paulo recenſeri inter eas, quæ ſunt ſtricti iuris, ſed potius in earum numero quæ ſunt bonæ fidei, vt in ea quoque iuretur in litem: quomodo diſertè ſcriptum videtur in *leg. cum pater 60. §. 1. infr. ad leg. Falcid.* DEC. Actio ex teſtamento ſtricti iuris eſt, nõ bonæ fidei, quia pendet tota ex voluntate teſtatoris, non ex bona fide, cùm nec fides vlla data ſit legatario à teſtatore, vel ab herede, nec in legatum aliud venire poſſit principaliter, quàm quod ipſis teſtamenti verbis diſertè comprehenſum eſt. Quemadmodum de contractu ſtipulationis, qui omnium ſtrictiſſimus eſt, dici ſolet *l. quicquid adſtringendæ 99. infr. de verb. obligat.* Ita vt cùm in verbis teſtamenti nulla eſt ambiguitas, non ſit admittenda quæſtio voluntatis *l. ille aut ille 25. §. 1. de legat. 3.* Planè quod ad fructus vſuras, aliáſve acceſſiones pertinet, actio ex teſtamento imitatur naturam actionum bonæ fidei, vt ex die moræ debeantur *d. leg. in minorum l. ſi quis ſeruo 84. l. Titia Seio 87. §. vſuras de legat. 2. leg. in fideicommiſſaria 18. ad SC. Trebell.* nempe quia voluntatem teſtatoris eam fuiſſe credendum eſt, ne qua per heredem legatariis mora fieret, aut ſi qua fieret, non eſſet illa impunita, cum interſit etiam publicè conſeruari defunctorum voluntates, ſupremáque defuncti hominis iudicia exitum habere, non circumueniri *leg. vel negare 6. infr. quemadmod. teſtam. aper. l. ſi cui 92. de condic. & demonſt.* Inde eſt, quod ſi heres à teſtatore iuſſus ſit certo loco aliquid dare, arbitraria actio ei neceſſaria eſt; quæ non eſſet, ſi actio ex teſtamento eſſet bonæ fidei *l. ſi heres 6. iunct. leg. in bonæ fidei 8. inf. de eo quod cert. loc.* Sed actionem ex teſtamento cum dicimus, eam intelligere debemus, quæ in perſonam heredis cõpetit: nam ſi cui legatum ſit per vindicationẽ, competit legatario etiam vindicatio, quæ actio arbitraria eſt, non vt actio ex teſtamento ſtricti iuris, in eáque perinde ac in cæteris in rem actionibus iurabitur in litem: quomodo accipi debet quod ſcriptum eſt in *d. l. cùm pater 60. §. 1. ad l. Falcid.* cùm dominium rei per vindicationem legatæ tranſeat recta via à teſtatore in legatarium *l. à Titio 64. de furt.* támque citò legatum faciat hoc caſu legatarij rem legatam nunquam factam heredis, quàm hereditas facit heredis cæteras res ſingulas *legatum 80. de legat. 2. l. legatum eſt delibatio 116. de legat. 1.* Riſi, cùm legi quoſdã ex meis reprehenſorib. & ex iis qui ſubtiliores ſibi videntur, nec ſanè inſubtiles, quorum tamen nomini parco libentiſſimè, vt parcam honori, licet non aliam hucvſque iuſtiorem contra nos indignationis cauſam habeant, quàm quod à nobis neque in Coniecturis neque in Chiliade fuerint nominati, quaſi verò ex nominatione noſtra aliquid dignitatis accedere illis potuiſſet, riſi, inquam, cùm eos legi defendere tam pertinaciter actionem ex teſtamento dicendam eſſe actionem ex quaſi contractu, vt ex eo inferant, æquè igitur eſſe ex contractu: adeò ſunt illi faciles ad confundendas actiones ex quaſi contractu cum actionibus ex contractu. Quorſum verò? Nimirum vt contra nos probent non deeſſe exemplum, quo tueri poſſint errorem illum Triboniani, quem nos in Chiliade obſeruauimus *Error. 5. decad. 75. in §. aliquando Inſtit. de perpet. & tempor. action.* vbi ſcripſit ille aliquando etiam ex contractu actionem non competere contra heredem, veluti cùm teſtator dolosè verſatus eſt, & ad heredẽ nihil ex eo dolo peruenit: Adferunt enim exemplum de actione ex teſtamento pro legatis piis, quam Iuſtinianus introduxit, & pœnalem fecit miſtam in duplum contra heredem qui legata ſacroſanctis Eccleſiis & venerabilibus locis relicta dare diſtulerit *§. item miſta eſt actio & §. in duplum Inſt. de action.* quaſi poſſit hæc quoque dici pœnalis ex contractu, ideo ꝙ ſit ex quaſi contractu, ideò. a. ex quaſi cõtractu, ꝙ ſit ex teſtamẽto, cũ heres ad ſolutionẽ legatorum dicatur obligatus ex quaſi cõtractu, ſi Tribo. credimus, qui ita ſcripſit in *§. heres quoque 5. Inſtit. de oblig. quæ ex quaſi contr. naſcun.* Quis verò vnquam audiit pœnales vllas actiones eſſe ex contractu? Nam & cùm pœna aliqua in ſtipulationem deducta eſt, non tamen pœnalis eſt actio, ſed rei perſecutoria, per quam ſcilicet perſequi-

mut id ipſum quod ſtipulatione comprehenſum eſt *leg. ſtipulatio iſta 38. §. alteri de verb. oblig. l. vlt. infr. de ſtipulat. Prætor.* Quis, actiones ex quaſi contractu adſcribendas eſſe actionibus ex contractu? Quis, actionem ex teſtamento eſſe ex quaſi contractu? Fateor heredem, qui adiit hereditatem defuncti, aut bonis ſe immiſcuit, videri hoc ipſo quaſi contrahere cum creditoribus, & legatariis *leg. 3. §. vlt. & l. 4. infr. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eat.* & ideò poſſe dici obligatum ex quaſi contractu *d. §. heres*, (etſi non ita Vlpianus locutus eſt in *leg. 5. §. heres quoque de oblig. & act.* vnde is Inſtitutionum locus ſumptus eſt,) hoc ſenſu ſcilicet, vt non poſſit recuſare actionem ex teſtamento, quæ datur contra heredem ex lege 12. tabul. *leg. vlt. C. de heredit. action.* tanquam qui obligationem illam legis adprobauerit adeundo hereditatem, vel ſe immiſcendo. Non enim lex duodecim tabularum heredem inſtitutum legatariis obligat, quatenus inſtitutus eſt, ſed quatenus ea inſtitutione heres factus eſt per acquiſitionem hereditatis. Hereditas illa quidem eſt, quæ ex lege duodecim tabularum obligat heredem *d. leg. vlt. iunct. leg. ſiue à certis 17. infr. de duobus reis.* ſed acquiſitio hereditatis, eſt condicio ſine qua non obligatet, non cauſa formalis, aut efficiens huius obligationis, alioqui non poſſet dici hereditaria cauſa legatorum, ſi non ab ipſa hereditate, potiùs quàm ab heredis voluntate, aut ab hereditatis acquiſitione primùm proficiſceretur *leg. hereditariarum 40 de oblig. & action. iunct. leg. hereditarium. 7. de reb. author. iudic. poſſid.* In eóque nimitum differunt hereditaria debita à legatis, quod hereditaria debita fuerunt defuncti antequàm moreretur, legata verò non niſi eo mortuo hereditatis debita eſſe cœperunt: quæ tamen corruerent, ſi hereditatem nemo ſuſciperet. Cæterùm priùs etiam quàm adeatur hereditas, obligatam eam eſſe ad ſolutionem legatorum non minùs quàm debitorum defuncti, apparet ex eo, quod nec alioquin obligaretur heres adeundo, cùm per aditionem nulla iura ſiue actiua, ſiue paſſiua tranſire poſſint in heredem, niſi quæ priùs fuerint hereditatis *leg. 1. §. Scæuola infr. ſi is qui teſtam. lib. eſſ. iuſſ. leg. hereditas 22. de vſucap.* Ideo autem loquor generaliter de acquiſitione hereditatis, quia ſi quo caſu contingat acquiri hereditatem citra aditionem, vel immixtionem vllam, quomodo contingit in neceſſariis heredibus, ſiue ſuis, ſiue non ſuis, & ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato *Tit. Inſtit. de hered. qualit. & differ. leg. in ſuis 11 de liber. & poſthum. leg. 1. §. qui ſunt in poteſtate ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. leg. in ſuis 14. de ſuis & legit.* non eo minus obligatur heres ad ſolutionem legatorum & æris alieni, cùm tamen hoc caſu nullus quaſi contractus præceſſiſſe dici poſſit, quando neque aditio, neque immixtio vlla præceſſerit. Imò verò quod magis eſt, ſi ſuus heres, qui nunquam ſe immiſcuerat, abſtinuerit ſe bonis patris, quod ſuo iure poteſt facere ex perpetuo Prætoris edicto, etiam non adito Prætore *leg. impuberibus 11. & ſeq. infr. de acquir. hered.* attamen etiam poſt abſtentionem remanet obligatus ipſo iure creditoribus & legatariis, poſſetque ab iis conueniri, ſi non denegaret iis Prætor actionem, creditoribus quidem eam quæ iam contra defunctum ipſis competebat, legatariis verò actionem ex teſtamento *leg. neceſſariis 57. eod. tit.* Vnde verò dicetur actio illa ex teſtamento actio ex quaſi contractu, cùm pro aditione vel immixtione, ex qua volunt aduerſarij hanc, ex quaſi contractu actionem naſci, nihil niſi abſtentio interuenerit? Et certè quemadmodum heres, qui per aditionem, ſi extraneus fuit, creditur cum defuncti creditoribus quaſi contrahere, non ideo dicitur obligatus ipſis ex eo quaſi contractu, ſed ex illo ipſo verè contractu, ex quo defunctus tenebatur (nam vt teneatur ex contractu, & ex quaſi contractu ſimul impoſſibile eſt) ita & ratione legatariorum, cum quibus etiam quaſi contrahere intelligitur, non ex illo quaſi contractu obligatus eſſe dicendus eſt, ſed actione ex teſtamento, quam lex ipſa 12. tabul. pro legatariis, & fideicommiſſariis induxit. Atque ita eſſe vti dicimus, vt heres non poſſit dici obligatus legatariis ex contractu, tam apertè ſcriptum eſt in *d. §. heres quoque*, quo mouentur aduerſarij, & in eo Vlpiani loco vnde is ſumptus eſt, vt nihil apertius ſcribi potuerit. Idque eſt quod idem Vlpianus ſcribit in *l. verba 20. de verb. ſignific.* verba *Contraxerunt*, *Geſſerunt* non pertinere ad ius teſtandi, & quod Papin. noſter in *leg. cùm filius 76. §. heres meus de legat. 2.* non deberi amplius ex teſtamento, id quod nouatione per ſtipulationem facta deberi, ex contractu cœpit, vt intelligamus differre iſta toto genere, deberi quid ex teſtamento, & deberi ex contractu, nec minùs deberi ex quaſi contractu, cùm cauſa quaſi contractuum propiùs accedat ad cauſam contractuum, adeóque ſi aduerſariis credimus, quaſi contractus propter eundem effectum, qui cum contractibus communis ei eſt, contractui non malè adſcribatur. Hæc enim ipſorum verba ſunt, ex quibus contra eos inferimus, quod ergo contractui adſcribi non poteſt, nec quaſi contractui adſcribendum eſſe, multo minùs quod de actionibus ex contractu ſcriptum eſt in *d. §. aliquando*, ad actionem ex teſtamento pertinere poteſt. Neque verò exiſtimandum eſt, quod dicitur in *d. l. 3. §. vlt. & l. 4. infr. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* eum, qui hereditatem adit, aut ſe immiſcet, videri contrahere cum creditoribus & legatariis eò pertinere, vt obligetur ex quaſi contractu, qui iam ſatis obligatus eſt ex teſtamento, aut ex contractu defuncti: ſed vt poſſint creditores & legatarij mitti in poſſeſſionem bonorum non modò defuncti, ſed etiam heredis latitantis, vt ſolent mitti ex illa parte edicti creditores omnes in poſſeſſionem bonorum debitoris, ad conſtituendum in iis pignus Prætorium, quamuis in pignore conuentionali, quod defunctus contraxit, bona heredis non comprehendantur, ſi non de iis quoque obligandis ſpecialiter conuenerit *leg. Paulus reſpondit 29. in princip. & §. 1. infr. de pignor.* quiſquis enim adit hereditatem, aut ſe immiſcet hereditati, conſtituit ſe debitorem creditorum omnium defuncti, & legatariorum, exponitque ſe actionibus omnibus, ſed iam natis, ſicut & cæteris oneribus hereditariis. quoniam ea condicione & lege adire videtur *leg. ſi duo 38. de acquir. hered.* Quis enim dicat naſci actionem ex teſtamento, aut aliam quamlibet, cui contractus defuncti cauſam dederit, ex quaſi contractu heredis adeuntis hereditatem defuncti, aut ſe immiſcentis? An non eſſet hoc omnino præpoſterum, vt actio ex teſtamento naſceretur ex aditione heredis, cùm è contrario heredis aditio illa ſit, quæ ipſum obligat actioni ex teſtamento? Denique aditionem hereditatis non eſſe cauſam formalem, & efficientem actionis ex teſtamento, eo ſenſo quo ſolemus dicere in actionibus perſonalibus, obligationem eſſe matrem actionis *leg. nihil aliud 51. de obligationib. & actionib. leg. licet 42. §. ea obligatio ſupr. de procurat.* vel ex eo maximè conſtat,

quòd

quòd legata relicta ſub ea condicione, ſi heres adierit hereditatem, non ideò fiunt conditionalia *leg. aliquando* 7. *de condic. & demonſtr.* quoniam aditio hereditatis, ſicuti non ſuſpendit validitatem teſtamenti, quam potiùs præſupponit, ita neque actionem ex teſtamento, quæ iam nata eſt eo tempore, quo aditur hereditas, cùm dies legatorum cedat ex die mortis, & exinde incipiant deberi, & tanquam debita tranſmittantur ad heredem legatarij, quoties pura ſunt, ſi pauca excipias, quorum dies non cedit, niſi ab adita hereditate *leg. 1. 2. & 3. & paſſ. Quand. dies legat. ced. leg. vnic. § in nouiſſimo Cod. de caduc. toll.* ſed ſuſpendit tantummodò exercitium actionis, tanquam conditio, ſine qua non poſſet conueniri heres, neque actione ex teſtamento, neque alia vlla hereditaria, cùm actiones hereditariæ non poſſint exerceri, niſi contra heredem *d. leg. vlt. Cod. de hered. action.* nec legata, vel fideicommiſſa valere, quamuis pura, ſi nemo hereditatem adeat *leg. ſi nemo 9. de teſtam. tutel. leg. ſi nemo 181. de reg. iur. leg. ea quam 4. Cod. de fideic.* Et quemadmodum ridiculus eſſet, qui diceret, inſtituto herede repudiante, & ita faciente locum ſubſtituto, legata à ſubſtituto relicta deberi ex repudiatione inſtituti, ob id ſolùm, quòd ſi inſtitutus adiiſſet, ſubſtitutio ipſa vulgaris, & cum ſubſtitutione legata etiam ipſa à ſubſtituto data intercidiſſent (obligatur enim ex teſtamento, & tanquam ſubſtitutus, non quia inſtitutus repudiauerit) ita æquè ridiculus eſt, quiſquis dixerit obligari heredem inſtitutum ad ſolutionem æris alieni, & legatorum, ex quaſi contractu, ob id quòd hereditatem adierit, ac non potiùs actione ex teſtamento, quod eum teſtator legatis onerauerit, eique ſoluendi neceſſitatem lex 12. *tab.* iniunxerit, obligat enim primùm lex hereditatem, quæ deinde adeuntem heredem obligat *d. leg. ſiue à certo 17. de duob. reis.* Cúmque hereditas præcedat aditionem, quæ fit hereditatis, neceſſe eſt actionem ex teſtamento, quæ contra hereditatem competit, quamuis nondum poſſit exerceri, quia hereditatis perſona ficta eſt, nec heredis, ſed defuncti perſonam repræſentat, præcedere aditionem, nec proinde naſci poſſe ex aditione qua vetuſtior & antiquior eſt: nec quicquam vetat, actionem aliquam natam eſſe, & competere priuſquàm vllus ſit, qui conueniri poſſit, dummodò aliquis ſperetur futurus, vt euenit etiam in fictione poſtliminij *l. illa inſtitutio 32. § 1. de hered. inſtit.* quæ ideo ſuſpenſi iuris conſtitutio dicitur à Papiniano *in leg. pen. de ſuis & legit.* quamuis aliud ſit, ſi quis ſine herede aliòve ſucceſſore deceſſerit *leg. 1. C. de oblig. & act. leg. habere licere 57. infr. de euict. leg. 1. §. idem Pomponius in fin. infr. depoſ.* Parum ergo ſubtiles ſunt, qui hanc ex teſtamento pro legatis piis actionem in exemplum adferunt *ad d. §. aliquando* vt probent aliquando actiones pœnales ex contractu non dari contra heredem, veluti ſi dolosè verſatus ſit, & nihil ad heredem peruenerit, apertè contra Vlpianum in *leg. ſi hominem 7 §. 1.* vbi dicemus latius *infr. depoſ.* Sed longè inſubtilius faciunt qui quod à Triboniano ſcriptum eſt in *d. §. aliquando*, de pœnalibus ex contractu actionibus intelligunt, quaſi aliquæ poſſint eſſe pœnales ex contractu, quod certè ſtultum eſt. Etſi enim poſſunt aliquæ eſſe, quæ ſui natura & origine ſunt ex contractu, ex poſtfacto autem per dolum & inficiationem rei creſcunt in duplum fiuntque pœnales, tamen cùm incipiunt eſſe pœnales, incipiunt eſſe ex delicto ratione pœnæ, ideòque eſſe mixtæ ex contractu & delicto, ſicut ex rei perſecutione & pœna, quemadmodum euenit in actione depoſiti ex cauſa tumultus, vel incendij, vel ruinæ, vel naufragij, de qua contra eoſdem diſputabimus ad *leg. de eo 18. infr. depoſ.* Neque verò de pœnalibus ex contractu actionibus, quæ nullæ ſunt, tractauit Tribonianus in *d. §. aliquando*, vt ſibi fingit noua iſtorum iuriſprudentia, ſed de iis quæ meræ ſunt ex contractu. Statim enim ſequitur apud Tribonianum *pœnales autem actiones*, vt intelligas in verbis præcedentibus, quod ſcriptum eſt de actionibus ex contractu aliquando non dandis contra heredem, ad eas actiones quæ pœnales, ſint nullomodo pertinere. Iunge quæ de tota hac quæſtione ſcripſimus in *Error. 2. & 5. decad. 76. de error. pragmat. & interpr. iur.* Cuiacius in interpretatione *libri 26. Commentariorum* Pauli ad Edictum, hanc legem prætermiſit.

7. VLPIANVS libro 8. ad Edictum.

VVlgo præſumitur, alium in litem non debere iurare, quàm dominum litis: denique Papinianus ait, alium non poſſe iurare, quàm eum, qui litem ſuo nomine conteſtatus eſt.

*Ad l. Vulgo 7.*

RAT. DVB. Is iurare poteſt & debet, non tam qui dominus eſt, quàm qui rerum adminiſtrandarum ius habet *leg. iuſiurandum quod ex conuentione 17. § pupillus ſupr. tit. prox.* cuiuſmodi ſunt tutores pupillorum, & curatores furioſorum, vel prodigorum *§. ſi tutor eiuſd. leg.* qui tamen ſuo nomine litem conteſtari non poſſunt, ſed nomine ipſius pupilli, vel furioſi vel prodigi, quorum vice & partibus funguntur. Et verò iurare iſtos poſſe ſi tantam adfectionem pupillis, vel furioſis, vel prodigis adeóque minoribus, quorum curam gerunt, præſtare velint, iurare, inquam, in litem eorum nomine apertè ſcriptum eſt in *l. 4. verſ. curatores ſupr. eod. tit.* Falſum igitur eſt, quod in hac lege ex Vlpiano ſcribitur, non alium in litem iurare debere, quàm dominum litis, & quod ex Papiniano, alium iurare non poſſe, quàm eum qui ſuo nomine litem conteſtatus eſt. Alioqui quomodò conſuletur pupillo, furioſo, vel prodigo, ſi eorum nomine tutores & curatores iurare nolint, cùm nec ſi velint pupillus, furioſus, vel prodigus iurare tamen poſſint *d. leg. 4. in princip.* hoc enim ſolis adoleſcentibus, qui neque furioſi, neque prodigi ſunt, conceditur, *verſic. adoleſcens ead. leg.* DEC. Iniurandum in litem, vt toties diximus, non alia de cauſa inductum eſt, quàm ne alterius, quàm domini arbitrio precium ſtatuatur eius rei, quam inuitus dominus iniuſto & doloſo poſſeſſori vendere cogitur *leg. prox. infr. l. non enim 9 infr. rer. amot. l. ſi filiusfamilias 25. § maritum infr. ſolut. matrim.* iuſtum enim eſt, ſua cuique committere, & aliena appetentes etiam ſupplicio coercere, inquiunt *Impp. in l. nemo exterus 9. Cod. de Iudæis, & cælicol.* Eius ergo qui dominus eſt, arbitrium & æſtimatio ſpectari debet, non alterius puta procuratoris, aut negotiorum geſtoris, qui non niſi

alieno nomine agunt, & litem conteſtantur, licèt per conteſtationem procurator fiat dominus litis *leg. nulla dubitatio eſt 23. cum leg. praced. Cod. de procurat.* Idémque multo magis dicendum eſt in coniunctis perſonis, quibus alieno nomine agere permittitur, etiam ſine mandato *leg. ſed & hæ 35. ſupr. de procur.* ſunt enim minùs quàm procuratores *leg. 3. §. ſed ſi fortè infr. iudic. ſol.* Tutoribus ſanè ac curatoribus, quia legitimam perſonam habent ſtandi in iudicio, hoc ipſum quoque permittitur, ſi velint in conſequentiam cœpti iudicij, quod inchoare coacti ſunt, vt etiam finem ei poſſint imponere: ſed non coguntur ſi nolint propter periculum ancipitis periurij, quod quantò faciliùs incurritur per iusiurandum in litem, in quo maximè adfectioni indulgetur, tantò difficiliùs ſubeundum eſt, vt diximus ad *d. leg. 4. ſupr.* vbi oſtendimus malè Accurſium, quod hîc dicitur de domino litis ſic interpretari, vt tamen idem iuris ſit in quaſi domino, nempe, vt tutores, vel curatores comprehendat, quaſi & hi loco dominorum ſint ex *leg. qui fundum 7. §. ſi tutor infr. pro emptor. leg. interdum 56. § qui tutelam infr. de furt. leg. is qui in puteum 11. § an ignoſcitur infr. quod vi aut clam.* quod in tutore quidem & in curatoribus furioſi, vel prodigi verum eſt, qui ad exemplum tutorum dantur perſonę principaliter, rebus autem non niſi per conſequentias: at non æquè in curatoribus minorum, qui rebus tantùm dantur, non perſonis, quíque ideo nullam niſi accipiendi iudicij, & authoritatis minori præſtandæ facultatem habent, non etiam agendi quicquam ſine minore. Planè dominus, cuius nomine alius litem conteſtatus eſt, licèt ipſe cõteſtatus non ſit, admittetur tamen ad iurãdum, vt bene hîc notat Bart. ex *d. l. 4. verſ. adoleſcens ſupr.* alioqui periniquum eſſet, neq; eum iurare poſſe, qui alieno nomine litem cõteſtatus eſt, quia non ſuo nomine, neque dominum cuius nomine, quia non ipſe conteſtatus ſit. Ex eo autem quod hæc lex ait, non eſſe permittendum, vt alius iuret in litem, quàm qui dominus litis eſt, quíque litem ſuo nomine conteſtatus fuit, intelligimus quàm falſum ſit, quod poſt Bartolũ interpretes noſtri volunt, etiam ante litem conteſtatam iurari poſſe in litem. E cõtrario autem veriſſimum eſſe, quod nos defendimus, nunquam in litem iurari niſi poſt ſententiam, quia nec vnquam defertur à iudice, niſi per ſententiam diffinitiuam, per quam tanti cõdemnatur reus, quanti actor in litem iurauerit, *l. ſi culpa 63. leg. qui reſtituere 68. ſupr. de rei vindic. l. ſi fundus 16. §. in vindic. actione infr. de pignor.* nec enim lis vnquã æſtimatur, niſi per ſententiam *l. 2. §. 1. ſupr. & l. prox. infr.*

8. MARCELLVS libro 18. Digeſtorum.

TVtor rem adulti, quam poſſidet, reſtituere ei non vult. Quæro, vtrum, quanti res eſt, an quanti in litem iuratum fuerit, condemnari debeat. Reſpondi, non eſt æquum, pretio (id eſt, quanti res eſt) litem æſtimari: cùm & contumacia punienda ſit, & arbitrio potiùs domini rei pretium ſtatuendum ſit, poteſtate petitori in litem iurandi conceſſa.

*Ad l. Tutor 8.*

RAT. DVB. Cum tutore mitiùs agendum videtur, quàm cum alio quolibet rei alienæ iniuſto poſſeſſore, non ſolùm quia inuitus officium publicum ſuſcipere coactus fuit, ſi nullam habuit ſatis iuſtam excuſationem (nec enim officium publicum cuiquam damnoſum eſſe debet *l. videlicet 29 ſupr. ex quib. cauſ. maior.*) ſed etiam quia poſſeſſionem rei pupillaris ab initio iuſtè ac lege permittente nactus eſt, non per rapinam, vt ille de quo in *l. nec quaſi 70. ſupr. de rei vindic.* eiúſque rei non tantùm poſſeſſor, fuit, ſed etiam veluti dominus *l. interdum 56. §. qui tutelam infr. de furt.* & vice domini, vt loquitur Vlp. in *l. is qui in puteum 11. § an ignoſcitur infr. quod vi aut clam.* Prima enim poſſidendi cauſa hac parte maximè ſpectanda eſt *l. ſi donata 36. infr. de donat. int. vir. & vxor.* vbi dicitur, in ſpecie non valde diſſimili Paulus reſpondet, ſi res à coniuge coniugi donatę extent, vindicari quidem eas poſſe, ſed niſi reddantur, earum æſtimationem faciendam eſſe, non quanti dominus in litem iurauerit, ſed iuſto pretio, adeóque quod magis eſt, caueri debere poſſidenti de euictione ſimpli quanti ea res ſit, *quia*, inquit, *cauſam poſſidendi præſtitit donatio*, quamuis donatio prohibita & quæ non valuit, donationis nomen non mereatur, nimirum quia non tam amarè, nec tanquam inter infeſtos ius prohibitæ donationis tractandum eſt inter coniuges, ſed vt inter coniunctos maximo affectu, inquit idem Paulus in *l ſi id quod 28. §. ſi quas eod. tit.* Quidni ergo idem dicimus in tutore nolente reſtituere res adulti, vt tamen non idcirco condemnetur, quanti actor in litem iurauerit, ſed ad iuſtum earum pretium, cùm & iuſtam poſſidendi cauſam ab initio tutela præſtiterit, & maximo affectu ac propè paterno tutor pupillo ſuo coniungatur, ſiquidem tutor quilibet ferè alter pater eſt, ſicut & tutoria poteſtas vicaria eſt patriæ poteſtatis, vt pluribus docuimus ad *Tit. de tutel.* in noſtra Iuriſprudentiæ Papinianeæ ſcientiæ DEC. Nemo inuitus re ſua carere, eámque iuſto precio vendere cogitur *l. non enim 9. infr. rer. amot.* nec minùs contumacia tutoris hac pœna iuriſiurandi in litem punienda eſt, quàm alterius cuiuſlibet iniuſti poſſeſſoris *leg. 1. ſupr.* imò tanto magis quòd coniuncta eſt, cum inſigni perfidia, creſcítque perfidiæ crimen ex qualitate tutoris, cùm tutores dentur pupillis, vt eorum perſonas bonáque tueantur, non vt eos ſpolient *leg. qui fundum 7. §. ſi tutor. infr. pro emptor.* Et quamuis ab initio nihil dolo malo tutor fecerit, cùm rerum pupillarium poſſeſſionem nactus eſt, nunc tamen dolo facit, & per rapinam, cùm non vult eas reddere, vt in *l. 2. §. circa infr. de doli mali except.* nec bene cõparabitur coniugi rem coniugis ex prohibita donatione poſſidenti, neque eam reſtituere volenti: de quo in *d. leg. ſi donata.* etſi enim iuſtam poſſidendi cauſam præbere non poteſt iniuſta donatio, niſi in caſu *leg. Pomponius Philadelphus 35. famil. erciſc.* de cuius ſententia alibi ſcripſimus: verum tamen eſt, poſſediſſe coniugem res ſibi donatas, ex voluntate donantis, quod ſufficit, vt mitiùs cum eo agi oporteat *leg. de eo 63. in fin. de donat. int. vir. & vxor.* Quamquam valde notandus & ſingularis eſt ille caſus, in quo

in quo dominus re ſua carere cogitur iuſto precio, licet interueniat dolus poſſidentis, nolentis arbitrio iudicis parere. At cauſa donationis etiam inioſtæ & prohibitæ non eſt ſimilis tutelæ, quæ ipſa per ſe tutorem obligat, ad res omnes pupillares ſinita tutela reſtituendas. Meritò igitur condemnandus eſt, ſi non reſtituat, quanti adultus in litem iurauerit, nec tantùm ſi per dolum, ſed etiam ſi per latam culpam tutoris ea reſtitutio denegetur *l. 2. & paſſ. C. eod. titul.* Semper enim pupilli miſerendum eſt, qui non eligit ſibi tutorem, vt minor curatorem vel maior quilibet procuratorem: ſed incidit in tutorem, vt eleganter Papin. loquitur in *l. vltim. inf. rem pupill. ſalu. for.* Malè tamen Bartolus legis huius rationem ea eo petit, quòd actio tutelæ ſit bonæ fidei, quaſi in omnibus bonæ fidei actionibus ita ius ſit, vt in litem iurari oporteat: quod tamen non ita eſt, nam neque in actione ex empto quæ maximè bonæ fidei eſt, iuratur in litem, neque in contrariis iudiciis, nec denique in cæteris in quibus actor ſuam rem non alienam repoſcat, vt docuimus ad *l. in actionibus 5 ſupr.* Ratio igitur tota ea eo petenda eſt, quod de iis rebus agatur in hac lege, quæ ſint ipſius adulti, & quas inuitus cogendus non ſit iuſto precio tutori ſuo vendere. Proinde ſi per actionem tutelæ adultus repoſcat à tutore res alienas, puta quæ vel depoſitæ fuerant penes defunctum, vel ei locatę, vel commodatæ, vel datæ pignori, non æquè dicendum erit æſtimari eas per iuſiurandum in litem oportere, cùm hoc caſu nõ habeat locum ratio quæ iuriſiurandi huius neceſſitatem ea æquitate induxit, & quam Marcellus eleganter declarat his verbis, *Cùm & contumacia puniẽda ſit, & arbitrio potius domini rei precium ſtatuendum ſit, poteſtate petitori in litem iurandi conceſſa.* Nec enim aut iudex, aut alius quiſquam præter dominum conſtituere poteſt, aut debet precium rei venditæ, cùm ſuæ quiſque rei moderator ſit, & arbiter *vulg. l. in re mandata 21. C. mãdat. l. nemo exterum 9. C. de Iud. & cælicol.* Idque ex hac lege omnium optimè probatur, ſicut & quod docuimus in ſuperioribus, & ad finem legis præcedẽtis non deferri iuſiurandum in litem à iudice, niſi per ſententiam diffinitiuam, cùm tanti condemnat reum, quanti actor in litem iurauerit.

9. IAVOLENVS lib. 15. ea Caſſio.

CVm furti agitur: iurare ita oportet [a] tanti rem fuiſſe, cùm furtum factum ſit [a] non adiici, *eo pluriſve* [b], quia quæ res pluris eſt, vtique tanti eſt.

*Ad l. Cùm furti 9.*

RAT. DVB. Furti actio pœnalis eſt, cùm per eam actor non rem ipſam furto ſubtractam, ſed pœnam duntaxat perſequatur *l. ſi pro fure 7. §. 1. infr. de con. ict. furt. l. qui vas 48 in princ. l. ſi pignore 54. §. cùm furti inf. de furt.* Ergo non poteſt in ea iurari in litem, cùm non iuretur, niſi ad rem ipſam litémque æſtimandam *l. 1. l. prox. ſupr.* Adde quòd furti actio ſicut pœnalis ita ſtricti iuris eſt, cùm actiones omnes pœnales ſint ſtrictæ, ideo quia pœnæ odioſæ ſunt, & conſequenter interpretatione molliendę potius quam exaſperandæ *l. penul. inf. de pœn.* Atqui in actionib. ſtricti nũquam iuratur in litem, niſi cùm præciſa impoſſibilitas impedit, ne aliter æſtimari lis poſſit, quàm per iuſiurandũ in litem, vt in *l. in actionib. 5. verſ. planè* vbi diximus *ſup.* & in *l. ſi quãdo 9. C. vnde vi.* Ob has nimirum cauſas putant plerique non de actione furti, quæ merè pœnalis eſt, ſed de condictione furtiua, qua rem ipſam perſequimur, intelligi hanc legẽ debere, alij verò tam de condictione furtiua quàm de actione furti, ſed eo ſenſu, vt non ſit hoc iuſiurandũ in litem, nec adfectionis, ſed quomodo vocant veritatis, quod habere locum debeat propter dolum, & inopiam aut difficultatem probationis, vt in *verſ. planè & l. in actionibus & in d. l. ſi quando 9. C vnde vi.* Alij denique cũ Bartolo diſtinguunt, an furti agatur, an cõdictione furtiua, vt priore caſo non poſſit iurari in litem iureiurando adfectionis, quia in pœnali actione nullum poſſit interuenire præceptum iudicis de re reſtituenda, nec proinde cõtumacia vlla furis in non parẽdo iudici, ob quam contumaciam iurari contra eum in litem oporteat, poſſit tamen iurari iureiurando veritatis propter dolum & difficultatem probationum, ſi res furtiua non appareat: poſteriore autem iurari poſſit, ſi reus condictione furtiua conuentus iuſſus ſit rem reſtituere, contemnat iuſſum iudicis: quæ res iuriiurando in litem & adfectionis facere locum ſolet: re autem furtiua ante ſententiam perempta citra dolum iurari nõ poſſit, niſi iureiurando veritatis, vt in *d. verſ. planè.* Quæ Bartoli diſtinctio certè non paucioribus abundat erroribus, quàm verbis: nam præter id quod veritatis iuſiurandum nullum eſt, vt docuimus ad *d. l. in actionibus*, falſum etiam eſt in actione furti non poſſe iurari in litem ratione adfectionis: etſi enim actio hæc merè pœnalis eſt, nulla verò ea parte rei perſecutoria, neſciri tamen poteſt, ad quam vſque ſummam aſcẽdat duplum vel quadruplum, quin prius & ante omnia ſimpli ratio conſtituatur, ex cuius ſcilicet ſolius cõparatione dupli aut quadrupli æſtimari debet. Proinde ad æſtimationẽ furtiui corporis actio furti neceſſariò referẽda eſt, quoties iure domini defertur, non etiã ſi ratione ſolius vtilitatis, tunc e. n. vtilitas illa ſola duplanda eſt in actione furti nec manifeſti, vel quadruplãda in actione furti, nec manifeſti, ſecundùm diſtinctionem Papiniani in *l. ſi cùm vendidero 80. §. 1. de furt.* Idq; eſt quod idem Vlp. noſter ſcribit in *l. in furti 50. eod. tit.* in furti actione, non id quod intereſt duplari, vel quadruplari, ſed verũ rei precium, id eſt, merum & ſolum, non cum aliqua vtilitate extrinſeca coniunctũ, nẽpe quia id quod intereſt, plerunque egreditur verũ rei precium *l. 1. de act. empt. l. in interdicto 6. vnde vi.* Verum igitur precium neceſſariò ſciendum eſt, nec illud præſens, id eſt, quod ex communi hominum arbitrio, & exiſtimatione conſtituendum ſit *leg. precia rerum 63. ad leg. Falcid. l. ſi ſeruus 35. ad leg. Aquil. ſupr.* ſed formale, vt loquitur Vlpianus in *leg. in lege 62. §. 1. ad leg. Falcid.* id eſt, quale quantúmque fuerit taxatum à venditore præciſa quantitate non inſpecto eo an reuera tanti res ſit, vel pluris minoriſve, vt iam explicauimus ad *l. in actionibus 5. verſ. planè ſupr.* tanti enim vnaquæque res verè & formaliter eſſe creditur, quanti vendi poteſt *l. ſi quis vxori 52. §. pen. infr. de furt. l. 1. §. ſi heres ad SC. Trebell. l. in cauſa 16. §. idem Pomponius ſupr. de minor.* in eóque differt verum precium à iuſto *l. ſi donata 28. infr. de donat. int. vir. & vxor.* Porrò hoc ipſum, id eſt, quanti res furtiua fuerit, eo tempore quo furtũ factum eſt (ad illud enim præciſè tempus referenda æſtimatio eſt, vt hæc lex ait,

quoniam ab illo iſtanti pœna deberi cœpit, quæ ex poſtfacto nec augeri potuit, nec minui) taxandum eſt per iuſiurandum actoris eiuſdémque domini, qui furtum paſſus eſt, non vt æſtimationem illam in locum rei ſuæ, quaſi venditæ conſequatur (nec enim fit æſtimatio hæc ad contrahendam emptionem, vt nec in *leg. æſtimatis 50 infr. ſolut. matrim. leg. ſi inter 21. C. de iur. dot.* cùm etiam poſtquam actor pœnam dupli vel quadrupli fuerit conſecutus, ſaluam habiturus ſit vindicationem *d. §. cùm furti*, qua propoſita, ſi fur, aut furis heres, aliúſve poſſeſſor, quilibet iuſſu iudicis rem reſtituere volet, non ſit dominus rem ſuam venditurus, eàve cariturus aut ſi nolet, tunc iterum rem ſuam æſtimaturus ſit dominus, eóque precio quod ipſe dixerit, rem ſuam venditurus) ſed vt dupli vel quadrupli ratio iniri poſſit. Nec enim ob id ſolùm quod per actionem furti non cogatur dominus rem ſuam vendere, melior ipſius cōdicio fieri debet, vt res minoris æſtimetur, cùm in actione ipſa furti non poſſit fur eſſe fauorabilior, quàm ſi vindicatione cuiuslibet poſſeſſoris exemplo conueniretur: nec rurſus, quod verum precium duplandum eſſe ſcriptum eſt in *d. l. in furti facere debet*, vt excludatur iuſiurandum in litem, quaſi non ſit verum precium quod actoris iureiurando taxatur. Nam imò verū eſt etiam quod per iuſiurandum taxatur, cùm res non pluris fiat per hoc, ſed contumacia vel dolus poſſeſſoris aut furis æſtimetur vltra rei precium *l. 1. ſupr. & l. prox. præced.* Fateor quod vult Bartolus, in actione furti non poſſe æſtimari contumaciam furis, quia nullū in ea interuenit arbitrium de re reſtituenda, ſed dico æſtimari dolum debere, cùm non fiat furtum ſine dolo: ſufficit autem alterutrum interuenire, aut contumaciam, quæ ſine dolo nunquam eſt, aut ſaltē dolum qui abſque contumacia eſſe poteſt *l. 2. in fin. ſup.* Eſt ergo hic caſus notandus, in quo iuratur in litem, non ab alio quidem quàm à vero domino, ſed tamen etiam is qui iurat, maneat dominus rei ſuæ, nec ideò ſit ea cariturus odio ſcilicet furis, cuius dolus non ſatis per actionē furti pœnalem puniretur, ſi in æſtimanda re furtiua ad dupli vel quadrupli rationem ineundam, dolus ille non minus æſtimaretur, quàm ſi vindicatione ageretur. Mala ergo etiam eſt ratio illa, qua mouetur Bartolus, vt neget in actione furti poſſe iurari in litem, quòd nullam admittat actio illa contumaciam, quaſi verò non ſufficiat adeſſe dolum, ad inducendum iuſiurandum in litem, qui certè ſufficit, vt diximus. nam nec in bonę fidei iudiciis arbitriū, aut præceptum vllum vnquam interuenit de re reſtituenda, & tamen in iis non minus, quàm in arbitrariis iuratur in litem, quoties ratione dominij deferuntur, vt diximus ad *d. l. in actionibus ſupr.* Contrarius eiuſdem Bartoli error in eo eſt, quod putat in condictione furtiua, ſi res non perierit, ante ſententiam iurari poſſe in litem, ſi præceſſerit, inquit, præceptum de re reſtituenda, quod reus contempſerit. Nam cùm furtiua condictio ſit ſtricti iuris, vt & cōdictiones omnes, non autem arbitraria, multo minus in ea vllum interuenire poteſt arbitriū aut præceptum, vt ipſe loquitur de re reſtituēda, quod nec in bonæ fidei actionibus interuenit. Ideóq; duplex abſurdum eſt dicere, in condictione furtiua iurari in litem, quod nuſquam ſcriptum eſt, & iurari ratione illa, quòd in condictione furtiua interueniat præceptum iudicis de re reſtituenda: è contrario enim rectà procedit iudex ad litem æſtimandam, vt in cæteris omnibus tam bonæ fidei, quàm ſtricti iuris actionibus. Neque quod odio furis ea cōdictio competat, & ſingulari quodam iure exemplo vindicationis non detur, niſi domino *l. 1. de condict. furt.* facere poteſt, vt in ea quoque non minus quàm in vindicatione iurari in litem poſſit: cùm non idcirco vtriuſque actionis iura confundenda ſint, & ſufficere domino debeat, quòd electionem habeat, vtrum vindicatione agere malit, an furtiua cōdictione: aliter enim atque aliter in vtraque lis æſtimatur, in vindicatione quidem quanti actor in litem iurauerit, ſi arbitrio non pareatur iudicis rem reſtitui iubentis, in condictione verò furtiua quanti plurimi retrorſum res fuit à die ſententiæ in diem vſque litis conteſtatæ *l. 2. §. quæſitum infr. de priuat. delict. l. in re furtiua 8. §. 1. & l. vlt. de condict. furt.* Alioqui ſi eadem in vtraque actione fieret litis æſtimatio per ſententiam & condemnationem, parum abeſſet quin vna tantùm actio eſſe videretur: quod abhorreret à propoſito legiſlatoris ciuilis, qui duabus iſtis actionibus licèt contrariis & incompatibilibus furem teneri voluit, non alia ratione quàm mero ipſius odio, vt ſcriptum eſt in *§. ſic itaque Inſtit. de action.* Et verò tametſi is qui condictionem furtiuam exercet, ſit dominus & agat, quia dominus eſt, non tamē agit tanquam dominus, nec vi dominij, vt reprehēſores noſtri malè loquuntur, ſed potius tanquam non dominus, cùm ad inſtar aliarum cōdictionum omnium intendat dari ſibi rem oportere, ac ſi non eſſet dominus, & ac ſi fur qui furando egit quantum potuit, vt dominium vero domino eriperet, ſibique acquireret, effectus dominus fuiſſet. Sibi ergo imputet qui pro vindicatione condictionem eligere maluit, allectus fortaſſe dulcedine æſtimationis illius quanti plurimi, quæ extra cauſam legis Aquiliæ in ſola condictione furtiua locum habet, nec cauſari poteſt per condictionem furtiuam, æquè per vindicationē fieri, vt cogatur inuitus re ſua carere, eámque vendere pro litis æſtimatione. Nam præter id quod non ita eſt, quia condictio non perimit vindicationē, ſicut nec vindicatio condictionem, vt poſtea dicemus ex *l. ei qui 9. inf. de furt.* non id agit qui ex condictionis furtiuæ cauſa litis æſtimationem conſequitur, vt rei ſuæ dominium amittat, quod quaſi nondum habeat, in ſe adhuc transferri poſtulat, & ideo iuriſiurādi in litem beneficium implorare non poteſt, quod vtique probabiliter concedendum ei eſſet, ſi condictio furtiua vindicationem tolleret, eiúſque loco cederet. Alius nec lenior eiuſdem Bartoli error in eo eſt, quod ait in condictione furtiua, ſi res perierit ante ſententiam de re reſtituenda latam, iurari quidem poſſe in litem contra furem, ſed iureiurando veritatis, ob dolum, inquit, & probationis difficultatem, ſed non affectionis. Diſtinguere enim debuit non an res perierit ante moram aut poſt moram, vt in *d. l. in actionibus verſ. planè* cùm fur ſemper moram facere intelligatur *l. in re furtiua 8. §. vltim. & l. vlt. de cōdict. furt.* ſed vtrū ante litem cōteſtatam, an poſtea. Si ante litem conteſtatam iurari in litem poteſt, quia neque impunita furis mora eſſe debet, neque poteſt iudex ſine delatione iuriſiurandi æſtimare rem, quæ non extat, nam & idem in quolibet alio ſtricti iuris iudicio contingeret re poſt moram peremptа *d. l. verſicul. Planè.* ſi verò poſt litem conteſtatam, & ante ſententiam res furtiua perierit, qui caſus eſt, quem Bartolus tractat, falſum eſt quod ille vult iurari in litem hoc caſu poſſe: cùm alia ratio ſuperſit indemnitatis actori præſtandæ, æſtimata ſcilicet re furtiua, quan-

ſia, quanti plurimi vnquam fuerit à die mortis in tempus vſque retrorſus computandum litis conteſtatæ, *d. l. in re furtiua* 2. §. 1. & *d. l.* 2. §. *quæſitũ de priuat. delict.* quæ æſtimatio qualis & quanta fuerit ſciri optimè etiam citra iuſiurandum facilè poteſt. Sed grauiſſimus tam Bartoli quàm Accurſij omniumq. interpretum error ille eſt, quòd putant actionem furti, de qua ſola hîc Iauolenus loquitur, pro furtiua condictione accipi etiam poſſe & debere. Differunt enim toto genere, cùm furti actio ſit criminalis, condictio autem furtiua ciuilis, nõ minus quàm cæteræ, illa merè pœnalis, hæc verò rei perſecutoria, illa nec heredi datur, nec contra heredem furis §. *omnes autem Inſtit. de perpet. & tempor. act.* hæc datur & heredi & contra heredem furis *l. 5. de condict. furt.* illa datur contra eum quoque cuius ope & conſilio furtum factum eſt: hæc non datur *leg. proinde 6. eod.* Nec moueri debuerunt ex eo, quod idem noſter Iauolenus ſcribit in *l. ſi is cui 71. in princip. infr. de furt.* ſi is cui commodata res erat, furtum ipſius admiſerit, agi cum eo poſſe & furti & commodati, &, ſi furti actum eſt, commodati actionem extingui, ſin commodati, actioni furti exceptionem obiiciendam, quaſi actionem furti eo quoque loco Iauolenus dixerit pro condictione furtiua, ne alioquin pugnet ex diametro illa lex cum *leg. rei communis 45. & ſeqq. inf. pro ſocio.* vbi ex Vlpiano ſcriptum eſt per actionem pro ſocio, quæ concurrit cũ actione furti, non tolli actionem furti, nec contra, idémque in omnibus bonæ fidei iudiciis dicendum eſſe, ſed ſi ex cauſa furtiua condixero, ceſſare actionem pro ſocio, niſi ſi pluris mea interſit. Nam etiãſi melius aliud dici nihil poſſet, de quo videbimus ad *d. l. rei communis*, mallem fateri pugnaſſe in hac quæſtione Iauolenũ cum Vlpiano, quàm fœdam illam & nominum & rerum confuſionem inducere, vt actionem furti dixerit Iauolenus pro furtiua condictione. Nam & diſſenſiſſe in illa quæſtione veteres Iureconſultos apertè ſcribit Paulus in *l. qui ſeruum 34. in princip. infr. de oblig. & act.* quæ ſumpta eſt ex libro ſingulari, quẽ ob eam cauſam conſcripſit de concurrentib. actionibus, in quo vt veriſimile eſt, illud potiſſimum tractauit, pluribus de eadem re concurrentibus actionibus, an & quando altera per alteram tollatur: ait enim, ſi quis ſeruum alienũ iniurioſè verberauerit, ex vno illo facto eum incidere in legem Aquiliam, & in actionem iniuriarum, quoniam iniuria ex affectu fiat, damnum verò ea culpa, & ideò non dubitari quin poſſit vtraque actio competere, ſed quoſdam putare altera electa alteram conſumi, alios verò, in quorum numero fortaſſe Iauolenus fuit, per legis Aquiliæ actionem iniuriarum conſumi, quoniam deſiit bonum & æquum eſſe condemnari eum, qui iam æſtimationem præſtiterit, cùm iniuriarum actio tota ſit ex bono & æquo, ſed ſi iniuriarum antè actum eſſet, teneri eum ex lege Aquilia, cuius diſtinctionis partem priorem Paulus probat, ſed poſteriorem omnino improbat, ſiue Paulus, ſiue, quod malo, Tribonianus verbis illis ſequẽtibus, adeò videntur mihi parum elegantia, & Triboniano quàm Paulo digniora, *Sed hæc ſententia*, inquit, *per prætorem inhibenda eſt, niſi in id quod amplius ex lege Aquilia competit, agitur. Rationabilius itaque eſt eam admitti ſententiam, vt liceat ei quam voluerit actionem prius exercere, quod autem amplius in alia eſt etiam hoc exequi.* Ex quo ſequitur, vt ſi plus ſit in actione prius propoſita, conſumatur altera, vel ipſo iure, vel ſaltem quod eſt tutius, per exceptionem, non ſolùm ſi vtraque ſit pœnalis, vt in exemplo ſuperiore, ſed etiamſi vna pœnalis, altera rei perſecutoria, vt in exemplis aliis de quibus in §. *nũc de colono*, ad finem vſque legis, vbi ſine dubio retinenda eſt vetus lectio, quæ habet negationem in illis verbis, *ſed verius eſt non remanere.* ſequitur enim ratio per negationem quoque concepta his verbis, *quia ſimplo accedit, & ſimplo ſubducto locum non habet.* Quam negationem qui tollunt, vt præcedentium verborum lectionem quæ in *Pand. Flor.* adfirmatiua eſt, plus certè Pandectis Florentinis tribuunt, quàm iuris rationi. Sed de his omnibus dicendum erit latius ad *d. l. rei communis 45. & ſeqq. vſque ad 51. inf. pro ſocio.* Hoc tamen attingere coacti fuimus, ne quis putet Iauoleni ſententiam, etiamſi cum cæteris pugnet, omnino ratione deſtitui: nam cùm actio commodati ſit bonæ fidei, in omnibus autem bonæ fidei iudiciis condemnationem ex bono & æquo fieri oporteat, conſequẽs eſſe videtur, vt per actionem furti prius propoſitam finiatur & tollatur ipſo iure, quia bonum & æquum non eſt iterum condemnari eum, qui iam duplum vel quadruplum eidem actori præſtiterit, quamuis ſi prius actum ſit commodati, non æquè tolli poſſit ipſo iure actio furti, quæ non vt illa ex bono & æquo eſt, ſed ex ſtricto iure legis duodecim tabularum. Ideòque exceptionem eo caſu neceſſariam eſſe Iauolenus quoque voluit. Nec aliud Pauli iudicium fuit in actione legis Aquiliæ concurrẽte cum actione commodati, vt apparet, non tam ex *d. l. qui ſeruum* quam à ſuperioribus verbis vſque ad finem legis Triboniani potius eſſe arbitror, quàm ex *l. ſed nihilominus 48. & l. ſed actione 50. pro ſocio*, vbi diſtinguit ille hac parte actionem legis Aquiliæ ab actione furti, vt ſi concurrat actio legis Aquiliæ cum actione pro ſocio, vel alia bonæ fidei, & prius agatur actione bonæ fidei, non aliter condemnandus ſit reus, quàm ſi ab actione legis Aquiliæ liberetur, quoniam vtraq. actio detur ad rei perſecutionem, licèt actio legis Aquiliæ detur etiam ad pœnam propter repetitionem præcedentis temporis, quo res pluris fuit aut eſſe potuit: ſecus ſi concurrat actio bonæ fidei cum actione furti, quæ tota ad pœnam duntaxat reſpicit, non etiam ad rei perſecutionem: quam differentiæ rationem Iauolenus non ſatis ſubtiliter percepiſſe videtur, vt nec alia multa quæ Paulus diligentius obſeruauit, & propter quæ videas eum paſſim à Iauoleno diſſentire. Cæterùm ſi prius actum ſit lege Aquilia, quàm actione pro ſociu, vel alia quæ ſit bonæ fidei, non negat Paulus actionem bonæ fidei hoc ipſo conſumptam & finitam eſſe, quod & diſertè ſcriptum eſt in *d. l. qui ſeruũ §. vltim.* ratione illa, quam attulimus, quod bonum & æquum eſſe deſinat, adhuc teneri eum, qui æſtimationem iam præſtitit, niſi poneres in actione bonæ fidei, quæ poſterior proponitur, amplius aliquid eſſe, quàm quod ex legis Aquiliæ actione actor conſecutus ſit. Nam fortè ſi pluris eius interſit, cùm eius quod intereſt, ratio nulla habeatur in iudiciis ſtrictis, quomodo habetur in iudiciis bonæ fidei. Nam & eadem diſtinctio adhibetur, ſi quando actio aliqua bonæ fidei concurrat cum condictione furtiua, quamuis hæc quoque ſit merè rei perſecutoria, & nulla ex parte pœnalis *leg. ſed ſi ex cauſa 47. infr. pro ſocio*, tametſi hanc diſtinctionem ſiue Paulus, ſiue Tribonianus prætermiſerit, in *dict. l. qui ſeruum* §. 1. vbi ſcribit, ſi is cui rem com-

modauero eam ſubripuerit, teneri quidem eum & commodati actione & cõdictione, ſed altera actione alteram perimi, aut ipſo iure, aut quod eſt tutius, per exceptionem, quod cùm non idem reſponſurus Paulus fuerit in actione furti, vt conſtat ex *dict. leg. ſed actione* apparet eum, prudentéſque cæteros, actionem furti à condictione furtiua in omnibus & per omnia diſtinxiſſe, nec minùs Iauolenum quàm cęteros, vt non magis actionem furti pro condictione furtiua vnquam dixerint, quàm condictionem furtiuam pro actione furti: quò pertinet tendítque tota hæc noſtra digreſſio. Nam quod plerique interpretum ad eundem errorem confirmandum proferunt ex *leg. ei qui 9. leg. eum qui 14. §. qualis ergo 16. eod. tit. de furt. & ex leg. 3. §. vltim. ſupr. naut. caupon. ſtabul.* ridiculum eſt, cùm in omnibus iis locis apertiſſimè ſeparetur actio furti à condictione furtiua. Quanquam non poſſum diſſimulare, quin mirum videri poſſit, quod ex Pomponio ſcriptum eſt in *dict. leg. ei qui*, ſi rem meam à fure ſubreptam vindicauero, condictionem mihi manere. Nam cùm vtraque detur ad rei perſecutionem, & per vindicationem fiat, vt ego vel rem meam recipiam ſi fur eam reſtituet, vel ſi nolet reſtituere conſequar, quanti ego mea intereſſe in litem iurauero, atque ita rei meæ quaſi hoc ipſo venditæ dominium in furem transferam, quis ferat ſaluam mihi adhuc eſſe condictionem, cùm ſoleat dici quod & veriſſimum eſt, recepta re furtiua ſaluam quidem eſſe furti actionem, ſed vindicationem & condictionem tolli *leg. ſi pignore 54. §. cùm furti infrà de furt.* Quid enim refert, an per vindicationem, an ſine vlla actione rem meam recipiam? aut, an rem meam, an pro re æſtimationem, quam ego ipſe taxauero? Quòd ſi enim quoque cùm furtiua condictio concurrit, cum alia actione bonæ fidei, altera alteram conſumit, aut ipſo iure, aut per exceptionem, vt diximus ex *dict. leg. qui ſeruum 34. §. t. de verb. oblig.* miſcentúrque condictio & actio bonæ fidei, vt ibidem in *§. vltim.* ſcriptum eſt, niſi in eo quod per alteram actionem amplius conſequi actor poteſt *dict. leg. ſed ſi ex cauſa 47. pro ſocio.* quanto magis dicendum eſt conſumi furtiuam condictionem per vindicationem, quæ non niſi ad rem ipſam furtiuam perſequendam datur? præſertim cùm condemnatio, quæ fit ex vindicatione, quæ arbitraria actio eſt, ſemper plenior ſit, quàm quæ ex condictione, quæ ſtricta eſt, vt omnium optimè probat is ipſe locus *dict. l. ei qui.* niſi fortè Pomponium de eo intelligere volumus, qui cœperit tantùm vindicare, necdum tamen vindicationis effectum vllum conſecutus ſit; neque enim putandum eſt, ſola electione vnius ex his actionibus furem ab altera liberari. Verùm interpretationem hanc vix patiuntur verba illa Pomponij, *ſed ſi eam à fure vindicaſſem*, aliud enim eſt, ſi quia cœperit vindicare, aliud verò ſi iam vindicauerit *l. naturaliter 12. §. nihil commune infr. de acquir. poſſ.* Et tamen ſuadetur hæc interpretatio ex iis quæ apud Pomponium ſequuntur, ſi modò Pomponij ſunt, ac non potiùs Triboniani, quod magis puto; ſic enim habent, *ſed poteſt dici officio iudicis qui de proprietate cognoſcit contineri, vt non aliter iubeat reſtitui* (nondum ergo præceſſerat iuſſum, aut arbitrium de re reſtituenda, nec de proprietate ipſa fuerat, quicquam adhuc pronunciatum) *quàm ſi condictionem petitor remitteret.* ita admittens condictionem hoc caſu non tolli ipſo iure, ſicuti nec tollitur actio legis Aquiliæ per actionem pro ſocio, aut commodati, aut aliam quæ ſit bonæ fidei *dict. leg. ſed actione 50. pro ſocio.* Quod minùs certè mirandum eſt, ſi ponas nullam dum ex vindicatione ſecutam condemnationem, quod lex ponit. Sed quid ſi ſecuta ſit condemnatio, & actor qui vindicauit, non rem ipſam receperit arbitrio iudicis, ſed quanti ex ea cauſa in litem iurauerit? Hoc verò eſt, quod non facilè poſſum mihi perſuadere, vt nihilominùs ſalua ei ſit condictio, cùm tamen poſt ſententiam diffinitiuam, & iuſiurandum præſtitum ſupradicto remedio locus eſſe non poſſit. An non enim ſatis rem recepit, qui pro re conſecutus eſt pœnæ nomine tam magnam æſtimationem? *leg. vltim. de fideiuſſ.* Sed magis miror quod ſequitur in eadem lege, *Quòd ſi ex condictione damnatus antè rem æſtimationem ſuſtinuerit, officio iudicis qui de proprietate cognoſcit, contineri, vt aut abſoluat reum, aut, quod magis placet, ſi paratus eſſet petitor æſtimationem reſtituere, nec reſtitueretur ei homo, quanti in litem iuraſſet, damnaretur ei poſſeſſor.* Cur enim faciliùs perimat condictio vindicationem, ope ſaltem exceptionis, quàm vindicatio condictionem? Niſi quis ad id confugiat, quod iam attigi, furem, qui ex condictione damnatus litis æſtimationem ſoluit, non idcirco videri factum eſſe dominum, nec ſi res fuerit præſens, ſecundum diſtinctionem *leg. hac ſi res 47. ſupr. de rei vindic.* quia non videtur emiſſe à domino, cùm litis æſtimationem ſoluerit ei, qui dominus quidem fuit, ſed qui tamen egit tanquam non dominus: quod ſecus eſt in eo, qui vindicatione conuentus ſoluit æſtimationem vero domino. Hic enim verè fit dominus, nec proinde vereri amplius poteſt condictionem furtiuam, quæ ſicuti nunquam competit niſi domino, ita neque dari vnquam poteſt contra dominum, non magis quàm illud fieri, vt eiuſdem rei dominium penes duos in ſolidum eſſe poſſit, *leg. 5. §. ſi duobus infr. Commod.* Quanquam in contrarium illud facit pro Vlpiano, cuius ſententia certè veriſſima eſt, quod cùm fur per æſtimationem petitori vindicanti ſolutam factus eſt dominus, tantò facilius poteſt dominium illud in actorem transferre intendentem ex formula actionis, *dare illum oportere*: videtúrque ſufficere actori, quod furti tempore fuerit dominus, vt condictionem furtiuam exinde ſibi competentem retinere & exercere poſſit, cùm nec dominium illud amiſerit, niſi coactus, non ſolùm propter contumaciam furis, qui vindicatione conuentus maluerit litis æſtimationem præſtare quàm rem reſtituere, ſed etiam quia nec vindicandi neceſſitatem habuiſſet, ſi furtum paſſus non fuiſſet: ideóque nec debet fieri melior condicio furis, ob id quod ipſius facto, & ex mera iuris neceſſitate, dominus priſtinus amittere dominium coactus ſit: Et quandiu fur rem retinet, eáque dominus caret, ex alia cauſa quàm venditionis voluntariæ, tandiu condictionem ſaluam manere æquum eſt, ne aliter poſito iure adimamus domino vindicationem, cùm damus ei condictionem, aut è contrario adimamus ei condictionem, ſi demus vindicationem: quod certè alienum eſſet, vt iam diximus, à mente & propoſito ciuilis legiſlatoris, qui duas illas actiones licèt contrarias & incompatibiles, odio furis induxit, quo pluribus ille actionibus teneretur, non vt eſſet in poteſtate & arbitrio domini, quàm eligere vellet, vt in ſpecie *l. cùm filius 76. §. varius de legat. 2. & l. quod in heredem 9. §. eligere de tribut. act.* ſed vt vel alterutra actione cogi fur poſſet rem furtiuam reddere,

Digitized by Google

dere, vel vtriuſque actionis pati condemnationem. Atque hanc Vlpiani ſententiam & rationem eſſe arbitror, ob quam ſcripſerit, dominum etiam qui rem ſuam à fure vindicauerit, nec tamen receperit, ſaluam habere condictionem, nec locum hîc eſſe temperamento, quod excogitauit Tribonianus de arbitrio in rei vindicatione ita concipiendo, vt petitor iubeatur remittere condictionem. Eſſet enim hoc temperamentum æquitatis quod in actionibus quidem bonæ fidei locum habere poteſt, vt in *d.l. ſed actione*, vnde fortaſſis errandi occaſionem ſumpſit Tribonianus, itémque in rei vindicatione quæ tanquam arbitraria æquitatis rationem admitteret *l.ſumptus 48.de rei vindic.* ſi non aduerſus furem exerceretur. Sed pro fure inauditum eſt, vt æquitatis ratio vlla haberi poſſit *l.pen. in fin. ad SC.Trebell.* cuius odio tam multa in iure comparata ſunt ſingulari iure, præſertim verò hoc de quo nunc tractamus, vt & vindicatione, & condictione ſimul teneatur. Quòd ſi arbitrium iudicis in rei vindicatione contra eum propoſita, qui dolo fecit, quominus poſſideret, tale eſſe non debet, vt iubeatur petitor ei cauere de præſtandis actionibus *l.is qui dolo 69.& ſequ. ſupr.de rei vindic. leg.quòd ſi dolo 23.eod.* ( eſt enim hoc ius proprium poſſeſſorum bonæ fidei *l.ſi à bona fidei 21.& ſequ.l.ſi culpa 63.eod.* ) multo minus in vindicatione contra furem institutа iubendus erit petitor condictionem furi remittere. Ergo è contrario, ſi ex condictione antè damnatus reus litis æſtimationem præſtiterit, multo minus dicendum eſt, abſolui furem debere in iudicio vindicationis, cùm alia ſit cauſa vindicationis, alia condictionis, nec rei iudicatæ exceptio locum habere hîc poſſit, præſertim cùm grauior futura ſit condemnatio, maiórque litis æſtimatio in vindicatione, quàm in condictione, propter iuſiurandum in litem *dict. leg.qui reſtituere eod. & dict. leg. vltim. de fideiuſſ.* quod in vindicatione locum habet, in condictione non habet: præter id quod in vindicatione dominij venit omne id quod intereſt petitoris *d.l.qui reſtituere*, vt ſolet venire quoties iuratur in litem *l.2.& 3.ſupr.hoc tit. l.penul.infr.* at in condictione non venit *d.l. ſed ſi ex cauſa 47.inf. pro ſocio*. Quod autem Triboniano magis placet, vt ſi paratus ſit petitor æſtimationem reſtituere, quam ex condictione conſecutus eſt, nec ei homo reſtituetur, tanti condemnetur ei poſſeſſor, quanti in litem iurauerit, adhuc abſurdius videtur. Quis enim vnquam audiit eſſe in arbitrio victoris, qui in aliqua actione obtinuit, & litis æſtimationem conſecutus eſt, vt quod percepit reſtituat, aliámque ſubinde actionem proponat? nam vel priorem actionem exercendo renunciauit poſteriori, vel ſi non renunciauit, nullo modo eſt audiendus, nec ſi prioris actionis fructum vllum perceperit *d. l. naturaliter 12. §.nihil commune de acquirend poſſeſſ. & d.l.9.§. eligere de tribut. action.* multo minus ſi iam perceperit. Quòd ſi non renunciauit, nec vtramque exercere prohibetur, cur iubendus ſit reſtituere quod percepit? Scio permitti quandoque domino, qui litis æſtimationem percepit à bonæ fidei poſſeſſore, ob amiſſam eius fraude poſſeſſionem, ſi poſtea idem dominus poſſeſſor factus Publiciana conueniatur, vt audiendus ſit, ſi pecuniam quam periculo condemnari receperat, velit reſtituere *d.l.ſi non culpa 63. in fin. de rei vindic.* quæ cùm hoc denegat domino aduerſus poſſeſſorem, qui culpa non fraude poſſeſſionem amiſerat, hoc ipſum concedit aduerſus eũ, cuius fraus aliqua in poſſeſſione amittẽda interuenerit. Sed hoc pertinet ad retinendam poſſeſſionẽ, quam dominus rei quondam ſuæ ex aliqua cauſa nactus ſit, nõ vt liceat domino, qui egit & obtinuit, pœnitere, aliámque actionem quam ſibi commodiorem, & vtiliorem fore putet, eligere: quod ſanè à iuris noſtri regulis omnibus tam alienum eſt, vt nec odium furis putem euſque poſſe pertingere. Eſſetque longè expeditius id temperamentum ſequi, quod ſcriptum eſt in *d.l.qui ſeruum*, vt quod minus conſecutus eſſet dominus ex condictione, id per vindicationem conſequi poſſet, nec compenſatio aut potius conſumptio, confuſio, & immixtio fieret harum actionum, niſi ad concurrentem vſq. quantitatem *d.l.ſed ſi ex cauſa 47.inf.pro ſocio*. Quamquam nec hoc neceſſe eſt, cùm odio furis, quem placuit duab. his actionib. teneri cum effectu, non magis vindicatio tolli poſſit per condictionem, quã condictio per vindicationem, vt benè Vlp. ſcripſerat in *d.l. ei qui*, ſufficit enim vtriuſq. actionis aliam atq. aliam eſſe æſtimationem *leg.2.§. quæſitum infr. de priuat. delict.* niſi cùm alterutra actione dominus rẽ ſuã recepit: eo namq. caſu alteram quoq. tolli fatendũ eſt, eodẽ ſcilicet iure, quo ſi dominus etiam extra iudicium rem ſuam recepiſſet, vtraque illa actio & vindicatio & condictio tolleretur *d.l ſi pignore 54. §.cùm furti eod.tit.de fure.* nimirum, quia vtraque datur ad ſolam rei perſecutionem. Inconueniens autem & abſurdum eſt, vt rem aliquam perſequatur is, qui iam eam habeat, adeò vt dubitatum ſit hoc caſu, an ipſa quoque furti actio ſupereſſet, quam tamen ſupereſſe meritò placuit, quia tota pœnalis eſt *l.qui vas 48.in princ.eod tit.* Sed illud notabilius eſt in *d l.ei qui*, quod Tribonianus nouæ ſuę Iuriſprudentiæ immemor, quam ille ſub Vlpiani nomine inuexit in *d.l.qui reſtituere*, admittit tanti damnandum eſſe furem eundémque poſſeſſorem hominis furtiui, ſi eum nolit reſtituere quanti actor in litem iurauerit. Quidni enim aduocat etiam cõtra furem auxilium manus militaris, vt in *d l qui reſtituere*, cũ tractet de fure, qui adhuc poſſeſſor ſit rei furtiuæ, nolitque per contumaciam hominem quem ſubreptũ habet, reſtituere? An fortè fauorabiliorem facere noluit cauſam furis, quàm alterius cuiuſlibet iniuſti poſſeſſoris: fauor enim eſt, ſi quis inuito domino etiam iniuſto precio velit rem alienã retinere: quod præcipuè furi & raptori longè minus permittendum eſt *leg.nec quaſi 70. ſupr.de rei vindic.* Cur non etiam addidit Tribonianus ex alia illa noua ſua Iuriſprudentia, taxandam eſſe hoc etiam caſu à iudice quantitatem, ad quam vſque iuretur? vt in *l.4.§.iurare & l.5.ſupr.* ſcilicet ad eam vſque, quam credibile putaſſet iudex, maiorem fieri poſſe per condemnationem in iudicio vindicationis, quàm quæ irrogata fuiſſet in iudicio condictionis: fuiſſet enim longè commodius, & æquius quàm domino iniungere neceſſitatem reſtituendæ pecuniæ, quam ex condictione percepiſſet, nec enim ſemper aut tam facilè reſtituenda quantitas eſt innumerato, ſæpéque accidet, vt reſtituendæ eius difficultate vindicationis exercitio differatur, atq. ita ipſius commodum domino eripiatur. Ex quib. intelligimus, quàm parum ſibi conſtans Tribonianus fuerit in peruerſa illa ſua Iuriſprudẽtia, & quã parum felix in prudentum reſponſis corrigendis, aut potius corrũpendis, vt non ſine cauſa Bartol. ad *l.in actionib.in fin.* difficilẽ dixerit hãc materiam. Vtinã autẽ tã verè dixiſſet, eam à ſe tum primùm intellectã fuiſſe, non eſſet quod tam longos nũc à nobis haberes in hũc tractatum com-

mentarios,ex quorum lectione videbis facilè,mi lector, quàm variis Tribonianus, & poſt Tribonianum, interpretes omnes erroribus ſe inuoluerint, cùm ex vetere iuriſprudentia, nulla ferè circa iuſiurandum hoc in litem aut dubitandi,aut errandi occaſio ſupereſſet.

a *Tanti rem fuiſſe cùm furtum factum eſt.* Relatione ſcilicet facta ad tempus admiſſi furti, non ad tempus quo agitur,aut quo iuratur. Vnde apparet elariſſimè non de condictione furtiua hîc tractari, vt putant interpretes, ſed de ipſa furti actione, vt verba ſonant,neque enim æſtimatiò rei furtiuæ in condictione furtiua egreditur vnquam retrorſum iudicij accipiendi,& litis conteſtatę tempus *l.2.§.quæſitum inf.de priuat.delict.* nec proinde retrotrahitur ad tempus furti, quia odiũ furis nihil aliud poteſt inducere, niſi vt à die furti moram fecilſe, & ſemper moram facere fur intelligatur *l.in re furtiua 8.§.1.leg.vlt.infr.de cond.furt.* Moræ autem ratio nulla habetur in æſtimanda re debita ex contractu ſtricto, ſed tãtùm in re debita ex contractu bonæ fidei *l.3.§.ſi per venditorem l.ſi ſterilis 21.§.cùm per venditorem infr. de act. empt.* neq; rurſum in condictione furtiua res æſtimatur,habita pręcisè huius vel illius temporis ratione, quomodo in cæteris condictionib.& actionib.ſtricti iuris inſpicitur præcisè tempus litis conteſtatæ *l.vinum 22.ſupr.de reb.cred.l.vlt.infr.de condict. tritic.l.3.§.in hac infr.commod.l.hominem 37.mandat.l.fundum 28.de nouat.* ſed quanti plurimi res fuit à die litis conteſtatæ *d.§.quæſitum,* ſic enim accipi debet, & reſtringi,quod generalius ſcriptum legimus in *l.in re furtiua 8.§.1.infr.de cond.furt.* licèt Accurſ.ibi malè contrà ſentiat,vt ad eum locũ dicemus. RAT.DVB. Cùm in litẽ iuratur,æſtimat actor ſuo iureiurando quanti res eſt, itémq; contumaciam poſſeſſoris vltra rei pretiũ *l.1.l.prox.ſup.hoc tit.* Ergo quãti res eſt,& quãti actoris intereſt eo tempore quo iuratur,non quanti res antea fuit,vt puta tempore furti. DEC. Multùm intereſt,an iuretur in litem ad æſtimationem ipſam, quæ in iuſiurandum deducitur conſequẽdam: quo caſu iuſiurandum ad tempus præſens referendum eſt,an verò ob id duntaxat vt ſciri poſſit, quid quãtùmq. duplãdum vel quadruplandũ ſit, vt in actione furti *d.l.in furti 50.& d.l.ſi vendidero 80.§.cùm autẽ inf.de furt.* hoc enim caſu non ad aliud tempus referri iuſiurandum poteſt, quàm ad tempus furti, cùm exinde pœna deberi cœperit, vt iã ſuprà attigimus, quæ tamen ex poſtfacto neque creſcere poteſt,neque decreſcere: creſceret autem vel decreſceret, ſi nõ ad ipsũ furti tẽpus præcisè æſtimatio referretur.

b *Non adijci oportere plurisve.* RAT.DVB. Tam mendax & periurus eſt is, qui minus dicit quàm ſit in rei veritate, quàm qui plus dicit: veritas enim vnica eſt, & in puncto, ac indiuiduo ſemper conſiſtit. Qui ergo iurat ne ancipitis periurij periculum ſubeat, vel benè certus eſſe debet, quanti reuera res ſit, vel tempus petere ad ſe certiorandum, vt in *l.iuſiurandum & ad pecuniam 34.verſ.quid tamen ſupr.titul prox.* vel ſi iuret tanti rem eſſe, illud etiam adiicere *plurisve* ſi rẽ pluris potius quàm minoris eſſe ſuſpicetur. DEC. Non incurritur periurium, quoties non ſatis ex veritate iuratur, ſed ita demum ſi adſit animus peierãdi in eo, qui iurat, vt alteri noceat, & ſibi proſit, falli enim aduerſarium oportet à iurante, & quidem ſciente *leg qui iuraſſe 26.ſupr.tit.proxim.* Atquin is, qui rem quæ pluris eſt, minoris æſtimat, ſibi nocet, non alteri, non quomodo is qui rem pluris æſtimat, quæ minoris ſit. Nullum ergo hoc caſu periurij ſubeſt periculum, nec vllum in re ipſa mendacium, licèt res pluris ſit, quàm quanti eam eſſe iuratum eſt, quia, vt Iauolenus hîc ſcribit, quæ res pluris eſt, vtique tanti eſt, id enim eſt, quod Grammatici tradunt, in comparatiuo ineſſe poſitiuum, perinde atq. in ſuperlatiuo. Placet autem quod ex hac lege Bartolus infert teſtem, qui à iudice iuratus & examinatus dixit rem, de qua agitur, dignam eſſe centum aureis, poſſe iterùm examinari ex cauſa, nec periurum eſſe, ſi teſtificetur dignam eſſe centũ & quinquaginta aureis, quia nihil vetat vtrumque verum eſſe, nec ſunt iſta contraria, ſed diuerſa *capit. de teſtibus & cap.cauſam quæ inter extr. de teſtib.* quod tamen intellige, niſi teſtis in priore teſtatione adiecerit dictionem taxatiuam *tantùm* & dixerit rem eſſe dignam centum aureis tantùm. Dictio enim taxatiua excludit omnes caſus cæteros, non minùs diuerſos, quàm contrarios, nec admittit alios, niſi ſimiles *l.1.§.hæc actio ſupr.ſi menſ.falſ.mod. dixer.* Idem Bartolus notat, & rectè adiectionem hanc *& plus* in teſtium dictis nihil operari, nec in aliis diſpoſitionibus, in quibus id agitur, vt aliquid certum reddatur, quia hæc adiectio nihil certi habet, niſi quod res pluris eſt, quantitatis autem maioris, quæ in eo pluri continetur, meram incertitudinem continet: ſed ſi nihil certum quæratur poſſe aliquid operari, vt in *leg.etſi poſt tres 8.ſupr. ſi quis cantion. leg. cùm filius 76.§.pater de legat. 2.* ita tamen vt ad modicum, non ad immenſum quid referatur *l. hæc adiectio 192. de verb.ſignific.*

10. CALLISTRATVS lib. 1. Quæſtionum.

IN inſtrumentis,quę quis non exhibet actori,permittitur in litem iurare,quanti ſua intereſt, ea proferri:vt tanti condemnetur reus. Idémque etiam Diuus Commodus reſcripſit.

*Ad l.In inſtrumentis 10.*

RAT.DVB.& DEC. eadem eſt quæ ad *l.2.in princ.ſupr.* vbi ſcriptum eſt,in actione ad exhibendum iurari in litem. Nihil.n.refert,an de ſpecie aliqua exhibenda agatur, an de inſtrumentis, niſi quod cùm de exhibenda ſpecie agitur, illud omnino requirimus,vt exhibitio petatur iure dominij, & tanquam præparatoria vindicationis,cũ autem de inſtrumẽtis,ſufficit, vt ad actorẽ pertineant ratione iuris & vtilitatis *leg.non ignorabis 4.C.ad exhib.l.pen.C.hoc tit.leg.ſicut datam 26.C.de liber.cauſ.l.plures apochæ 19.C.de fid.inſtrum.* parum enim eſt, chartam in qua inſtrumentum ſcriptum eſt, tuam non eſſe, ſi modò inſtrumentum ipſum vtilitate tuum ſit, & ad te pertineat:cùm tanti tua interſit,quanta eſt vtilitas, quã ex eo inſtrumento poſſis percipere: quamquam ſi inſtrumentum ipſum velis vindicare, non aliter tibi permittendum eſt, quàm ſi probes te dominum eſſe chartæ,cui ſcilicet literæ cedunt quamuis aureæ *§.literæ Inſtit.de rer.diuiſ.l.in rem 23.§.ſed & id quod ſup.de rei vindic.* vbi dixi.

11.PAV-

11. Pavlvs libro 3. ad Edictum.

De periurio eius, qui ex neceſſitate iuris in litem iurauit, quæri facilè non ſolere.

*Ad l. vlt. De periurio.*

Rat. dub. Periurium delictum eſt, & quidem grauiſſimum, cùm adnexum habeat contemptum diuini Numinis, cuius veneratione ſola iuſiurandum præſtatur, vt fidem & vim pleniſſimæ probationis habeat *l. quæ ſub cond. 8. infr. de condit. inſt l. qui per ſalutem 32. ſupr. Tit. prox.* Ergo impunitum manere non debet, cùm interſit Reip. tantò grauiùs delicta puniri, quãtò ſunt grauiora, *l. ita vulneratus 51 ad ſi ſup. ad l. Aq. l. ſi à reo 71. §. vlt. inf. De fid. l. Stichum aut Pamphil. 95. in princ. De ſol.* nec quòd ex iuris neceſſitate iuratum ſit, facere poteſt, vt eò magis impunitum periurium eſſe debeat, nec enim iurandi neceſſitas peierandi quoque neceſſitatem inducit, atqui non poteſt puniri periurium, niſi detegatur, nec detegi quin de eo quęri oporteat. Ergo etiam de periurio eius, qui ex iuris neceſſitate iurauit, quæri debet. Dec. Iuriſiurandi contempta religio, tam graue crimen eſt, vt ſolum Deum vltorem habere poſſit, & debeat *l. 2. C. de reb. cred. & iureiur.* Cùmque iuſiurandum maximum remedium ſit expediendarum litium, quòd ciuili legiſlatori pręcipuæ curæ eſt, *l. 1. ſupr. tit prox.* inutile propemodum fieret ac longè rarioris vſus, ſi adnexum haberet periculum futuræ inquiſitionis de periurio, quod per falſos fortaſſe teſtes, aut per falſa inſtrumenta probari poſſet, contra eum qui re vera nõ peieraſſet. Ergo vel permittendum non eſt iudici, vt iuſiurandum cuiquã deferat vel iniungendum ei eſt, vt iuſiurãdum præſtitum habeat pro veritate, certiſſimáq; probatione: ne alioqui poſſit ei obiici, quòd litigatori, qui peieraſſe dicitur, peierandi ſi non cauſam, ſaltem occaſionem ac propemodum neceſſitatem præſtiterit. Iurat autem ex iuris neceſſitate, quiſquis iurat deferente, ſiue iudice ipſo, ſiue etiam aduerſario, cùm hic quoque vel iurare cogatur, vel referre, vel ſuccumbere *l. manifeſtæ 38. ſupr. tit. prox.* niſi iuſtam cauſam habeat recuſandi iuriſiurandi, vt ibi diximus *ex l. generaliter 12. §. 1. C. eod.* referre autem valdè ſit periculoſum *l. iuſiurandum & ad pecunias 34. eod tit.* quia meliùs & tutiùs eſt, ſe quàm aduerſarium iudicem teſtémque in ſua cauſa conſtituere *l. 1. infr. quar. rer act. non dat.* ſed magis ex neceſſitate iurat, quiſquis ex relatione iurat, quia non poteſt verum referre, etiamſi maximè velit, cùm iam detulerit, & ei relatum ſit, vt diximus *ad l. manifeſta.* non magis quàm ille cui delatum eſt ex conuentione *l. iuſiurandum quod ex conuentione 17. eod. tit.* qui proinde ex neceſſitate quoque iurat, licèt potuerit ab initio non ita conuenire, vt referendi iuriſiurandi facultatem ſibi retineret: ſed iurant iſti omnes ex iuris neceſſitate cauſatiua tantùm, non præciſa, quia in eorum poteſtate eſt non iurare, ſi malint ſuccumbere, *d. l. iuſiurandum & ad pecunias §. ait Prætor eod.* Alia ratio eſt iuriſiurandi in litem: defertur enim ex iuris quidem neceſſitate à iudice, qui non aliter poteſt ex æquitate indemnitati domini conſulere, qui per dolum vel contumaciam aduerſarij cogitur re ſua carere, eámque accepta litis æſtimatione inuitus vendere, cùm ſit iniquum, iuſto & communi precio rem æſtimari, ac non potiùs formalis, quòd ipſe dominus pro arbitrio ſtatuere velit, æſtimata etiam contumacia *l. tutor 5. vbi dixi ſupr. hoc tit.* in iis ſcilicet iudiciis, quæ rationem hanc æquitatis pro domino admittunt, qualia ſunt arbitraria, & bonæ fidei *l. in actionibus 5. eod* ſed tamẽ non præſtatur ex neceſſitate, quia is cui defertur, non cogitur iurare, nec idcò tamen ſuccumbit, ſed ſi malit condemnari aduerſarium, quanti verè res eſt, morem ei geri oportet *l. quod ſi poſ. 71. ſup. de rei vend. l. ſemper 14. §. hoc interd. & ſeq. infr. quod vi aut clam.* quomodo æſtimari litem oporteret, ſi poſſeſſoris, neque contumacia, neque dolus, neque lata culpa, ſed leuis tantùm aut leuiſſima interueniſſet. *l. 2. §. 1. l. 4. §. vlt. ſupr. hoc tit.* nam nec quicquam vetat perinde dolum, atque culpam officio iudicis, & citra iuſiurandum æſtimari, vt euenit in actione ex empto *l. ſi tradit. 4. C. de act. empt. l. ſi cùm fundum 68. in fi. infr. de contr. empt.* Vno tamen caſu hoc iuſiurãdum in litem omnimodò præſtandum eſt, nempe cùm defertur, non tantùm ex iuris, ſed etiam ex facti neceſſitate, vt in ſpecie *d. l. in act. verſic. planè*, id eſt, cùm impoſſibile eſt, iudicem aliter quàm per actoris iuſiurandum æſtimare rem quæ non extat. Quo tamen caſu obſeruandum eſt, actorem ſi iurare nolit, metu fortaſſe ancipitis periurij [cuius periculum hoc caſu ideò maius eſt, quod taxanda tantùm eſt præſens æſtimatio, quæ nulla eſt rei peremptæ poſt moram, non etiam debitoris contumacia aliqua, quæ hîc quoque nulla eſt] non idcirco tamen poſſe ſuccumbere, vt malè putat Accurſius, cùm iam obtinuerit, ſiquidem defertur hoc iuſiurandum per ſententiam iudicis, per quam tanti condemnatur reus, quanti actor de rei peremptæ æſtimatione in litem iurauerit, ſed condemnationis vtilitatem ſibi præripit, quaſi deficiente non tam iure, quàm probatione, vt *in l. duo ſunt Titij 30. De teſtam. tutel.* niſi malit contentus eſſe ea æſtimatione, quæ fuerit tempore moræ, vel mortis ſerui vitam offerre debitor voluerit. Nam quòd præſens æſtimatio debetur, in fauorem actoris conſtitutum eſt, cui adhuc homo debetur, ob eámque cauſam defertur iuſiurandum in litem, ne alioqui fiat ipſi iniuria, ſi alia quàm præſẽti æſtimatione contentus eſſe cogatur, quæ porrò quanta ſit, citra iuſiurandum ſciri non poteſt: ſed non facit ea res, vt ſi nec per iuſiurandum ea æſtimatio ſciri poſſit, nolente ſcilicet actore iurare, liberandus ſit moroſus debitor, vt quia rem præſtare nequit, nec vllam præſtet æſtimationem, ne aliter poſito iure, creditor fruſtrà ſeruum perdat, quomodo loquitur Vlpianus in *l. ſi ſub hac 26. ſupr. De inoff teſtam.* id eſt, & ſeruo, & toto precio carere cogatur, vt in *l. ſi pecuniam 5. §. ſi ſeruum. verſ. planè, ſi adhuc infr. tit. prox.* Alioqui quod in actoris fauorem conſtitutum eſt, vt præſens illi æſtimatio debeatur, quantam in litem iurauerit, in eius odium retorqueretur, ſi nec præteritam ei daremus æſtimationem, ob id quod præſentem habere non poſſit. Nec quòd iurare non vult, adeò ipſi imputandum eſt, vt condemnationis quam retulit, emolumento priuari debeat, cùm modeſtiùs ſemper faciat, qui iuſiurandum erubeſcit *l. illud 25. §. 1. infr. De pec. conſt. & d. l. quòd ſi poſſeſ. 71. ſupr. De rei vind*

ſatiſque fauetur debitori, non tantùm motoſo, ſed etiam condemnato in hoc, quòd à præſenti æſtimatione, quę per iuſiurandum taxari maior poterat, exoneratur, optióque ei relinquitur, vtram præſtare malit, an quæ moræ, an quæ mortis tempore fuit, cùm neque alterutram præcisè petere actor poſſit, neque vtro tempore pluris res fuit, propter naturam actionis ſtricti iuris, *l. 3. §. vlt. l. ſi ſterilis 21. §. cùm per venditorem infr. De action. empt.* ſed potiùs vtro tempore minoris. In quo magnum debitoris commodum eſt, nullum damnum, nam & in condictione triticaria, quæ perinde ſtricta eſt, idem euenit, vt quamuis in ea tanti æſtimanda lis ſit, quanti res eſt inſpecto pręcisè tempore condemnationis, ſi tamen præſens illa ęſtimatio in condemnationem deduci ideò non poſſit, quòd homo debitus & petitus perierit, poſt litem conteſtatam, & ante ſententiam, præſtanda eſt ea æſtimatio, quæ fuerit mortis tempore *l. 3. infr. De condiction. tritic.* non tamen quæ tempore moræ, aut litis conteſtatæ, propter repugnantem naturam triticarię, quæ incrementum & decrementum recipit, ad condemnationem vſque, aut ſaltem quouſque res perierit: quod incrementum aut decrementum aliæ actiones ſtrictæ non admittunt *l. 2. infr. De vſur. l. vbi exigitur 8. in fin.* ſecundùm emendationem quam nos ad eum locum attulimus, *ſupr. De edend.* Eſt ergo hæc lex intelligenda de quolibet iureiurando quod in litem eſt, quia nunquam defertur niſi à iudice *l. 4. § deferre ſupr.* nec rurſum à iudice, niſi ex mera iuris neceſſitate, i. cùm melius facere aut pronunciare nihil poteſt. Idémque in iureiurando purgatino, vt vocant, iuris eſt, quia nec ab alio quàm iudice deferri poteſt, idque in dubiis tantùm cauſis, *l. admonendi 31. ſupr. tit. prox. l. generaliter 12. C. eod.* At in iureiurãdo deciſorio, quod ab aduerſario defertur, ſiue ex conuentione extra iudicium, ſiue in iudicio, generaliùs dicendum eſt, de eo quæri nunquam oportere *d. l. 2. & l. 1. eod. tit.* extra caſum *l. vltim. eod.* propter illam Iuſtiniani conſtitutionem, quæ ſpecialem rationem habet, ne quid in vltimis voluntatibus contra defuncti voluntatem fiat: nunquam enim defertur ex iuris neceſſitate, ſed ſemper ex voluntate deferentis, qui proinde ſibi debet imputare, cur detulerit: quamuis cùm delatum eſt, præſtandum ſit ex iuris neceſſitate, ſi is cui delatum eſt, neque referre voluerit, neque recuſare potuerit, vt diximus. Et idcirco hæc lex de ſolo iureiurando in litem loquitur, cum ait, de periurio eius, qui ex neceſſitate iuris in litem iurauit, quæri facilè non ſolere: vt ſignificet Paulus, quæri tamen aliquo caſu poſſe. Sed quonam caſu? Noſtri vnicum illum adferunt, qui proponitur *in dict. leg. 4. §. iurare in fin. ſuprà* in illis verbis *ex magna cauſa & repertis poſtea probationibus*, vbi videntur noſtri accipere *&*, pro, *id eſt*, vt alibi ſæpe: quaſi magna cauſa nulla eſſe poſſit, niſi quæ ex poſtea repertis probationibus naſci poteſt: de quo vide quæ ibi diximus. Malo ego caſum illum ſignificari quo actor, cui iudex permiſerit in infinitum iurare, arrepta inde occaſione in immenſum iurauerit: nec enim tam immoderatæ adfectioni indulgendum eſt, vt ſuprà diximus *ex l. ex damni 40. infr. De damn. infect.* ſed honeſtus modus ſeruari debet, ſiue ex iuris tantùm, ſiue ex facti etiam neceſſitate iuratum ſit: nec cui permittitur iurare in infinitum, permittitur etiam iurare in immenſum *dict. §. iurare.* Quamquam obſeruandum eſt, nullo penitus caſu de periurio quæri, vt puniatur, ſed tantùm vt iuriiurando immenſo aliqua moderatio adferatur, non etiam vt iuſiurandum totum infirmetur, ne quidem prętextu repertarum poſtea aliarum probationum, niſi per viam & auxilium appellationis, aut ciuilis ſupplicationis, vt docuimus *ad d. §. iurare.* Noli ergo cum Bartolo, & aliis diſtinguere iuſiurandum in litem adfectionis à iureiurando veritatis, nec rurſus hoc iuſiurandum in litem poſſe vſurpari in iudiciis criminalibus, ad probationem faciendam criminis, ſiue plenam, ſiue ſemiplenam, vt faciat indicium ſaltem ad torturam [aliis enim probationibus certioribus probari oportet, quàm quę ex actoris ſore, ac domo proficiſcantur *l. vlt. C. de prob. l. qui accuſare 4. C. de eden.*] ſed tantùm ad probandam aut quantitatem, aut æſtimationem rerum ſubtractarum, ſi modò aliunde cõſtet de crimine, vt in ſpecie *l. ſi quando 9. C. vnde vi.*

DE

# DE CONDICTIONE CAVSA DATA, CAVSA NON SECVTA,

## TIT. IIII.

VLPIANVS libro 26. ad Edictum.

SI ob rem non inhoneſtam data ſit pecunia, puta vt filius emanciparetur, vel ſeruus manumitteretur, vel à lite diſcederetur: cauſa ſecuta, repetitio ceſſat.

*Ad leg. 1. Si ob rem.*

RAT. DVB. Is qui dedit tibi centum, vt filium tuum emancipes, vel vt ſeruum tuum manumittas, nullam huius pecuniæ dandæ cauſam habuiſſe videtur, cùm ex illa emancipatione, vel manumiſſione nulla ad eum vtilitas perueniat, ſed ad te potius, qui emancipando filium fis patronus eius, cum remaneat tamen etiam pater *l. 1. §. vltim. infr. ſi à parent. quis manumiſ.* & manumittendo ſeruum acquiras libertum, qui ea ratione quodammodo tutus remanet *l. talem inſtitutionem 51. §. 2. infra. infr. De hered. inſtit.* Et quamuis dici ſoleat, non eſſe factum locupletiorem eum qui libertum acquiſiit *l. nemo prædo eſt 126. §. 1. De regul. iur.* nemo tamen neſcit quam magna multáque ſint iura patronatus, propter operas quas naturaliter libertus debet patrono *l. ſi non ſortem 26. §. libertus inf. De cond. indeb.* & ſucceſſionem libertorum tam ex teſtamento, quàm ab inteſtato *tot. tit. inf. De bon. libert. & Inſt. De ſucceſſ. libert.* Videtur ergo his caſibus data eſſe pecunia ſine cauſa, & conſequenter locus eſſe repetitioni *l. 1. & tot. tit. De condict. ſin. cauſ. infr.* Quod ſi quis pecuniam dederit, vt à lite inter alios mota diſcedatur, eadem occurrit ratio dubitandi: quid enim dantis intereſt? Sed ſi vt diſcedatur à lite, quæ contra ipſum dantem mota ſit, licet maior difficultas ſubeſſe videatur, adhuc tamen dici poteſt, non ſatis iuſtam eſſe hanc dandæ pecuniæ cauſam, cum non minùs accipientis quàm dantis interſit, vt à lite diſcedatur, adeóque quod magis eſt, vt ſi litigandum ſit, quamprimum lis finiatur *l. 1. C. de adm. tutor.* etiam pro parte ſi tam citò finiri tota non poſſit *l. quidam ex ſtimauerunt 21. ſupr. De reb. credit.* DEC. Quoties datur tibi pecunia, vt filium tuum emancipes, vel ſeruum tuum manumittas, vel à lite diſcedas, aut quid aliud facias, contrahitur *συνάλλαγμα* inter te & dantem, non tam quòd aliquid promiſeris te facturum, quàm quia illo dante acceperis, & accipiendo te obligaueris ad faciendum id, quod vt faceres pecuniam accepiſti *l. iuris gentium 7. §. 2. ſupr. De pact.* dicitúrque hic contractus innominatus, Do vt facias, ex quo ſicuti datur, & repetitio eius quod datum eſt, & actio præſcriptis verbis, ſi non fiat quod conuenit *l. naturalis 5. §. at cùm do infr. De præſcr. verb.* ita ſi impleatur quod promiſſum eſt, & cauſa ſequatur ob quam datum fuit, ceſſat repetitio de qua in hoc tit. id eſt, condictio ob cauſam dati cauſa non ſecuta. Nec eſt quod quis dicat, eſſe hoc nudum pactum, quo promiſeras te aliquid facturum, ex nudo autem pacto nullam dari actionem, neque vllam naſci obligationem ciuilem, quæ contractum poſſit inducere ex parte illius, qui accepit, nec proinde æquum eſſe obligari dantem, ne poſſit repetere quod dedit, vt in contractu vltrò citróque obligatorio eadem ſit ratio vtriuſque contrahentis, nec magis obligetur vnus quàm alius: quomodo ſolemus dicere in omnibus mutuis conuentionibus, &, vt vocant, correſpectiuis *l. cùm te 6. C. de pact. int. emp. & vend.* Non enim pacti nudi nomine, aut iure cēſeri poteſt ea conuentio, quæ traditione ex vna parte munita eſt *l. ſi dominus 8. in fin. De præſcr. verb. l. vlt. C. de rer. permut.* In traditionibus autem rerum quodcunque pactum interpoſitum ſit, id valere certum eſt *l. in traditionibus 48. ſupr. De pact. l. venditor 13. ſupr. Commun. præd. l. ex fundo 19. ſupr. De ſeruit.* Et quemadmodum non eſt decipiendus, qui certa aliqua lege rem ſuam tradidit, non alioqui traditurus *l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.* ita nec ille qui pecuniam accepit, vt aliquid faceret, quod poſteà fecerit, non facturus, ſi non ob eam cauſam pecuniam accepiſſet: deciperetur autem ſi pecuniam quam accepit, reſtituere cogeretur, ſicut & ſi conuentio non à dando inciperet, ſed in faciendo, vt in contractu, facio, vt des, ſi poſtea quàm feci, ceſſas dare, cùm facta condici non poſſint, placet dandam mihi eſſe contra te actionem de dolo in id, quod mea intereſt, *d. l. naturalis §. quòd ſi faciam De præſcr. verb. l. act. 4. C. de tranſ. l. cùm proponas 4. C. de dolo.* Negari porrò non poteſt, quin valdè interſit eius, qui accepta ab alio pecunia filium ſuum emancipauit, quem non aliter fuerat emancipaturus, cum patria poteſtas ſit res inæſtimabilis *l. filiusfamilias 14. §. ſed ſi liberos de legat. 1. l. ſi cui 92. De condit. & demonſtr.* & is qui filium emancipat, eum quodammodo amittat: facit enim emancipatio filium penè extraneum patri *l. quæſitum 55. in fin. De rit. nupt.* & amittit prætereà pater omnia quæ per filium acquirere ſibi potuiſſet, ſi filius in poteſtate manſiſſet *d. l. 1. infr. ſi à parent. quis manum. ſit. l. placet 79. de acquir. hered.* Nec minus intereſt domini, retinere in poteſtate ſeruum, per quem acquiritur domino etiam inuito penè ex omnibus cauſis *l. etiam 32. de acquir. rer. domin.* & quem amittit dominus per manumiſſionem, cùm manumiſſio, non minus quàm mors, extinguat dominicam poteſtatem, ideóque morti comparetur *l. ſi*



X 2

*mihi 92. inf. de ſolut. l. inter omnes 46. infr. de furt. l. 1. §. 1. quand. de pec. act. eſt annal. l. Iulianus 6. Qui & à quib. manum.* Neque alia veriore ratione poſſumus dicere, non fieri locupletiorem eum, qui libertum acquirit, quàm quia fiat verè pauperiore amittendo ſeruum: eàmque maximè ob cauſam inducta ſunt iura patronatus, vt eſſent patrono in ſolatium, & vicem amiſſi dominij. Quod autem à lite diſceditur, cùm vtrique litigatori proſit, non niſi iuſtam cauſam præbere poteſt dandæ & accipiendæ pecuniæ, niſi cùm dicis & calumniæ cauſa lis fuit inſtituta *l. in ſumma 65. §. 1. infr. de cond. indeb.* Sed maximè locum hoc habet ex parte illius qui pecuniam dedit, vt à lite diſcederetur, qui ſcilicet tanti habuit, pecunia illa carere, ne diutiùs litigaret, vt in *l. 4. §. 1. ſupr. de alien. iud. mut. cauſ. fact.* Ergo neque hoc caſu datæ pecuniæ repetitio poteſt competere, cùm cauſa ſit ſecuta, quia poſtquam liti renuntiatum eſt, cauſam finitam reſtaurari nulla iuris ratio permittit *l. poſtquam liti 4. Cod de pact.* Rectè verò Vlp. noſter *ſi ob rem non inhoneſtam* quia quod ob rem turpem & inhoneſtam datum eſt, licèt cauſa ſecuta ſit, repeti poteſt, ſi turpitudo ſit ex parte vel accipientis ſolius, vel vtriuſque *l. 1. 2. & 3. infr. tit. prox. l. 2. & paſſ. & eod.* Accurſius ad verba illa *ſi ob rem* notat *furtiuam, vt in exempla ſubiicit.* Ego quale ſit certè non intelligo, cùm neque hic, neque in ſequentibus exemplum vllum ſubiiciatur de re furtiua. Notandum autem eſt, inhiberi repetitionem pecuniæ ob cauſam datæ non ſolùm ſi cauſa ſecuta ſit, ſed & interim quandiu ſequi poteſt, oportet enim eſſe certum nec ſecutam eſſe cauſam, nec ſequi amplius poſſe, vt huic condictioni locus eſſe poſſit *l. 3. in princ. & §. 1. infr.*

1 ¶ Si, parendi conditioni cauſa, tibi dedero decem, & mox repudiauero hereditatem, vel legatum: poſſum condicere.

*Ad §. 1. Si parendi.*

RAT. DVB. Id quod implendæ condicionis cauſa datur, licèt non capiatur iure teſtamenti *l. Mæuius, 55. in fi. infr. de cond. & demonſt.* neque tam ex voluntate teſtatoris, quàm eius qui dat *l. ſi quis ſub condicione 8. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* mortis tamen cauſa capitur *l. id autem 76. ad leg. Falcid. l. qui precio 8. l. inter mortis 38. infr. de mort. cauſ. donat.* támque iuſtus eſt hic capiendi titulus, atque ſi quid per legatum, aut fideicommiſſum relictum eſſet *l. mortis cauſa 31. eod.* Heres igitur inſtitutus ſub ea conditione, *ſi decem Titio dederit* ſi parendi condicioni cauſa, eiúſque implendæ gratia, decem illa dederit, vt impleta conditione poſſit adire hæreditatem, non poteſt repetere, tametſi repudiet poſtea hæreditatem, cùm iuſta cauſa & dandi fuerit, & accipiendi, nec poteſt negari quin cauſa ſecuta ſit, propter quam data eſt pecunia, ſiquidem non aliam ob cauſam data eſt, quàm vt fieri heres poſſit impleta demum condicione, ante cuius implementum, nec ſi voluiſſet, hæres tamen fieri potuiſſet *l. facta 63. §. ſi ſub condicione ad S.C. Trebel. l. ſi heredi plures 5. & paſſ. inf. de cond. inſt.* Quòd ſi quis velit defendere cauſam dandæ pecuniæ fuiſſe aditionem hereditatis, quæ cauſa ſecuta non eſt, cùm ponamus repudiatam eſſe hereditatem, adhuc replicari poteſt, ſtare per eum ipſum qui dedit, quominùs hereditatem adeat, cùm is demum repudiare poſſit hereditatem, qui eam adire poſſet, ſi vellet *l. nolle 4. l. is poteſt 18. inf. de acquir. hered.* & ideò, quod ad ipſum pertinet, habendam eſſe cauſam pro ſecuta, ex regula *l. in iure ciuili 161. de reg. iur. l. iure ciuili 24. de cond. & demonſtr.* alioqui erit in poteſtate dantis vt repetat, ſi volet, quod abſurdum videtur, cùm dationi pecuniæ nullam condicionem adiecerit repetendi, vt in *l. ſi repetendi 7. C. hoc tit.* vbi dicitur videri hoc ipſo donatam pecuniam, tanquam quæ non per errorẽ, ſed conſulto & nullo iure cogente data ſit *l. cuius per errorem 53. l. donari 81. de reg. iur.* Debuerat enim priuſquàm daret, ſecum penſare, & perpendere, an expediret hereditatem adire, an repudiare, vt ſi dare expediret, daret, ſin minùs, nec daret. Quòd ſi cùm dedit, eo animo fuit, vt adire hereditatem vellet, quòd in dubio tanquam probabilius ponẽdum eſt, poſtea verò mutato conſilio, ſuſpectas habẽs facultates hereditarias, repudiare illam maluit: occurrit ſtatim alia iuris regula quæ negat poſſe quemquam mutare conſilium in alterius iniuriam *l. nemo poteſt 57. eod. tit.* Eadémque dubitãdi ratio eſt in legato ſub dandi condicione relicto, de quo in hac lege etiam agitur. DEC. Ei cui hereditas relicta eſt ſub ea condicione *ſi decem Titio dederit* non aliter hereditas acquiri poteſt, quàm ſi poſt impletam cõdicionem id egerit ſcriptus heres per quod hereditas acquiri ſolet. i. quàm ſi adierit hereditatem *l. ei qui 13. inf. de cond. inſt.* nihil enim aliud facit implementũ condicionis, niſi vt inſtitutionem puram faciat, quæ erat condicionalis, atque ita impedimentum & obſtaculum amoueat, per quod fiebat, ne interim adiri hereditas poſſet *d. l. facta 63. §. ſi ſub condicione ad S.C. Treb.* Atqui purè inſtitutus heres, non ideo ſtatim heres fit, ſed ita demum ſi adeat: nemo enim fit heres per ſolam inſtitutionem, quamuis puram, ſed per ſolam aditionem delatæ hæreditatis *l. delata 151. de verb. ſign. l. precia 63. ad leg. Falcid.* Ergo neque per inſtitutionem condicionalem, cuius condicio ſit impleta, cùm inter puram & purificatam Inſtitutionem nihil interſit *l. vlt. §. 1. de vulg. & pupill. ſubſt.* Vtriuſque. n. effectus idẽ ille eſt, vt inducat delationem hereditatis, quæ nec poterat adiri ante delationẽ, nec deferri ex inſtitutione condicionali ante impletã conditionẽ. Conſeqnẽs igitur eſt, vt ſi hereditas cuius adeundæ gratia fuerat data pecunia, nõ adita ſit, ſed repudiata, repetitioni locus ſit, quaſi cauſa non ſecuta, quotus enim quiſque eſt, qui pecuniam det, aut accipiat, implendæ cõdicionis cauſa, niſi ſpe, & cogitatione futuri emolumenti, quod poſt condicionẽ impletã poteſt accedere, & quod alioquin ſperari non poſſet? Datur enim ex neceſſitate, non quidem præciſa, ſed cauſatiua, ſi is cui aliquid ſub ea condicione datum fuit, velit id quod ſibi relictum eſt, conſequi, & ideo donationis inſtar ea datio habere non poteſt, quia quod ex neceſſitate fit, nunquam ex volũtate, ac mera liberalitate fieri intelligitur *l. rem legatam 28. inf. de adim. legat.* habétque hæc datio tacitam condicionem, ſi hereditas acquiratur, nec minùs habet ex parte accipientis, quàm ex parte dantis, alioqui ſi haberet tantùm ex parte dantis, non poſſet eius defectus parere condictionem ſi non expreſſa fuiſſet condicio *d. l. ſi repetendi 7. C. hoc tit. & l. 3. §. ſi quis quaſi in fin. infrà eod.* ſibi námque imputet, qui dedit ſpe alicuius rei conſequendæ, & opinione falſa

deceptus

deceptus eſt, vt ex Celſo Vlpianus ibidem ſcribit. At non ſimiliter imputare quicquam poſſis ei: qui decem Titio dedit, implendę condicionis cauſa, ſpe acquirendæ hæreditatis, quàm poſtea vltrò repudiauerit, cùm variæ poſſint cauſæ emergere, quibus moueri prudenter hæres poſſit, vt hæreditatem repudiet, quam adire priùs deſtinauerat, ſiue obemergens ex poſtfacto æs alienum, quod antè latebat, ſiue ob hoc ſolùm ne ſe implicet negotiis vel oneribus hereditariis, adeò vt nec aliam conſilij ſui rationem reddere debeat is, qui hæreditatem repudiat, quam quod adire eam noluerit *l. quia poterat 4. infrà ad SC Trebell.* dummodò ſine fraude id faciat, *l. quia autem 6. § ſi patronus in fine l. ſi in teſtamento xx. §. vlt. in fine ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Quænam verò fraus eſſe poteſt, eius qui repudiat hæreditatem, cuius adeundæ animum antea teſtatus fuerat, dando pecuniam, quam condicionis implendæ cauſa dari oportuerat? Quis credat voluiſſe illum hæreditatis acquirendæ commodum ſibi vltrò præripere ob hoc ſolùm, vt pecuniæ quam dederit, condicendæ ius ſibi acquirat? Aut quam iniuriam pati videtur, ex mutatione conſilij is qui pecuniam acceperat, cùm per hanc condictionem non damnum aliquod ei infligatur, ſed lucrum duntaxat eripiatur? Denique quod condicionis implendæ cauſa datur, fit in ordine ad futuram acquiſitionem, quæ ſi quacunque tandem ex cauſa non ſequatur, condictioni locum fieri dicendum eſt. Quod enim fit ea ordine, ad cauſam illam referendum eſt, cuius gratia fiat *l. cùm mulus ix. infr. De reb. author. iudic. poſſid.* Ea eo autem quod Vlpianus hîc ponit, repudiatam eſſe hereditatem, cuius adeundæ ſpe data fuerat pecunia, loqui eum de extraneo inſtituto, non de ſuo herede, vt bene Accurſius, & meliùs quàm Bartolus interpretatur, extraneorum enim eſt, hereditatem adire & repudiare, ſuorum verò ſe immiſcere & abſtinere *§. vlt. Inſtit. De hered. qualit. & differ.* & in ſuo herede ſcripto ſub illa condicione *ſi Titio decem dederit* aliud certè eſt, quàm in extraneo. Is enim ſi condicionem impleat, & ſtatim atque impleuit, heres fit ipſo iure ex teſtamento, nec minus citra immixtionem, & ignorans quoque *l. apud hoſtes 8. C. de ſuis & legit.* quàm citra aditionem *l. in ſuis 14. infr. eod. ill. tit.* idque non tam vi condicionis expletæ, quàm iure poteſtatis, vt eleganter Paulus loquitur in *l. condicionibus 5. infr. De condic. & demonſtr. iunct. l. 1. §. qui ſunt in poteſtate infr. Si quis omiſſ. cauſ. teſtam.* adeò vt hoc caſu amittat beneficium abſtinendi, quod alioquin à Prætore haberet *d. §. qui ſunt l. ei qui ix. cum praeced. & l. neceſſariis 57. De acquiren. hered.* nempe quia implendo condicionem animum ſuum declarauit, quòd nollet ſe abſtinere, cùm alioqui nec abſtentione indigeret, nec implemento vllo condicionis ſi nolebat heres eſſe: quandoquidem ſola iniectio condicionis appoſitæ à teſtatore ſufficiebat, vt ex neceſſario herede fieret voluntarius *l. verba hac ix. infr. de condic. inſtit. l. iam dubitari 86. §. vlt. in fin. De hered. inſtit.* In eóque grauiter errat Bartolus, reprehendens Accurſium, quaſi inter ſuum heredem, & extraneſi, nulla differentia ſit, quantum ad ius prætorium, ſed duntaxat quantum ad ius ciuile, propter beneficium abſtentionis, contrà quàm apertè ſcriptum ſit in legibus ſupradictis, maximè verò in *d. §. qui ſunt in poteſtate & in l. cùm quaſi 30. §. ſed etſi ſuus. De fideic. libert.* & aliis pleriſque iuris noſtri locis, quos congeſſimus ad *l. ſi filius 12. ſupr. de interrog. in iur. faciend.* vbi oſtendimus perpetuum hunc errorem fuiſſe Bartoli, & à palatiis non minùs, quàm à ſcholis profligandum. Idémque eſt ſi condicio non ſit impleta, dummodo per filium non ſtet, quominùs impleatur *l. ſi quis teſtamento 11. De condict. inſtit.* Nec minùs falſum eſt, quod idem Bartolus hîc diſtinguit, an adeundi animo impleatur condicio, necne. Nam neque fieri poteſt, vt quis impleat condicionem adeundæ hereditatis animo, aut vt implendo condicionem hoc ipſo hereditatem adire intelligatur, quantumuis eam voluntatem gerat hereditatis acquirendę, cùm impoſſibile ſit adiri hereditatem, priuſquàm ſit delata *d. l. delata 151. De verb. ſignif. l. 1. 2. & 3. ſupr. De hered. petit.* aut delatam eſſe à lege, antequàm impleta ſit condicio, quæ inſtitutioni appoſita fuerit à teſtatore *d. l. facta 63. § ſi ſub condicione infr. ad SC. Treb. d. l. verba hac & d. l. ei qui & paſſ. De cond. inſtit.* quæ porrò dici non poteſt impleta eo inſtanti quo impletur, aliud enim eſt impleri condicionem, aliud verò impletam eſſe, & aliud inſtans vtrunſque, vt ſubtiliter docuimus *lib. 19. Coniect. cap. 1. & 2.* niſi ponas inſtitutum quem eſſe ſub ea condicione *ſi iurauerit ſe heredem eſſe* de qua intelligo, quod ſcriptum eſt in *l. Antiſtius 61. De acq. hered.* & cuius non erat vſus olim inutilis, cùm fieri poſſet, vt quis fallens & citra animum acquirendæ hereditatis eam adiret, & verba cretionis ſolemnia proferret, quo tamen caſu non acquirebatur hereditas *l. qui in aliena 6. §. vlt. aliàs l. eum qui eod. tit.* Etſi enim dici poteſt, quod Labeo putabat, hunc iurãdo voluntatem magis ſuam declaraſſe, quòd velit heres eſſe, quàm pro herede geſſiſſe, ſatis tamen videtur pro herede geſſiſſe, ſi vt heres iurauerit. Illa enim condicio *ſi iurauerit*, quæ ſimpliciter concepta nõ aliũ ſenſum habere poteſt, quàm hunc quem diximus *ſi iurauerit ſe heredem eſſe*, non ſuſpendit, neque impedit delationem hereditatis vt illa *ſi dederit decem Titio*. Quamquam poteſt illa lex generaliorem habere rationẽ ex eo ſumptam, quòd iurandi condiciones omnes à Prætore improbãtur, tanquam turpes, & pro non adiectis habentur *leg. 8. De cond. inſt.* Et hoc magis probo. Idq; eſt quod ſuprà diximus ex *d. l. ei qui.* Et qui condicionem impleuit, ſub qua fuerat heres inſtitutus, non ideò acquiri hereditatem, niſi poſt impletam condicionẽ id faciat, per quod hereditas acquiritur, quod fit per aditionem: imò quod magis eſt, in legato quoq; idem iuris eſſe lex ait, quamuis in eo maximè differat legatum ab hereditate, quod legatum ſi per vindicationem relictum ſit, tranſit rectà via in legatarium *l. à Titio 64. De furt.* quaſi nunquam factum heredis *l. legatum 80. De legat. 2.* ideóq; acquiritur ignoranti *l. filiusfam. 16. verſ. Marcellus infr. qui teſtam. facer. poſſ. l. cùm pater 77. §. ſurdo eod. tit.* quod in hereditate ſecus eſt, quia hereditas damnoſa eſſe poteſt, legatum nunquam *l. ſi hereditatem 3x. infr. mand.* Sed de legati acquiſitione irreuocabili loquitur Iurecon. *in d. l. ei qui* quæ naſcitur ex agnitione legatarij volũtaria, nõ de ea quę fit ſola legis poteſtate. Legatum namq; ſibi ignoranti acquiſitum repudiare legatarius poteſt, quod poſt agnitionẽ voluntariam non poſſet: quẽadmodum enim legatum acquiritur quidem ignoranti, ſed non inuito *l. 4. 5. & 6. De legat.* x. ita legati per agnitionem acquiſiti iera repudiatio eſt *l. Titia cùm teſtamento 34. § Lucia Titia eod. l. 1. §. decretalis infr. De ſucceſſ. edict.* Itaque non eſt, quod ad ſecundam Accurſij reſponſionem confugiamus, ex qua Bartolus ſuam diſtinctionem ſumpſit, & quæ falſa eſt.

2. HERMOGENIANVS libro 2. Iuris Epitomarum.

SEd & ſi falſum teſtamentum ſine ſcelere eius, qui decem dedit, vel inofficioſum pronuntietur: veluti cauſa non ſecuta, decem repetentur.

*Ad l. Sed et ſi 2.*

RAT. DVB. Quæſtio falſi teſtamenti vel inofficioſi non impedit aditionem & acquiſitionem hereditatis, ſcilicet quod ad falſi accuſationem pertinet, ſi heres ipſe inſtitutus falſum feciſſe dicatur, cùm certus eſſe debeat ſe non feciſſe *l. cùm falſum 46. infr. de acquirend. hered.* Quod autem ſpectat ad querelam inofficioſi teſtamenti, quia certum eſt eam non competere, niſi poſt aditam hereditatem *l. Papinianus 8. §. ſi condicioni ſupr. De inoffic. teſtam. l. ſcimus 36. § illud C. eod.* Atqui cauſa dandæ pecuniæ ad implendam condicionem inſtitutionis, non alia fuit, quàm acquiſitio hereditatis, vt ad legem præcedentem diximus. Ergo etiamſi teſtamentum falſum poſteà vel inofficioſum pronuncietur, condictioni tamen locus eſſe non poteſt, quaſi cauſa non ſecuta, cùm ſecuta ſit. DEC. Non videtur cauſa ſecuta, quæ non durat ſecuta, ſicuti ſolemus dicere, non videri verſum, quod non durat verſum *l. ſi pro patre 10. §. verſum infr. de in rem verſ.* nec quicquam intereſt, an quid datum ſit ſine cauſa, aut non ex iuſta cauſa, an verò redeat ad non cauſam, vel ſaltem ad non iuſtam cauſam *l. 1. § pen. & vlt. infr. de condict. ſin. cauſ.* Atqui aditio facta ex teſtamento, quod poſteà falſum, vel inofficioſum pronunciatum eſt, redit ad non aditionem: perinde namque, ac ſi hereditas nũquam adita fuiſſet, ſucceditur ab inteſtato, cùm ex poſtfacto falſum quidem teſtamentum nullum ab initio fuiſſe appareat. Inofficioſum autem euertatur ſaltem pro qua parte inofficioſi querela inſtituta eſt, & obtinuit *l. poſthumus 6. §. 1. l. circa 19. iunct. l. 2. & paſſ. ſupr. de inoffic. teſtam.* Neque his caſibus locũ habet, quod ait Papinianus in *l. ſi patronus 55. §. qui fideicommiſſam ad SC. Trebell.* ſemel aditæ hereditate, omnem defuncti voluntatem ratam cõſtitui, nec quod iam ſæpe iactari ſolet, eum qui ſemel heres fuit, ſemper heredem perſeuerare *l. an Prætor 7. § ſed quod Papinianus ſupr. de minor. l. ei qui ſoluendo 88. infr. de hered. inſtit. §. reſtituta Inſtit. de fideic hered.* & facta pro infectis haberi non poſſe *l. in bello 12. § facti autem infr. de capt. & poſtlim.* in quorum numero aditio eſt *l. actus legitimi 77. de regul. iur. l. aditio 45. de acquir. hered.* Habent enim locum hæc omnia, quoties aditio iure facta eſt, & eius hereditatis, quæ fuerit verè per legem delata *l. delata 151. De verb. ſign. l. 1. 2. & 3 ſupr. de hered petit.* Atqui non potuit iure facta eſſe aditio ex teſtamento, quod ab initio falſum fuit, neque ex eo quod poſt aditionem inofficioſum pronunciatum fuit, cùm ex ea pronunciatione fiat paterfamilias inteſtatus eo colore, quaſi furioſus, nec ſanæ mentis fuerit, cùm ſuprema ordinaret *d. l. 2. l. Titia 13. De inoff. teſtam.* Teſtamenti enim validitatem præcedere oportet, vt ex eo deferri poſſit hereditas per legem, & adiri per heredem *§. poſteriore Inſtit. quib. mod. teſtam. infirm.* Eſtq; res hæc ex earũ numero, in quibus apparet ex euentu, quid antè fuerit vt in *l. qui res 98. §. 1. infr. de ſolut. l. quadam 15. De reb. dub.* Ergo ſiue falſum, ſiue inofficioſum teſtamentũ pronuntietur, condictioni locus eſt pecuniæ datæ ad condicionẽ implẽdam, quæ impleri omnino debuit, vt hereditas acquireretur, quaſi non ſecutã cauſa, cùm acquiſitio nulla fieri potuerit, aut facta videri poſſit ex ea aditione quæ in irritum recidit, nam quæ ex poſtfacto emergunt nouo indigẽt auxilio, vt benè hîc Accurſius notat, ex *l. de ætate 11. §. ex cauſa ſupr. De interrog. in iur. fac. l. ſi ſub hac 20. ſupr. De inoff. teſt.* vbi ſpecies non valde diſſimilis proponitur de eo, qui ſub hac condicione heres inſtitutus *ſi Stichum manumiſerit*, illum manumiſit atque ita hereditatem ex eo teſtamento obtinuit, quod poſteà inofficioſum, vel iniuſtũ pronunciatũ fuit: niſi quod eo caſu non poteſt condici libertas per manumiſſionẽ data, quoniã facta non condicuntur, nec libertas quæ ſemel cõpetiit, reuocari vnquã poteſt *§. ſi ii qui. Inſtit. De eo cui libert. cauſ. bon. addic.* Sed ei qui manumittit aliter ſuccurritur, vt ſerui preciũ a manumiſſo accipiat, ne fruſtra ſeruum perdat. Cæterum benè addit Hermogenianus, *Si falſum teſtamentum ſine ſcelere eius qui pecuniã dedit pronuncietur.* Nã ſi probetur falsò confictũ fuiſſe ab eo ipſo herede, qui pecuniam dedit, non debet habere repetitionẽ tanquam qui eam pecuniã facto & dolo ſuo amiſerit, eámq; turpiter dederit, vt fieri heres ex falſo teſtamento poſſet, quamuis ille qui accepit, non turpiter acceperit: cùm tamen etiamſi turpitudo vtriuſq; verſaretur, melior condicio eius eſſe deberet, qui accepiſſet *l. 3. infr. tit. prox. l. vlt. De condict. ſin. cauſ.* Poteſt autem fieri, vt tum quoque cùm heres ipſe adiit, ex eo teſtamento quod falsò confictum ab eo dicebatur, tanquam de ſua certus innocẽtia, probetur tamen ſiue per veros, ſiue per falſos teſtes falſum ipſe commiſiſſe. Atq; ita in huius legis ſpecie eueniſſe neceſſariò ponendum eſt, vt poſſit ratio dubitandi ex eo peti, quòd ſecuta ſit aditio. Nam ex eo teſtamẽto, quod ab alio quàm ab herede ipſo factum eſſe dicatur, non poteſt fieri, vt heres adeat hereditatem, cùm nec fieri queat, quin de viribus teſtamenti dubitet, quod ſufficit ad impediendam aditionem *dict. l. cùm falſum l. is qui putat 15. cum ſeqq. l. in repudianda 23. eod. tit.* Hinc verò ſumpta occaſione quærit Accurſius, ſi mulier ſciens matrimoniũ nullum, dederit pecuniam in dotem, an poſſit eam repetere. Et putat non poſſe, contrà quam vetus interpres Petrus ſenſerit. Mihi placet ea diſtinctio, vt ſi ſine ſcelere dantis matrimonium nullum ſit, non eo minùs repetitioni locus eſſe poſſit ex *l. 1. C. hoc tit. l. vlt. infr. De condict. ſin. cauſ.* ſi verò cum ſcelere mulieris, quæ dotem dedit, aliud dicendum ſit, ex hac lege. Non videtur autem ſcelus mulieris interueniſſe, ſi vel in iure, vel in facto errauerit: nunquam enim iuris error dolo & ſceleri adſcribitur *l. ſed etſi 25. §. ſcire ſupr. De hered. petit.* multo minùs error facti, etiam qui alioquin ſit intolerabilis.

3. VLPIANVS libro 26. ad Edictum.

DEdi tibi pecuniam, ne ad iudicẽ iretur: qua quaſi decidi, an poſſim condicere, ſi mihi non caueatur, ad iudicẽ non iri? & eſt verum, multum intereſſe,

eſſe, vtrum ob hoc ſolum dedi, ne eatur, an vt & mihi repromittatur non iri. ſi ob hoc vt & repromittatur: condici poterit, ſi non repromittatur. ſi, vt ne eatur, condictio ceſſat, quamdiu non itur.

*Ad l. Dedi tibi 3.*

RAT. DVB. In contractibus innominatis, qualis eſt hic de quo tractamus, cùm dedi tibi pecuniam ne ad iudicem iretur, locus eſt pœnitentiæ quamdiu ex parte altera ſatisfactum non eſt contractui §. *prox. infr.* dummodo res ſit integra, nec in damno vllo moretur is qui pecuniam accepit *leg. ſi pecuniam 5. infr.* Ergo indiſtinctè dicendum eſt, condictioni locum eſſe poſſe, ſiue ob hoc ſolùm dederim pecuniam, ne ad iudicem eatur, ſiue ob id, vt & mihi repromittatur non iri. Aut ſi quis contractum hunc pro tranſactione accipiat, quæ Accorſij, Bartoli, & aliorum interpretum ſententia eſt ex illis verbis huius legis *quaſi decidi*, vbi Accurſius notat dictionem *quaſi* eſſe expreſſiuam veritatis, indiſtinctè quoque contra hanc legem dicendum eſt, condictioni locum non eſſe, ſed exceptioni, quæ ex iuſta tranſactione ſemper competit. Numquam enim iuſta & perfecta tranſactio admittit pœnitentiam *l. quamuis 39. C. de tranſact.* neque poteſt vtrumque locum habere & repetitio & exceptio, *leg. eleganter 23. § penult. infr. de condict. indeb.* Nullo igitur caſu locus eſſe poteſt diſtinctioni, quam hîc Vlpianus probat.

DEC. Multùm intereſt, an dederim tibi pecuniam, vt aliquid faceres, an vti ne faceres. Priore caſu non videris impleuiſſe ex tua parte quouſque feceris, & ideo locus eſt pœnitentiæ ex mea parte, & ex pœnitentia condictioni: poſteriore autem caſu imples, cùm nihil facis, & quandiu nihil facis, contrà quàm promiſeris, licèt poſſis adhuc facere ſi velis, & ideo condictioni locus eſſe non poteſt, quia contractus ex vtraque parte implementum & effectum ſuum habuit, debétque mihi ſufficere, quod quandocũque ibis ad iudicem, habiturus ſum condictionem, cùm imputare mihi debeã, cur non melius rebus meis proſpexerim, & me pecuniam dare dixerim, vt repromitteres te ad iudicem nõ iturum. Quid? An non tranſactio iſta eſt, cùm dedi tibi pecuniam, ne ad iudicem iretur? Quòd ſi tràſactio eſt, qua ratione fieri poteſt, vt locus ſit pœnitentię? Hoc enim eſt quod Accurſium, Bartolum, cæteróſq; interpretes fefellit. Reſpondeo non eſſe tranſactioné, quia tranſactio nihil niſi pactum nudum eſt, ſed vtriuſque conſenſu perfectum, & nominatum, & ex quo proinde naſci exceptionem, vt ex cæteris quoque pactis quantumlibet nudis, mirum non eſt, quamuis Bartolus paſſim hoc malè referat ad odiũ minuendarum litium in *l. 5. in princip num. 11. infr.* At contractus innominatus, licèt plus quàm pactum eſſe videatur, qua parte contractus eſt, reuera tamé minus eſt, quàm pactum perfectum, quia imperfectus eſt, quouſque impletus ſit ex vtroque latere: ſi quidem implementum quod ex vna tantùm parte fit, initium duntaxat obligationi præbet, non etiam finem & perfectionem contractui *l. 1. infr. de rer. permut.* Et quemadmodum ſolemus dicere acceptilationem inutilem, non ſemper vim pacti habere *l. an inutilis 8. de acceptil.* quamuis interdum habeat *l. ſi accepto latum 19. eod. l. ſi vnus 27. § pen. ſup. de pact.* quia cõuentionem ex vtraque parte perfectam continet, licèt inutilem *l. cùm emptor 5. inf. de reſcind. vendit.* ita nec abſurdum videri debet, vt in contractu innominato, qui ante ſecutum ex vtraque parte implementum perfectus dici non poteſt, non contineatur pactum ſiue tranſactionis, ſiue aliud quodlibet, quippe quod perfectum eſſe ſemper debeat, nec à datione incipere, ſed à nudo conſenſu. Ergo non poteſt pactum hoc parere exceptionem pacti ad inhibendam repetitionem ex parte illius qui non impleuit; multo minus exceptionem tranſactionis, inſpecta etiam ratione ineundi contractus, quæ ſemper inſpicienda eſt in contractibus nominatis l. *ſi procuratorem 8. infr. mandat.* & inſpecta quoque voluntate contrahentium, quæ non illa præcisè fuit, vt tu hoc vel illud faceres, cùm nihil promiſeris, niſi quod pecuniam meam certa lege tibi datam accepiſti, ſed vt ni faceres, cõdicere poſſem ego quod dediſſem, quia nec dederim, nec fuerim daturus, niſi vt cauſa ſequeretur, propter quã dedi. Illud igitur dũtaxat, inſpici debet, an cauſa ſecuta ſit, necne, ſecuta autem non eſt, ſi quid faciendum fuit, quandiu id factum non eſt: ſecuta verò intelligitur, ſi faciendum aliquid non fuit hoc ipſo quod factum non eſt. Nec quid illud ipſum fieri adhuc poſſit inducere, poteſt neceſſitatem cauendi de eo non faciendo, quaſi non prius videri poſſit implementum benè ſecutum *argum. leg. vltim. § penultim. infr ad SC Vellelan. d. l. ſi pecuniam 5. §. ſi ſeruum verſicul. planè repromittere & verſic. planè cauebit infr hoc tit.* ſicut euenit in cæteris omnibus non faciendi condictionibus; ob quas ideo introduci neceſſe fuit remedium cautionis Mucianæ *l. Muciana 7. l. is cui 18. infr. de condict. & demo ſtr.* Nam quod ad cautionem Mucianam pertinet, certum eſt, quod & Accurſius docet, non habere illam locum in contractibus, ſiue nominatis, ſiue innominatis, ſed in vltimis tantum voluntatibus, vt docuimus *lib. 2. Coniectur. cap. 16.* nec exigi eam ab inuito, ſed præſtari à volente, vt habeat vim condictionis expletæ, vt ad Accurſium bene addit Bartolus. Quod ad alias verò cautiones, quæ officio iudicis præſtari ſolẽt in omnibus bonæ fidei iudiciis, de quibus in *l. in omnibus 40. ſupr. de iudic.* certum eſt non eſſe iis locum in contractibus innominatis, qui omnes ſunt ſtricti iuris: quod enim ob certam aliquam cauſam datum eſt, ad illam præcisè cauſam reſtringi debet, non ad aliam extendi, quæ contractus implementum difficilius facere poſſit, ne iniuria fiat ei qui certa illa lege pecuniam accepit, non aliter nec duriore lege accepturus. Et quãuis defendat Bartolus, etiam in ſtricti iuris actionibus, interdum ex cauſa onus ſatiſdationis iniungi ex *leg. ſi creditores 31. infr. de rebus author iudic. poſſid. alias leg. 19. de priuileg. credit.* etiam ante diem vel conditionem *leg. in poſſeſſionem 6. in princ. infr. quib. ex cauſ. in poſſ. eat* errat tamen, cùm in earum legum ſpecie nõ de iudicio aliquo ſtricto tractetur, in quo nullus officio iudicis locus relinqui ſolet, ſed de cognitione prętoris, ex cuius authoritate fit miſſio in poſſeſſionem bonorum debitoris, ad conſtituendum pignus prætorium ex illa parte edicti *leg. non eſt mirum 26. §. 1. infr. de pignor. act. & dict. tot. tit. quibus ex cauſ. in poſſ. eat.* nimirum ſi debitor latitet, neque defenda-

tur: nam ſi non latitet, cùm ſe defendat, aut inuitus poſſit vocari, & rapi in ius *tot. titul in ius vocat. vt caut. & tit. Ne quis eum qui in ius vocab. vi exim.* nunquam onerandus eſt ſatiſdatione, niſi proponas heredem eſſe debitoris, & heredis huius eſſe ſuſpectas facultates: nam licèt hic perſonam defuncti repræſentet, eiúſque hereditatem adeundo ipſe ſe debitorem conſtituerit, cùm tamen ſuſpectus ipſe eſt, incipiátq; labi facultatibus, habent creditores hereditarij ius petendæ ſeparationis bonorum *l. 1. & tot. tit. de ſeparat.* indéque fit, vt eùm vult defunctum defendere, non tam ſeipſum, quàm alium defendere videatur, ideóque onerandus ſit ſatiſdatione, ſed cauſa cognita per prætorem, cui incûbit prouidere, ne quid damni creditores patiantur. Reliquum eſt, vt ex contractu innominato, in quo nihil de præſtanda cautione dictum ſit, cautionis præſtandæ onus nũquam iniungi debeat, niſi eo ſolo caſu, quo condictioni ſit locus: reſtitui autem impræſentiarum nequeat id, quod reſtituendum eſt, vt ſi ſeruus reſtituendus fugerit ſine culpa accipiẽtis, vt in *d. § ſi ſeruum verſ. planè repromittere, & verſ. planè cauebit infra.* Cautio enim illa vel repromiſſio pro reſtitutione eſt, etiam in actionibus arbitrariis, in quibus agitur ad reſtitutionem *l. ſi bona fides 21 ſupr. de rei vindic. leg. item ſi cùm 14. §. quatenus ſup. quod met. cauſ.* Et ita conciliandi ſunt loci illi cum hac lege, non quomodo conciliantur ab Accurſio & Bartolo, vt hîc non ſit cauendum de non eundo ad iudicem, quòd iam ſit ſatis cautum per exceptionem, quæ ex tranſactione naſcitur, vt & in *l. 1 §. ſi debitoris inf. vt in poſſ. leg. et.* quaſi in hac lege tranſactio facta ſit in rei veritate, vt Accurſius loquitur, quod nos falſum eſſe oſtendimus: & aliud eſt, dari quid ob cauſam tranſactionis præcedentis, & iam perfectæ, vt in *l. in ſumma 65. §. 1. infr. de condict. indeb.* aut vt à lite diſcedatur, vt in *l. 1. ſupr.* ſi à lite poſtea diſceſſum ſit, vt ea lex ait, aliud verò dari pecuniam, ne ad iudicem eatur, hoc etiam addito, vt is qui accipit, repromittat ſe non iturum. Eſt enim hæc imperfecta conuẽtio, non tranſactio, aut ſi tranſactio aliquo modo dici poteſt, imperfecta certè tranſactio eſt, quę nec parit exceptionem, nec impedit repetitionẽ *d. l. in ſumma §. 1. in fi.* Nam ſi eũ pecuniam tibi dedi, vt à lite diſcedatur, tranſactio tamen non eſt, ideóque nec aliter impeditur repetitio, quàm ſi cauſa ſequatur, id eſt, diſceſſio à lite per formalem, vt ita dixerim, trãſactionem, aut per renunciationem liti factam, vt in *l. 4. C. de pact. d. l. 1.* in poſtremis illis verbis *cauſa ſecuta ceſſat repetitio ſup. hoc tit.* quanto minus tranſactio dicenda eſt, ſi dederim tibi pecuniam, ne ad iudicem eas, aut vt repromittas te non iturũ? Verum igitur eſt quod diximus, in tota hac quæſtione diſtinguendum eſſe, an cauſa ob quam data fuit pecunia, ſecuta ſit, necne, idq; ſolùm inſpici oportere. Nec minus falſum quod Bartolus hîc defendit, tranſactionem eſſe contractum innominatum, nam imò contractus non eſt (niſi cũ ſtipulatio interuenit, quæ tranſactionibus ſubiici paſſim ſolet, quomodo debet accipi, quod ſcriptum eſt in *l. contractus 17. C. de fid. inſtrum.* quo tamen caſu ſtipulationis contractus eſt, proinde nominatus nõ tranſactionis *l. cùm enim 6. infr. de nouat.*) ſed pactum & quidem nominatum adeóque perfectum, cùm tamen omnes contractus innominati ſint imperfecti, quandiu ex vtraque parte non ſunt impleti, quæ ſola ratio eſt, propter quam in iis locus eſt interim pœnitentiæ: quomodo & in ipſa quoque trãſactione, cùm imperfecta eſt, vt in *d. l. in ſumma §. 1.* aut aliter inutilis, vt in *l. eleganter 23. §. ſi quis poſt infr. de cõdict. indeb.* Sanè non poteſt recuſare is qui contrahit, ſiue nominato contractu, ſiue innominato, vt de ea re inſtrumẽtum conſcribatur, ad teſtandam rei geſtæ veritatem, vt Bartolus hîc notat ex *l. ſicut datam 26. C. de liber. cauſ. l. plures apochas 19. C. de fid. inſtrum.*

1 ¶ Idem erit, & ſi tibi dedero, ne Stichum manumittas. nam ſecundùm diſtinctionem ſuprà ſcriptam, aut admittenda erit repetitio, aut inhibenda.

*Ad §. 1 Idem erit.*

Hic §. malè ab Accurſio, Bartolo, cæteríſque interpretibus acceptus eſt. propter vitium vulgatę lectionis, quæ ſic habet, *idem eſt etſi tibi dedero, vt Stichũ manumittas*, cùm tamen legendum ſit, vt in *Pandect. Florent. Idem erit etſi tibi dedero ne Stichum manumittas*, vt cauſa ob quam data fuit pecunia, negatiuè concepta fuerit, non affirmatiuè, vt in caſu præcedente. Itaque ſi quæratur, an admittenda ſit, aut inhibenda repetitio, eadem locum habebit diſtinctio, quæ proximè allata eſt, vtrum dederim tibi pecuniam, ob hoc ſolùm ne manumittas, an & vt mihi repromittas, te nõ manumiſſurum, ſi ob hoc vt & repromittatur, condici poterit, ſi non repromittatur, ſin vt ne manumittatur, condictio ceſſat, quandiu non manumittitur. Eadem igitur dubitandi & decidendi ratio eſt ad hãc ſpeciem, quæ ad ſuperiorem, delendáque ſunt omnia, quæ ad hunc §. Accurſius & Azo ſcribunt, de admittenda repetitione, ſi non manumiſeris, aut de inhibenda, ſi manumiſeris, aut de pecunia quam tibi ſic dederim, vt manumittas ad diem, ſi prius velim agere, quã dies venerit manumittendi. Hic enim caſus eſt, qui tractatur in *§. ſeq.* vbi tamen de cautione præſtanda verbum nullum. Item quæ Bartolus de ſuo adſtruit, vt errores erroribus cumulet.

2 ¶ Sed ſi tibi dedero, vt Stichum manumittas: ſi non facis[a], poſſum condicere: aut ſi me pœniteat[b], condicere poſſum. Quid, ſi ita dedi[c], vt intra certum tempus manumittas: ſi nondum tempus præteriit, inhibenda erit repetitio, niſi pœniteat[d], quòd ſi præteriit[e], condici poterit[f]. Sed ſi Stichus deceſſerit[g], an repeti, quod datum eſt, poſſit? Proculus ait, ſi poſt id temporis deceſſerit, quo manumitti potuit, repetitionem eſſe: ſi minus, ceſſare. Quinimo & ſi nihil tibi dedi[h],

dedi [h], vt manumitteres, placuerat tamen, vt darem: vltrò tibi competere actionem, quæ ex hoc contractu naſcitur, id eſt, condictionem, defuncto quoque eo.

*Ad §. 2. Sed ſi tibi dedero.*

a Alius hic & nouus caſus eſt de pecunia, quam tibi ſic dedi, vt Stichum manumittas, & eadem quæſtio, an poſſim condicere, ſi non manumittas, at non vt in ſuperiore ſpecie, an condicere poſſim, ſi mihi non caueas de manumittendo, quia de iis quæ in faciendo conſiſtunt, cautio ne poſtulatur vnquam, nec præſtatur, quia faciendum eſt, quod fieri poteſt & debet, non de eo faciendo cauendum, at cùm de non faciendo agitur, tum demum tractari ſolet, an cautio aliqua, ſiue Muciana, ſiue alia præſtanda ſit, quaſi non aliter impleri condicio negatiua poſſit, quàm ſi de non faciendo caueatur. Diſtinguit autem Vlpianua in hac ſpecie, an tibi pecuniam ſic dederim, vt Stichum manumittas, nullo præfinito tempore, an verò vt intra certum tempus manumittas: priore caſu ait poſſe me condicere, ſi non mannmittis, id eſt, ſtatim & cùm primùm potes, aut ſi me pœniteat: poſteriore autem caſu, ſi tempus nondum præterit, inhibendam eſſe repetitionem, niſi pœniteat, quòd ſi præterierit condici poſſe. Perpendamus ſingulas huius diſtinctionis partes.

a *Si non fa it.* RAT. DVB. Quod quis facere debet, nullo ad id faciendum præfinito tempore, fieri quandocunque poteſt, & ſatiſfacit qui quandoque facit: ſola enim temporis limitatio illa eſt, quæ impedit, ne poſt tempus fieri poſſit, quod antè fieri debuit l. *imperator* 8. *ſupr. de poſtulat. l. Thais* 41. §. *intra certa tempora de fideicommiſſ. libert.* Ergo ſi tibi dedero, vt Stichum manumittas, non poſſum condicere, ob id ſolùm quòd non ſtatim manumittas. DEC. Quemadmodum in omnibus obligationibus, in quibus dies non apponitur, præſenti die debetur *l. in omnibus* 14. *de regul. iur.* ita in omnibus quæ facienda ſunt, nullo adiecto tempore, ſi ſtatim non fiat, quod fieri ſtatim poteſt, iuſtam condicendi cauſam habet is, cuius gratia faciendum ſtatim fuit, quod fieri debuit, ſi modò potuit *l. nihil peti poteſt* 186. *eod. titul.* non quaſi mora ipſo iure contracta, ob non ſecutam ſtatim manumiſſionem [nec enim mora vlla contrahi intelligitur, vbi nulla petitio & interpellatio eſt *l. ſi pupillus* 127. *de verb. obligat. l. nulla intelligitur* 88. *de reg. iur.*] ſed quaſi manente contractu imperfecto, quandiu ex tua parte impletus non eſt, quod ſufficit, vt mihi competat repetitio: debueras enim eſſe diligentior in manumittendo, ac teipſum interpellare, vt contractum hūc innominatum & imperfectum ex parte tua impleres, atque ita condicendi, aut pœnitendi facultatem mihi præriperes, vt in *l. nuda* 5. *Cod. de contr. & commiss. ſtipulat.* Itaque ſi per multos fortè menſes, aut etiam annos ſteteris, nec Stichum manumiſeris, quandiu non condico pecuniam quam dedi, permittitur tibi Stichum manumittere, & contractum ex parte tua implere, ac perficere: ſed è contrario ſimiliter quandiu contractum non imples, permittitur mihi condicere, quia tamdiu verum eſt, te contractum non impleuiſſe, neque ex quo cœperim condicere, implere amplius poſſe: finis enim implendi eſt, quando pecunia condicere-tur, & eo nomine iudicium acciperetur *arg. l. ſi Titius* 9. *infr. de verb. oblig.*

b *Aut ſi me pœniteat* RAT. DVB. Contractus qui ab initio ſunt voluntatis, ex poſtfacto ſunt neceſſitatis *vulg. l. ſicut* 5. *C. de oblig. & action.* Atqui contractus innominati perinde contractuum nomine ac iure cenſentur, atque illi qui nominati ſunt, cùm in iis contrahatur *συνάλλαγμα l. iuris gentium* 7. §. 2. *ſup. de pact.* Non magis ergo in contractibus innominatis, quàm in cæteris nominatis poteſt locus eſſe pœnitentiæ *l.* 3. 4. 6. *& paſſ. C. de reſcind. vendit l.* 3. *l. velles necne* 6. *& paſſ C. de reuoc. donat.* DEC. Differentia illa eſt inter contractus nominatos & innominatos, quòd nominati omnes perfecti ſunt, nec priùs contractuum nomen merentur, quàm perfecti ſint aut re, aut conſenſu, aut verbis, aut literis, re quidem interueniente ex vna tantùm parte, ſed poſt conſenſum formalem ab vtraque parte præſtitum. Dicuntur enim re perfici, itémque verbis, aut literis, non quaſi in iis ſolus rei interuentus, aut verborum aut literarum contractum faciat ſine conſenſu, ſed quia præter mutuum conſenſum, vel rei traditionem exigunt, vel verba, vel literas. At contractus innominati non perficiuntur, niſi implemento ex vtraque parte ſecuto, & ideò quandiu ſecutum non eſt ex parte tua, cùm dedi tibi decem, vt Stichum manumittas, poteſt me pœnitere, quia contractus nondum perfectus eſt, nec vllam in eo videri poſſum facere tibi iniuriam, cùm imputare tibi debeas, cur non citiùs ex parte tua impleueris, quàm primum implere potuiſti, ne pœnitentiæ locus fieri vnquam poſſet. Quod vulgò noſtri non intelligunt, qui contractus innominatos, etiam ante ſecutum ex altera parte implementum perfectos eſſe putant, quòd ſi ita eſſet, vtique locus pœnitentiæ in iis eſſe non poſſet.

c *Quòd ſi ita dedi.* RAT. DVB. Cùm tibi decem dedi, vt intra certum tempus Stichum manumittas, etiamſi nondum tempus præterierit, eadem tamen ratio dandæ condictionis locum habere videtur, quæ à nobis allata eſt ad verſiculum præcedentem, quòd verum ſit, contractum nondum ex tua parte impletum eſſe, ideóque imperfectum manere, & conſequenter repetitioni locum eſſe poſſe, non minùs quàm ſi certum tempus manumittendo Sticho præſtitutum non eſſet. DEC. Quod quis intra certum tempus facere poteſt & debet, inculpatum eſt, ſi non fiat ante illud tempus, dummodo fiat vltima etiam hora illius temporis *dict. l. nihil peti poteſt* 186 *de regul. iur. l. qui hoc anno* 42. *de verb. oblig. l. quod certa* 70. *de ſolut.* quia totum illud medium tempus promiſſori ad ſoluendum datum eſſe intelligitur, vt quamuis interim poſſit ſoluere, peti tamen ab eo non poſſit *l. ſtipulatio iſta* 38 § *alteri l. continuus* 137. §. *cùm ita de verb. oblig.* adeò vt ſi ante diem ſoluat, plus præſtare dicatur, quàm debeat *l. eum qui* 15. *aliàs l. Iauolenus inf. de ann. legat.* Proinde cùm dedi tibi decem, vt Stichum ſeruum tuum manumittas, etiamſi non ſtatim manumiſeris, nihil tibi poteſt imputari, quandiu tempora largiuntur, vt manumiſſionem in longius tempus differre poſſis, nec videris ceſſare, in contractu ex tua parte implendo, cùm ſufficiat ſi

Digitized by Google

impleas intra tempus præſtitutum. interim igitur non poteſt mihi comperere condictio prætextu implementi non ſecuti, quomodo competeret, ſi nullum tempus faciendæ manumiſſioni præfixum, aut ſi quod præfixum fuerat, elapſum eſſet, vt ſequitur in textu.

d *Niſi pœniteat.* RAT. DVB. Satis inducitur probatúrque pœnitentia ex eo ſolo, quod pecuniam, quam tibi dedi, condico, ſicuti ſolemus dicere videri eum renunciare ſocietati, qui agit pro ſocio *l. actione 65. in princip. infr. Pro ſocio.* Stare igitur non poteſt, quod Vlpianus hîc ſcribit, inhibendam eſſe mihi repetitionem, niſi me pœniteat, cùm implicet contradictionem, vt velim condicere, nec me pœniteat. DEC. Multùm refert, qua ex cauſa velim condicere, an quaſi cauſa non ſecuta, quod tu ex parte tua nondum impleueris, an quia me pœniteat, diuerſa enim ſunt media concludendi, cumque medium per quod actor concludit, probari ab eo debeat, ne alioqui ſuccumbere illum ſit neceſſe: ſuccumbam procul dubio, ſi condicam quaſi cauſa non ſecuta, non etiam ſi dicam me pœnitere. Expreſſa igitur voluntatis declaratione, & pœnitentia opus eſt, nec ſufficit tacita, cùm aliud concludendi medium ſpecialiter expreſſum eſt, & certè multi ſunt, qui ne inconſtantiæ ac leuitatis notam & reprehenſionem incurrant, malint condicere prætextu cauſæ non ſecutæ, quàm ex pœnitentia, licèt eos maximè pœniteat. Idque eſt quod pragmatici noſtri iactitant, & ex hoc loco probatur omnium optimè, in omni libello inſpiciendum maximè eſſe medium concludendi, magis quàm illud ipſum quod concluditur, & ita bene hîc poſt Accurſium Bartolus, non inſubtiliter, ſed apertiùs quàm Accurſius.

e *Quod ſi præterit, condici poterit.* Intellige, etiam citra pœnitentiam, & ob id ſolùm quia cauſa ſecuta non eſt. RAT. DVB. Etiamſi tempus præterierit, adhuc tamen ſequi manumiſſio, & impleri contractus poteſt. Multò enim magis hodie faciendum eſt, quod iam olim fieri oportuit *l. ſi ſterilis 21. §. cùm per venditorem in fin. infr. de action. empt.* nec quiſquam ſolo lapſu temporis liberatur à dando, vel faciendo eo, quod intra certum tempus dari, vel fieri debuit, non ſolùm quia tempus non eſt modus legitimus tollendæ, vt nec inducendæ obligationis *l. obligationum ferè 44. §. placet de obligat. & act.* ſed etiam quia tempus breuius in longiore continetur, non contrà, vt dicemus ad *l. quòd ſi Epheſi 3. infr. de eo quod cert. loc.* Non igitur poteſt mihi condictio ſtatim competere, ob id ſolùm quod tu Stichum intra conſtitutum tempus non manumiſeris. DEC. Quod intra certum tempus fieri debuit, poſt illud tempus fieri amplius non poteſt inuito aduerſario, cuius iam cœperit intereſſe: idque non tam per argumentum à contrario ſenſu, quàm vi & poteſtate temporis limitati, vt Baldus loqui ſolet ex *d. l. Thais 41. §. intra certum tempus infr. de fideic. libert. l. ſi ita quis 135. §. Seia infr. de verb. oblig. l. ſi Calend. 18. infr. de re iud.* Verum igitur eſt, te qui Stichum intra præſtitutum tempus non manumiſiſti, neque impleuiſſe contractum, neque implere amplius poſſe, licèt eum paratus ſis manumittere, prius etiam quàm eum condicere cœperim, niſi ego condicionem deſeram, & manumiſſionem tardiorem admittam, vt moram purgare tibi liceat, quod inuitò me facere non poſſes: in ea re præſertim quæ ex mei ſolius voluntate pendeat, & in qua pœnitere mihi ſatis ſit, & ſatis eſſe potuerit, etiam antequam tempus præteriiſſet. Neque verò perinde haberi debes, acſi per ſtipulationem, aut quo alio modo ad Stichum intra certam diem manumittendum obligatus eſſes, quo caſu non liberareris, quominus etiam poſt tempus Stichum manumittere & poſſes, & deberes: quemadmódum ſi centum ſoluere intra Calendas Ianuarias promiſiſſes, nec ſoluiſſes, cùm enim accepiſti à me decem, vt Stichum manumitteres, non ideò promiſiſti te manumiſſurum, nec te ad manumiſſionem præcisè obligaſti, ſed cauſatiuè tantùm, niſi contractum adhuc imperfectum malles deſerere, quàm ex parte tua implere. Proinde ſi intra conſtitutum tempus non manumiſeris, voluntatem tuam ſatis declaraſti, quòd contractum implere nolis: quomodo enim melius probari voluntas poteſt, quàm ex non facto eo quod facere debueris, & quod facere, ſi voluiſſes, potuiſſes? Hoc enim omnino requiritur, vt manumittere ſeruum potueris *l. naturalis 5. §. at cùm do infr. de præſcript. verb.* Quidni ergò competat mihi condictio? Nam quod Accurſius obiicit, nec diluere potuit, ex conſtitutione diuorum Marci & Commodi ad Aufidium Victorinum, haberi debere ſeruum hunc pro libero, ex quo inſtanti debuit manumitti, nec manumiſſus eſt, ex *l. ſi is qui 4. Cod. ſi mancip. ita fuer. alien. l. ſi pecuniam 5. §. 1. in fin. hoc tit.* ad hunc certè caſum non pertinet, in quo non idcirco poſſum videri ſeruum tuum emiſſe, quòd pecuniam tibi dederim, vt eum manumitteres, pecuniam enim non ſimpliciter, ſed precij nomine datam eſſe oporteret ad hoc, vt contracta emptio dici poſſet, quo caſu contractus nominatus eſſet & perfectus, non innominatus, & imperfectus, in quo contractuum genere ideò non poteſt locus eſſe conſtitutioni, quoniam, vt diximus, is qui pecuniam accipit, vt ſeruum ſuum manumittat, non obligatur præcisè ad manumittendum, conſtitutio autem in neceſſarium antecedens præſupponit obligationem manumittendi, nec repræſentat factum eius qui manumittere debuit, vt loquitur *l. vlt. C. ſi mancip. ita fuer. alien.* niſi eius demùm qui præcisè obligatus fuerit, vt manumitteret. Aliud eſt ſi ſeruum meum tibi tradidero in hoc, vt eum intra certum tempus manumittas: nam ſi non manumiſeris, nec ego voluntatem mutauero, fiet liber *d. l. 5. §. 1. infr.* quia licèt hoc quoque caſu contractus innominatus & imperfectus ſit, ex quo proinde non poteſt dici, te præcisè obligatum fuiſſe ad eum ſeruum manumittendum, qui per traditionem factus eſt tuus, eſſeque meus deſiit, quæ ſola ad illum locum dubitandi ratio fuit, ego tamen legi meæ rem dixi, non tuæ, neque decipi à te debeo, qui non aliter fui eum tibi traditurus, ſed eum potius manumiſſurus, cùm in poteſtate mea eſſet id facere *l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit. l. in traditionibus 48. ſupr. de pact.* nam & condicere adhuc poſſem ſeruum hunc ſi vellem quaſi cauſa non ſecuta, & condictum manumittere ſi lex factum tuum non repræſentaret, vt proinde nulla tibi fieri iniuria videri poſſit, etiamſi inducatur hoc caſu poteſtas conſtitutionis, tametſi ſeruus tibi ea ratione eripiatur, qui tuus factus erat, cùm non niſi ea lege tuus factus eſſet. Quid verò tua intereſt, an eum amittas inuitus per poteſtatem conſtitutionis, an quia eum condicam? Meritò igitur placuit, etiam hoc caſu ſuccedere conſtitutionem, non item in ſpecie huius §. vbi non ſeruum tuum condico, ſed pecuniam quam tibi dederam, vt eum manumitteres. Bartolus noſter longioribus & pluribus, vt ſolet, diſtinctionibus totam rem

hanc

hanc tractat, ſed non ſine erroribus. In eo primùm quod putat non eſſe locum conſtitutioni, ſi fuerit cogitatum de certo actu manumittendi ex *l. quis Romæ 122. §. Flauius de verb. oblig* quaſi interſit, an dederim tibi Stichum, vt eum manumittas, an vt vindicta manumittas, quod non ita eſt, nec animaduertit Bartolus, reſponſum quod eſt in *d. §. Flauius*, & cui opponitur *d. l. ſi pecuniam 5. §. 1 eſſe Scæuola*, qui non peruenit ad ætatem vſque Imperatorum Marci, & Commodi, & eorum proinde conſtitutionem ignorauit, vt ſcripſimus ad *l. verum 11. §. 1. ſupr. de minor. & lib. 14 Conie. cap. 4.* In eo rurſum quod ait, ſi dederim tibi pecuniam, non in ſacculo, ſed in numerato, vt Stichum ſeruum tuum manumittas, nec emendi animus bene probetur, ſed in dubio ſit, an contractum nominatum, id eſt, emptionis facere voluerim, an innominatum, præſumendam eſſe emptionem, ſi quantitas pecuniæ quantitati precij reſpondeat, ex *d. l. ſi is qui.* Hoc enim quoque falſum eſt, neque probatur ex *d. l. ſi is qui*, vbi proponebatur expreſsè facta emptio, cùm expreſſim precij pro ſeruo dati & accepti mentio facta eſſet, nec poſſit interuenire precium, niſi in emptione *l. 1. de contr. empt. l. 1. de rer. permut. §. precium Inſtit. de empt & vendit* ſicque accipi debet, quod ſcriptum eſt in *d. l. naturalis 5. §. 1. de praeſcr. verb.* emptionem & venditionem eſſe, ſi pecuniam dem, vt rem accipiam, ſcilicet ſi dem pecuniam iure precij, aut ſi de emendo & vendendo antè conuenerit, vt conſtat ex *l. vlt. infr. hoc tit.* Longè verò difficiliùs eſt, vt emptio & venditio ſit, ſi tibi dem pecuniam, vt Stichum ſeruum tuum manumittas, licèt precio par ſit ea pecuniæ quantitas, nec enim vnquam auditum eſt, ſic emptionem contrahi, cùm à me tibi datur pecunia, vt aliquid facias, ſed vt rem accipiam *d. l. naturalis § at cùm do*, vbi indiſtinctè ſcriptum eſt, vt & in hoc §. contractum illum eſſe innominatum, neque in ea ſpecie conſtitutioni locum eſſe poſſe, alioqui repetitio locum non haberet, ſicuti nec petitione pœnæ in eum caſum promiſſæ, quo ſeruus intra certum tempus non manumitteretur, quia pro facto habetur id, propter quod ni fieret, pœna promiſſa fuerat *d. l. vltim. Cod. ſi mancip. ita fuer. alien* Illud certè ad hunc locum bene Accurſius norat, non ex mora induci hanc condictionem, vt veteres quidam putauerunt, ſed ſolam cauſæ ceſſationem, vt ipſe loquitur, id eſt, quod cauſa quæ fuit dandi, ſecuta & impleta non ſit, nam vt iam attigimus ex iuris regula, nulla intelligitur mora contrahi, vbi nulla petitio eſt *l. nulla 88. de reg. iur. l. ſi pupillus 127. de verb. obl.* nulla autem potuit mihi competere petitio aut interpellatio contra te, vt Stichum ſeruum tuum manumitteres, cùm nihil tale promiſeris verbis præciſis contractus. Ceſſare tamen potes in manumittendo, ceſſas enim hoc ipſo quòd non manumittis, & ceſſatio hæc cùm nihil aliud ſit quàm non manumiſſio ſimplex abnutiuum eſt, vt Paulus noſter loquitur in *l. inter ſtipulantem 83. in princ. de verb. obl.* Omnis mora ceſſatio eſt, ſed non omnis ceſſatio è contrario mora eſt *d. l. naturalis 5. §. quòd ſi faciam de praeſc. verb. l. 1. ſup. & paſſ. hoc tit. l. 1. §. ob rem infr. tit. prox.*

f *Condici poterit.* RAT. DVB. Naturalis obligatio impedit condictionem & repetitionem *l. naturaliter 13. & paſſ infr. de condict. indeb. l. naturales 10. infra de obl. & action.* Atqui ex contractibus innominatis, etiamſi nulla naſceretur ciuilis obligatio ante implementum ex vtraque parte ſecutum, quæ Bartoli & aliorum ſententia eſt ad *l. ſi pecuniam 5. infr.* naſcitur tamen ſaltem naturalis, quæ ex nudo quoque pacto naſceretur *l. iuris gentium 7. §. igitur nuda ſupr. de pact. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de ſolut.* Ergo non poteſt ex his contractibus, etiam non ſecuta cauſa, naſci condictio eius quod datum eſt. DEC. Datio non eſt modus inducendæ obligationis naturalis aut ciuilis, ſed potius tollendæ ex parte illius, qui dat, ſi qua vel ciuilis, vel naturalis obligatio præceſſiſſet, multò magis cùm nulla præceſſit: ſed ex parte tantùm illius, qui accipit, obligatio & naturalis & ciuilis contrahitur ad implendum id, non quidem quod promiſerit, [nihil enim promiſit, vt diximus,] ſed propter quod dandum vel faciendum datum eſt, quod accepit, nam & ex accipientis tantùm parte συνάλλαγμα contrahitur, & ciuilis illa obligatio cum naturali coniuncta, de qua in *d. l. iuris gentium §. 1. ſupr. de pact.* In eòque errat Bartolus quod putat contractus iſtos innominatos, anquam compleantur, non producere ciuilem obligationem ex *l. ex placito 3. Cod. de rer. permut.* quæ tamen non loquitur de contractu aliquo innominato, ſed de nudo placito permutationis, quod certè nullam actionem poteſt producere, cùm ex vtraque parte ſit in finibus nudæ conuentionis, ſed ex contractu innominato, qui à datione, aut à facto aliquo cœperit, naſci obligationem & actionem ciuilem tam apertè ſcriptum eſt in *d. l. iuris gentium. §. 1. & in d. l. naturalis § 1. & §. at cùm do infr. de praeſcr. verb. l. 4. 5. 6. 7. & vlt. Cod. de rer. permut.* vt nihil dici poſſit apertius, quomodo enim ei qui prior dedit, vel fecit, competere poſſet actio præſcriptis verbis contra eum qui ceſſat dare vel facere, ſi nulla ciuilis obligatio ex datione illa eſſet nata? At quia contra eum qui certa lege quid dedit vel fecit, nulla naſci potuit, ſiue ciuilis, ſiue naturalis obligatio; mirum non eſt, ceſſante altero, dari huic condictionem, & permitti, vt per ſolam pœnitentiam ab eo contractu poſſit diſcedere, ex quo nunquam fuit obligatus. Fefellit Bartolum, vt puto, & cæteros, quod putant, in his contractibus innominatis præcedere ſemper pactum aliquod de ſic contrahendo, quomodo in omni permutatione diximus, præcedere pactum debere de permutando *d. l. ex placito & ſeq.* in quo maximè differt contractus permutationis à contractu, do vt des, vt docuimus *lib. 6. Conie. cap. 9.* Nec videt Bartolus, cæteros contractus innominatos præter permutationem incipere à datione aut à facto, non à conuentione: ideóque nec vllam obligationem præcedere, ſiue naturalem, ſiue ciuilem, quam agnoſcere videatur is, qui dat prior, & propter quam inhibenda ei ſit repetitio. Is enim demum non repetit qui id dedit, quod antequam det, iam debuit naturaliter. Itaque non eſt, quod cum Bartolo dicas, in huiuſmodi contractibus innominatis locum eſſe quidem pœnitentiæ ex parte eius qui dedit, ſed non ratione eius quod dedit, at ratione eius quod ab aduerſario dandum vel faciendum fuit *arg. l. quis pecuniam 30. ſupr. de reb. credit.* nam imò verò locus eſt pœnitentiæ, ex parte dantis, ratione eius quod datum fuit, cùm nullomodo eſſet obligatus, vt daret: incipit namq; obligari, non vt det quod iam dedit, ſed ne poſſit repetere, quemadmodum donator qui rem donatam legatario tradidit, obligatus dicitur ex donatione, ne donationem reuocare poſſit *l. velles necne 6. C. de reuoc. donat.* cùm is qui accepit implet ex ſua parte: neque expectamus vt impleuerit, quia implementum æſtimatur ex eo inſtanti, quo fit, non quo factum eſt,

ſicuti nec ſufficit, quod implere paratus ſit, ſi priuſquam impleat, cœperit eum pœnitere qui dedit, quomodo aliàs ſolemus dicere, non prodeſſe debitori, quod velit ſatisfacere, ſed prodeſſe tantùm quòd ſatisfecerit *l. item liberatur 6. §. 1. quib. mod pign. vel hypoth. ſoluit.* Quandiu enim non impletur contractus ex parte illius qui accepit, verùm eſt dicere, nullomodo eſſe adhuc obligatum eum qui dedit: qua ſola ratione contractæ iam obligationis prohiberi, poſſet condicere. Ideóque obſeruandum eſt multùm intereſſe, an pœniteat eum qui dedit, an non pœniteat, ſi pœniteat, habet ſolam condictionem ex pœnitentia, & quidem eam de qua in hoc tit. agitur, ideſt, ob rem & cauſam dati, re & cauſa non ſecuta, non enim poſſet habere actionem, ſiue præſcriptis verbis, ſiue aliam quamlibet ex contractu, cuius eum pœnitet, ſi verò non pœniteat, habet actionem ciuilem præſcriptis verbis, per quam conſequitur actor, vtrum ipſe elegerit, vt vel præſtet aduerſarius, quanti actoris interſit, datum vel factum fuiſſe id, quod dari fieríve oportuit, aut vt reddatur quod datum eſt *dict. l. naturalis §. 1. & §. at cùm do*, niſi malit ille placitis ſtare, & ex parte ſua implere, hoc enim contra eum qui ex contractu innominato agit, ſemper permittitur *dict. l. quoniam 5. & ſeq. C. de rer permut.* de quo tamen videnda ſunt, quæ pluribus ſcripſimus *dict. lib. 6. Coniect. c. 9. & 10*, & iungenda quæ dicemus *ad l. 5. & vlt. infr.*

g *Sed ſi Stichus deceſſerit.* RAT. DVB. Mora condictionem hanc non parit, ſed ſola ceſſatio in cauſa implenda, ob quam datum fuerat, vt diximus, in ſuperioribus. Atqui quoties nulla moræ ratio habetur, certum eſt naturali interitu ſpeciei debitæ contingere ipſo iure liberationem debitori, etiam qui ſpeciem illam expreſſim promiſerat *l. ſi ex legati 23. & ſeq. inf. de verb. oblig l. ſi fideiuſſor 19 ſupr. de dolo.* Ergo multò magis in propoſita ſpecie, in qua neque promiſſus aut debitus Stichus fuit, neque conuentio vlla expreſſa de eo per te manumittendo, niſi quod à me pecuniam accepiſti, vt eum manumitteres, dicendum eſt, ſi Stichus deceſſerit, etiamſi poſt id temporis quo manumitti potuit, ceſſare repetitionem, neque diſtinctionem illam Proculi, quam Vlpianus hîc refert, & probat admittendam eſſe. DEC. Ea demum ceſſatio quæ culpam habet, & quæ imputari ceſſanti poteſt, parit hanc condictionem: Atqui non cares culpa, ſi non manumiſeris Stichum intra id tempus, quod præſtitutum à me fuerat, vt eum manumitteres, neque enim debueras à me pecuniam accipere, vt manumitteres, ſi iam id propoſitum tibi erat, vt non manumitteres, magíſque ad dolum quàm ad culpam accedit hæc ceſſatio, vt ex eo conſtat, quod vindicatur etiam actione de dolo, ſi qua de cauſa ciuilis actio alia, vel prætoria competere non poſſit *dict. l. naturalis §. quòd ſi faciam de praſcript. verb.* At cùm Stichus ante id tempus deceſſit, quo manumittere potueras & debueras, inculpata eſt tua ceſſatio, cùm totum illud tempus liberum tibi fuerit ad manumittendum, vt ſupra oſtendimus, debuiſti enim te ipſum interpellare, vt intra illud tempus manumitteres, at non etiam, vt primo quoque die. Optima igitur, & æquiſſima Proculi diſtinctio eſt, cùm tota hæc actio non detur, niſi in pœnam non ſecuti implementi. Planè ſi me pœniteat, dummodo rebus integris, & ante mortem ſerui, dubitandum non eſt, licèt Accurſius neget, habiturum me ex pœnitentia condictionem: eſt enim hîc quoque repetenda eadem exceptio, quæ poſita eſt in caſu & diſtinctione præcedente *niſi pœniteat*, quoniam alia eſt condictio quæ naſcitur ex pœnitentia, vt diximus, alia quæ naſcitur ob rem & cauſam non ſecutam, hæc diſtinctiones quaſdam recipit, illa nullas, quicquid in contrarium Bartolus hîc ſentiat. Sed nonne, tum quoque cùm Stichus ante tempus deceſſit, intra quod manumitti debuerat, adhibendæ ſunt diſtinctiones, quæ ex eodem Vlpiano noſtro ponuntur in *dict. l. ſi pecuniam 5. §. vltim. infr. hoc tit.* Ita putat quoque Accurſius, Bartolus autem ita demum, ſi condictio ex pœnitentia proponatur, non tanquam re non ſecuta. Ego non puto, qui vel ex hoc maximè loco moueor, vt coniiciam & ſuſpicer, non modò diſtinctionem illam totam eſſe Triboniani, ſed etiam quicquid in eadem lege ſcriptum eſt maximè ab illis verbis, *ſed ſi acceperit pecuniam*, à quibus meo iudicio inchoandus eſſet §. *vlt.* vt ibi dicemus.

h *Quinimo etſi nihil tibi dedi.* Non exiſtimo poſſe defendi ſententiam huius verſiculi, nam ſi nihil tibi dederim, vt Stichum ſeruum tuum manumitteres, ſed promiſerim tamen decem, vt eum intra menſem manumitteres, & Stichus intra id tempus deceſſerit antequam manumitteretur, certum eſt nullum hîc eſſe contractum, ſiue nominatum, ſiue innominatum, nullúmque συνάλλαγμα, ſed nudi pacti iure conuentionem hanc cenſendam eſſe, quia contractibus innominatis omnibus commune illud eſt, vt à datione vel à facto ſemper incipiant, nunquam à conuentione: quod & ipſa contractuum horum nomina demonſtrant, nam cùm ſint quatuor duntaxat eorum ſumma genera, do vt des, do vt facias, facio vt des, & facio vt facias *d. l. naturalis 5. in prin. infr. de praſc. verb.* apparet nullum eſſe contractum *dabo vt facias*, id eſt, qui à promiſſione incipiat. Initium enim obligationi præbere debet traditio & implementum ex vna parte, non conuentio, *l. 1 infr. de rer. permut.* Alioqui ex parte promittentis, citra ſtipulationem & citra traditionem, nihil niſi nudum pactum eſt *l. 4 & vlt. C eod.* pactum, inquam, de dando, ex parte verò illius cui promittitur, quiq; nihil ipſe promittit, aut pactum nullum eſt, aut certè contractus ſaltem non eſt, nam & in eo contractuum nominatorum genere, qui conſenſu ſolo perficiuntur, cuioſmodi ſunt venditiones, locationes, & ſimiles: conſtat pactum de vendendo non eſſe venditionem, nec pactum de locando locationem, vt dicemus fortaſſe ad *l. vlt. inf hoc tit.* Solúmq; excipitur pactum de donando, quod pro donatione haberi voluiſſe videtur Iuſtinianus in *l. ſi quis argentum 35. §. vlt. C. de don.* licèt de pacto donationis, id eſt, de donatione per nudum pactum in præſenti facta, potius quàm de pacto in futurum donandi eam legem accipi nonnulli velint, quibus ego aſſentior. Cùm igitur contractus ita initus, *Dabo vt facias*, non poſſit referri ad contractum, *do vt facias*, nihilque habeat ſimile, quouſque ſaltem ſecuta ſit datio, quam tamen ponimus ſecutam non eſſe, neceſſe eſt vel manere conuentionem hanc in puris terminis ſimplicis conuentionis, vel vt tranſeat in contractum, ſequi implementum faciendi ex parte tua, vt prior id facias, nec pecunia mea expectata, quod vt faceres, pecuniam daturum me tibi promiſeram. Iam verò eueniente eo caſu, vt tu prior manumitteres, antequam ego pecuniam tibi dediſſem, inciperet quidem eſſe contractus innominatus, at cui nomen eſſe deberet, non *do vt facias*, ſed è cõtrario, *facio vt des*,

*vt des*, quia initio contractus inſpecto, quod à primo implemento æſtimandum eſt non à modo ineundę conuentionis, vt contra Accurſium pro Vltramontanis noſtris diſputat Bart. ad *l. naturalis* 5. §. *ſed ſi facio inf. de praeſcript. verb.* prius implementū à facto & manumiſſione, non à datione incepiſſet. Porrò ex contractu *Facio vt des* nemo vnquam dixit naſci condictionē, cùm facta non condicantur, quandoquidē id quod factum eſt, pro infecto haberi non poteſt, *l. in bello* 12. §. *facta autem res infr. de captiu. & poſtlimin.* multo minus autem libertates datæ reuocentur. Ideóque ex eo contractu non aliam, quàm de dolo actionem naſci ſcriptū eſt in *d. l. naturalis* §. *quòd ſi faciam*. Sed quonam demum caſu, ſi poſteaquam feci, inquit Paulus, ceſſas dare? Factum ergo præceſſiſſe neceſſe eſt. At nos eum caſum tractamus, quo non magis ex tua parte factū interuenerit, quàm ex parte mea datio vlla pecuniæ. Quis verò tale contractus innominati genus vnquā audiit, ex quo nullū neq; ex mea neq; ex tua parte ſecurū ſit implemētum? Sed quis præterea ſibi perſuadeat ex contractu tam ridiculo naſci poſſe actionem in gratiam & fauorem eius qui non ſolùm ex parte ſua nihildū impleuerit, ſed nec implere amplius quicquam poſſit? An non abſurdiſſimum & iniquiſſimum fuerit, cogi me pecuniam tibi dare quam nudo pacto promiſeram, vt Stichum ſeruum tuum intra menſem manumitteres, quamuis ante manumiſſionem deceſſerit, & ob id ſolùm, quod adhuc hodie ſi viueret, manumittere illum poſſes, quodque tibi nihil imputari poſſit, cur eum non manumiſeris, cùm tempora largirentur, vt manumitti intra conſtitutum tempus poſſet? An non veriſſimū eſt hoc caſu ſecūdum hanc ſententiam naſci actionem ex pacto nudo contra iuris regulas? *l. iuris gentium* 7. §. *quinimo ſupr. de pact. l. legem quam dixiſti* 10. *Cod. eod.* Aut quis vnquam dixit iuſtam cauſam eſſe dandæ tibi actionis ſolam illam, quòd imputari nihil tibi poſſit? Iuſtam quidem defenſionem & exceptionem præbere tibi ea res poſſet ſi conuenireris: ſed vt actionem quoque dare tibi debeat, vt me conuenias, & à me pecuniam exigas, quam nudo pacto me daturum promiſeram, nulla certè iuris actio permittit. Quotus enim quiſque eſt, qui ſi hoc ſufficeret, vt nihil imputari ei poſſet, non eſſet æquè habiturus contra me de qualibet re actionem? Cauſam nimirum aliquam affirmatiuam, poſitiuam, vt ita loquar, & legitimam ſemper præcedere neceſſe eſt; quæ obligationem, & actionem ex obligatione parere poſſit, non enim niſi certis & legitimis modis naſcuntur obligationes & actiones *l. 1. l. obligationum ferè* 44. §. *placet & paſſ. de obligat. & action.* inter quos ſuccurri non eſt pactum nudum, ita neque ſimplex illud abnutiuum: vt nihil tibi poſſit imputari, cùm ex propoſitione negatiua inferri nihil poſſit, ſed & finge me tibi promiſiſſe decem etiam per ſtipulationem, ſi voles ſub illa condicione, ſi intra menſem Stichū ſeruum tuum manumiſeris, quis credat dandā tibi cōtra me actionem ex ſtipulatu ad petenda decem etiāſi Stichus ante manumiſſionē dummodo intra menſem deceſſerit? An ideo pro manumiſſo habēdus eſt quod etiā hodie manumitti poſſet, ſi viueret? Imò implicant iſta cōtradictionem. Non enim poſſet hodie manumitti ſi habendus eſſet pro iam manumiſſo. Nec rurſum poteſt haberi condicio pro impleta, quin poteſtatē induceas cōſtitutionis Marci & Cōmodi ad Aufidium Victorinum, de qua in præcedentibus diximus, quæ tamen hoc caſu locum habere non poteſt, non ob id ſolum, quod nihil adhuc à me acceperis, vt ſeruum tuum manumitteres *l. ſi is qui* 4. *C. ſi mancip. ita fuer. alien. l. qui Romæ* 122. § *Flauius de verb. oblig.* ſed etiam quia non habet locum ea conſtitutio niſi poſt elapſum tempus manumiſſioni faciendæ præſtitutum, quo tamen tempore ponimus iam deceſſiſſe Stichum, nec proinde manumitti amplius poſſe, non magis per conſtitutionem quàm per te, cuius factum poteſtate conſtitutionis repræſentatur *l. vlt. Cod. ſi mancip. ita fuer. alien.* Sed neque verum eſt imputari tibi nihil poſſe, cùm potueris primo quoque die manumittere, ſi id agebas, vt conuentionem illam noſtram ita conceptam *dabo vt facias* conuerteres in cōtractum *facio vt des*, debueras enim proſpicere hoc poſſe euenire, vt Stichus ſi non ſtatim manumitteretur, ante manumiſſionem & intra menſem ipſum tamē moreretur, atque ita manumittendi eius facultas, petendorúmque decem ratio omnis tibi præriperetur *arg. l. ſi quis domum* 9. § 1. *inf. locat.* Debueras igitur feſtinare ad eum manumittendum, vt hoc ipſo me obligatum haberes ad præſtanda tibi decē, quæ ob eam cauſam, licèt nudo pacto promiſiſſem. Quòd ſi ex placito permutationis nulla actio naſci poteſt, niſi rei traditio ex alterutra parte ſecuta ſit *l. ex placito* 3. *C. de rer. permut.* ſicut neque ex placito diuiſionis *l. diuiſionis placitum* 45. *ſup. de pact.* cur potius ex hoc pacto *dabo vt facias* concederetur tibi actio priuſquam feceris, & eo tempore quo facere nihil amplius poſſis, cùm antea & citius potuiſſes? Cùm igitur hæc omnia veriſſimè diſputētur, non poſſum ferre quod lex ait, vltro tibi competere actionem *quæ ex hoc* inquit *contractu naſcitur*. Quiſnam enim obſecro hic contractus eſt? Si eum intelligis, de quo hucvſque tractatum eſt, contractus eſt *Do vt facias*; At ponimus conuentionē ita factā eſſe, *dabo vt facias* id eſt, *vt manumittas*, quæ nihil ſimile aut commune habet cum illa *Do vt facias*, nec ſpeciem vllam conſtituere poteſt contractus innominati, vt probauimus. Quòd ſi conuentionem hanc degenerare velis in contractum innominatum vel dationem, ex mea parte interuenire neceſſe eſt, vt incipiat hic eſſe cōtractus *Do vt facias* vel factum manumiſſionis ex tua parte, vt incipiat eſſe *Facio vt des*. Atqui priore caſu non poterit locus eſſe quæſtioni propoſitæ, an decem dare tibi debeam, quæ iam dederim, nec rurſus competere tibi condictio manumiſſionis & libertatis: Multo minus autem ferre illud poſſum, quòd *actionem quæ ex hoc contractu naſcitur* lex interpretatur *condictionem*, quis enim neſcit condictionē quæ naſcitur ex contractu *Do vt des* vel ex contractu *Do vt facias*, non competere, niſi vt id quod datum eſt, reddatur, at nō etiam vt quod dari fierive ab altera parte promiſſum eſt, detur fiatve. eſt enim neceſſaria in eam rem actio Præſcriptis verbis, quæ nec conceditur ad hoc præciſè, vt detur vel fiat, quod aduerſarius dare vel facere debuerit, vt contractum ex parte ſua impleret, ſed ad id quod intereſt illius qui ex parte ſua ſatisfecit, ni alter ex ſua quoque ſatisfaciat *d. l. 1. in fin. de rer. permut. d. l. naturalis* § 1. *& ſeq. de praeſcript. verb. l.* 4. 5. *&* 6. *Cod. de rer. permut.* Neque ab hac propoſitione quam interpretes omnes admittunt, excipiendi ſunt duo illi caſus, quos iidem poſt Accurſium excipiunt ex *l. ſi pecuniā* 5. §. *item ſi quis &* §. *ſed ſi acceperis*, vt ad eos locos dicemus. Quare valde ſe torquent noſtri, vt explicent quænam ſit hæc condictio, quam lex tibi dat contra me, vt ſoluam tibi decem. Alij volunt eſſe



Digitized by Google

condictionem certi generalem, quæ poſſit concurrere cum alia qualibet actione ſpeciali, per quam certum petatur ex *l. certi condictio 9. ſupr. de reb. credit.* adeóque eum actione de dolo, ſi contractus à facto incepiſſet, & eſſet contractus *Facio vt des*, vt in *l. cùm proponas 4. C. de dolo.* quaſi ſit illa genus, hæc ſpecies quæ per genus ſuum nunquam excluditur, ſed parùm ſubtiliter: nam neque certi condictio generalis vlla eſt, quæ in iudicium & exercitium deduci poſſit, vt probauimus ad *d. l. certi condictio*: neque fieri poteſt, vt cum ea concurrat actio de dolo, non magis quàm cum alia vlla actione, quæ non niſi ſubſidiaria eſt, & omnibus aliis deficientibus datur *l. 1. §. ait Prætor & paſſ. ſupr. de dolo.* ſed tanto minùs eum cõdictione certi, quod per actionem de dolo ſemper petitur incertum, cùm non detur, niſi ad id quod intereſt *l. arbitrio 18. eod.* condictio autem, quæ hîc datur, non poſſit eſſe niſi certi, quippe quæ detur ad certam quantitatem, id eſt ad pecuniam promiſſam. Ideóque nec ſibi ſatisfaciunt in hac explicatione interpretes, ſed ad aliam confugere coguntur multo ineptiorem, vt hîc condictionẽ dixerit Vlpianus pro actione Præſcriptis verbis, quæ ſcilicet ex contractibus innominatis dari ſolet, vt vel placiti fides præſtetur, vel id quod intereſt agentis, vel vt, ſi actor hoc elegerit, quod datum eſt, reſtituatur, *d. l. naturalis §. 1. & ſeq. d. l. 4. 5. & 6. C. de rer. permut.* Hoc verò quàm ridiculum ſit, nemo nõ videt: actionem enim Præſcriptis verbis à condictione prudentes noſtri perpetuò ſeparant, ſed in hoc maximè tractatu, in quo condictionis nomine nihil niſi repetitionem dati ſignificant: præſcriptis autem verbis actionem referunt ad id quod viciſſim dare vel facere debuit is qui ea lege datum accepit. Quod verò erroris huius tuendi gratia adferunt, omnes actiones perſonales poſſe dici condictiones, æquè erroneum & falſum eſt. Nec enim alias perſonales actiones appellamus condictiones, quàm per quas intendit actor, dari ſibi & dominium in ſe transferri oportere *§. appellamus Inſtit. de action. l. ſi quis inficiatus 13. §. 1. depoſ.* quod per actionem præſcriptis verbis nũquam fit, datur enim ſemper ad id quod intereſt, & obid plerunq; *incerti ciuilis* appellatur, tum verò maximè cùm datur ex contractu innominato etiam contra eum, qui alioquin obligatus eſt ad dandum, vt Accurſius quoque fatetur, nec Bartolus repugnat, *ex l. ob eam cauſam 9. infr. de præſcr. verb.* Falſum igitur eſt quod in hoc verſiculo ſcriptum eſt, ſi nihil tibi dedi, vt manumitteres, placuerat tamẽ vt darẽ, vltro tibi cõpetere actionẽ, quæ ex hoc contractu naſcitur, id eſt condictionẽ defuncto quoq; eo. Nec poſſis veram facere hãc ſententiã, etiãſi adhibeas diſtinctionem Accurſij, an diſtracturus fueras Stichũ, ſi hæc conuentio non obſtitiſſet, necne ex *d. l. ſi pecuniam 5. §. ſed vbi infr.* nam præter id quod tota illius §. diſtinctio Triboniani eſt, vt iã attigimus ad aliũ caſum, quàm ad hunc illa pertinet, nihilq; referre poteſt an Stichum diſtracturus fueris, an non, vt detur tibi actio ad pecuniã contra me, defuncto quoque ante manumiſſionẽ eo quẽ manumittere debueras, quẽ q; ſi prohibitus fueras diſtrahere, quòd eũ manumittere voles, tanto citiùs debueras manumittere, cùm poſſes, ne ante manumiſſionẽ moreretur. Satíſque eſt ſi ea diſtinctio recipi poſſit, cùm de inhibenda repetitione tractatur, vt in *d. §. ſed vbi.* Eſt igitur, ni fallor, tota hæc clauſula Triboniani, qui cùm videret æquum eſſe, vt ceſſet repetitio, ſi Stichus qui manumitti debuit, deceſſerit intra tẽpus præſtitutũ, putauit eandẽ æquitatem poſſe facere, & eo vſque porrigi, vt quemadmodũ quod ego tibi dedi, non poſſum repetere, ita & quod non dedi, poſſis à me petere, quaſi verò eiuſdẽ æquitatis ſit, vt cuius dati repetitio non eſt, eius non dati petitio ſit, quod tamen falſum eſſe oſtendimus ad *tit. de aleator.* Facilius enim eſt, vt poſſidenti detur retentio, quàm vt non poſſidenti actio *l. 1. infr. de pignor. l. ſi in area 33. infr. de condict. indeb.* Sic autem facere ſolent, qui cerebrinam iſtam, &, vt quidam facetè vocant, vertiginoſam æquitatem, cuius præcipuus dux & anteſignanus Tribonianus noſter fuit, producũt quàm latiſſimè fieri poteſt, vt veræ æquitatis prætextu negligant veram iuris rationem, & legibus impunè illudant.

3 ¶ Si liber homo, qui bona fide ſeruiebat, mihi pecuniam dederit, vt eum manumittam: & fecero, poſteà liber probatus, an mihi condicere poſſit, quæritur? Et Iulianus libro vndecimo digeſtorum ſcribit, competere manumiſſo repetitionem.

*Ad §. 3. Si liber homo.*

Rat. dub. Liber homo, qui cùm bona fide mihi ſeruiret, dedit mihi pecuniam, vt eum manumitterem, ſi à me fuerit manumiſſus, non poteſt conqueri ſe deceptum eſſe à me, aut non eſſe ſecutum ex parte mea implementum, cùm dandæ pecuniæ cauſa non alia fuerit, quàm manumiſſio, quæ verè ſecuta eſt, ſi non de iure, vt loquuntur, quia iam liber homo manumitti iure non potuit, de facto tamen, quia manumiſſio facti eſt, & condiciones quoque ipſas, quæ diſpoſitionem afficere magis ſolent, quàm afficiat modus (nec enim modus ſuſpendit diſpoſitionem, vt condicio *l. cùm ab eo 41. infr. de contr. empt.*) dicimus tamen ſufficere de facto impleri, licèt implementum illud nullum effectum iuris habeat, niſi quòd condicioni ſatisfactum eſſe creditur *leg. Mauius 59. de condit. & demonſtr. leg. heredibus 77. §. vlt. infr. ad SC. Trebell.* Ergo non poteſt hoc caſu locus eſſe repetitioni, ob rem dati, quaſi re non ſecuta. Dec. Semper in ſtipulationibus, cæteríſque contractibus ſequimur id quod actum eſt *l. ſemper in ſtipulationibus 34. de regul. iur.* Cùm autẽ pecuniam aliquis dat, vt manumittatur, non tã de actu ſolo manumittẽdi cogitat, quàm de libertate per manumiſſionẽ cõſequenda: cur enim daret pecuniã ob manumiſſionẽ, ex qua nullã ipſe vtilitatem eſſet conſecuturus? Quam porrò aliã vtilitatem ex manumiſſione cõſequi potuit, præter libertatem? Nec aliam bonæ fidei poſſeſſoris mentẽ fuiſſe dici poteſt, qui pecuniã accepit ad manumittendũ eum, quem ſeruum eſſe falsò exiſtimabat, vt in *l. cùm ancillã 6. C. hoc tit.* Atqui liber homo, licèt bona fide ſeruiat, & ſeruum ſe exiſtimet, non eo minùs tamen liber eſt, nec magis liber fieri per manumiſſionem poteſt, cùm ex iuſta ſeruitute manumiſſum quẽ eſſe oporteat, vt manumiſſio effectum aliquem habere poſſit: vnde eſt quod ſolemus dicere, natalibus & ingenuitati non officere manumiſſionem *§. vlt. Inſtit. de ingen.* Ergo cùm pecunia data eſt ab homine libero, qui ſeruum ſe putabat, vt manumitteretur, licèt poſteà manumiſſus ſit, verum tamen eſt dicere, cauſam ob

quam

quam data fuit pecunia, ſecutam non eſſe, quia nec ſequi potuit. Manumiſſio enim eſſe nulla videri poteſt vbi nulla eſt datio libertatis: effectus enim rei magis conſiderandus eſt, quàm verba *l. pen. §. docere ne quis enim qui in vocab. vt exim. l. 1. §. 1. quod quiſq. iu-ra l. debitor 59. verſ. videamus de effectu rei inſr. ad SC. Trebell.* Conſequens igitur eſt, vt hoc caſu locus ſit condictioni ob cauſam dati, cauſa non ſecuta. Cur non verò cōdictioni ſine cauſa? nulla enim videtur hîc cauſa fuiſſe dandæ pecuniæ ob libertatem, cùm nulla ſubeſſet ſeruitus: nimirum quia ab initio iuſta fuit cauſa & dandæ & accipiendæ pecuniæ ob manumiſſionem eius, qui ſeruus credebatur, cauſa tamen nec ſecuta fuit, nec ſequi potuit, quia nec libertas homini iam libero dari potuit: longéque aliud eſt dicere, cauſam nullam dandi fuiſſe, aliud verò cauſam nec ſecutam eſſe, nec ſequi potuiſſe. Difficilius illud eſt, cur non ex iuris regula bona fidei eius qui pecuniam accepit, non præſtet tantundem poſſidenti, quantum præſtaret veritas ad iohibendam repetitionem *l. bona fides 136. de regul. iur.* Sed ex eadem regula reſpondendum eſt, quia lex impedimento eſt, nec patitur, vt quod ob cauſam datū eſt, retineatur cauſa non ſecuta, non magis quàm ſi vel ſine cauſa, vel ex aliqua quidem, ſed iniuſta & turpi datum eſſet *l. 1. & tot. tit. inſr. de condict. ſin cauſ. l. perpetuo 6 in fi. tit. prox.* nec ipſa quoque ratio æquitatis hoc pateretur: omnes enim condictiones licèt ſtricti iuris ſint, naturalem tamen habent æquitatem, & ab æquitate originem ſumpſiſſe videntur *l. indebiti 15. l haec condictio 6 inf de condict. indeb l. verum quidem 25. inf. rer. amot.* Nec ſanè vnquam æquum eſt, locupletari q em ſine cauſa ex alterius damno & iactura *l. nam hoc natura 14. eod. l. iure naturæ 206. de regul. iur.* Conditionum alia ratio eſt. Sunt enim omnes facti, ideóque implendæ in forma ſpecifica *l. qui heredi 44. & d. l. Mæuius 55 de condic. & demonſtr. d. l. heredibus 77. § vlt. ad Trebell.* nec aliunde recipiunt interpretationem, quàm à voluntate teſtatoris *leg. in condicion. bus 19 l. pater Seuerianam 101. de condic. & demonſtr.* tenator autem in dubio condicionem ad factum magis quàm ad ius retuliſſe credēdus eſt, ſicut & vltima ipſa voluntas tota facti eſt *leg. voluntatis 7. C. de fideic.* Denique ſufficit non circumueniri voluntatem teſtatoris *l. ſi cui 92. de condic. & demonſtr.* non circumuenitur autem, cùm facto ipſo impletur condictio, & eo modo quo impleri poteſt ab eo cui adſcripta eſt. Quod tamen in hoc §. Vlpianus ſcribit, dandam eſſe repetitionem pecuniæ ab eo datam, qui cùm liber eſſet, ſeruus tamen putabatur, intellige cùm Accurſio, ſi non ſit ea pecunia ex peculio, quod ad ipſum bonæ fidei poſſeſſorem pertinebat. Eo namque caſu nulla poſſet eſſe repetitio ab eo, qui ſuam pecuniam accepiſſet, ſecundum diſtinctionem ab eodem Vlpiano noſtro traditam in *leg. ſi procuratorem 8. §. ſi liber homo inf. mand.* & à Scæuola in *l vlt. in princip. inf. de condict indeb.* Iunge *l. ſi liber 9. Cod. hoc tit.* Extra hunc caſum placet, quod ex hoc §. notat Bartolus, & ex *ſeq.* ſi cauſa ob quam datum eſt aliquid, ſequatur de facto tantùm, non etiam de iure competere repetitionem, nec diſtingui, an ſciens, an ignorans quis acceperit, vt ſubiicitur in §. *ſeq.* niſi quòd minorem dubitationem res habet in eo, qui non bona fide pecuniam accepit, ſed ſciens liberum eum, à quo accipit, vt ipſum manumittat: id enim non poteſt facere ſine dolo malo. Placet etiam quod addit Accurſius, nihil referre, ao nihil fiat, ao de iure non fiat, aut etiam non videri factum quod iure non eſt ex *§. prox. inf. & ex l. 5. C. ſi mancip. ita fuer. alien.*

4 ¶ Neratius etiam libris membranarum refert, Paridem pantomimum à Domitia Neronis filia decem, quæ ei pro libertate dederat, repetiſſe per iudicem: nec fuiſſe quæſitum, an Domitia ſciens liberum accepiſſet.

*Ad §. 4. Neratius.*

RAT. DVBIT. & DECID. ad hunc §. eadem eſt, quæ ad præcedentem. Eadem enim vtriuſque ſententia eſt, niſi quod hîc additur, diſtinguendum non eſſe, an is, qui tanquam à ſeruo pecuniam accepit, vt eum manumitteret, liberum ſciuerit, an ignorauerit, cum vtroque caſu eadem iuris ratio locum habeat, quia cauſa dandi non videtur ſecuta, quamuis ſecuta ſit manumiſſio, ex qua libertas nec obtigit, nec obtingere potuerit. Neque verò ſemper neceſſe eſt, meliorem eſſe condicionem ignorantis propter bonam fidem, quàm ſcientis propter dolum quem adnexum ſemper habet ſcientia, ſed ſufficit, vt nunquam melior ſit condicio ſcientis, quàm ignorantis, malæ fidei poſſeſſoris, quàm bonæ fidei *l. non ſolùm 13. ſupr. de noxal. action.* ſtulti quàm prudentis, imperiti denique quàm periti *l. 4. infrà quod vi aut clam.* Vbi ergo lex non diſtinguit, nec nos diſtinguemus, inquit Accurſius, ex *leg. 3. ſuprà de offic. Præſid. l. de precio 8. ſup. de Public. in rem act.* Quod tamen intellige, ſi diſtinguendi ratio nulla ſubſit, quomodo hîc certè nulla ſuberat.

5 ¶ Si quis, quaſi ſtatuliber, mihi decem dederit, cùm dare iuſſus non eſſet: condicere eum decem, Celſus ſcribit. Sed & ſi ſeruus, qui teſtamento heredi iuſſus erat decem dare, & liber eſſe, codicillis purè libertatem acceperit, & id ignorans, dederit heredi decem: an repetere poſſit? & refert, patrem ſuum Celſum exiſtimaſſe, repetere eum non poſſe. ſed ipſe Celſus naturali æquitate motus, putat repeti poſſe. quę ſententia verior eſt. quāquam conſtet, (vt & ipſe ait) eum, qui dedit ea ſpe, quòd ſe ab eo, qui accepit, remunerari exiſtimaret, vel amiciorem ſibi eſſe eum futurum, repetere non poſſe, opinione falſa deceptum.

*Ad §. 5. Si quis quaſi ſtatuliber.*

Superiores §§. fuerunt de pecunia ab eo data, qui ſeruus putabatur, cùm liber eſſet: hic verò §. de pecunia petinde quidem data ab homine iam facto libero, ſed qui tamen ſtatuliber credebatur. RAT. DVB. Seruus, qui teſtamento heredi decem dare, & ita liber eſſe iuſſus erat, quamuis domini ſui codicillis libertatem purè acceperit, non poteſt tamen

dicere ſecutam non eſſe cauſam, ob quã dedit pecuniam, cùm directã libertatem nactus ſit quæ data ei fuerat non minùs in teſtamẽto, quàm in codicillis, nec quicquã eius intereſſe videatur, ex qua volũtate habeat libertatẽ, dũmodò eandẽ habeat, id eſt directã, & ex eiuſdẽ domini iudicio ac liberalitate *leg. cùm ſeruus* 104. *infr. de verb. oblig.* vbi dicitur, quod difficilius eſt, etiã in libertate quæ per manumiſſionẽ danda eſt, non eſſe quærendũ à quo ſeruus manumittatur, ſed vt manumittatur. Et quãuis ſeruus hic opinione ſua deceptus ſit, cùm habuerit libertatem ex codicillis, quã putabat ſe habere ex teſtamento, nõ ſolet tamen hæc cõdictio dari, ob id ſolùm quod falſa opinione ſua quis deceptus ſit, dũ ne ab eo qui pecuniam dedit, deceptus fuerit, puta ſi dederit ea ſpe, quòd ſe ab eo qui accepit, remuneratum iri exiſtimaret, vel amiciorem eũ ſibi fore crederet: huic enim certũ eſt non dari repetitionem, nec ſi remuneratio nulla, neq; maior amicitia ſecuta ſit: ſibi namque imputet qui ſe ipſum falſa illa opinione decepit: ſufficitq; vt nihil imputare poſſis ei, qui pecuniã iuſta de cauſa, nullâq; viciſſim promiſſione facta acceperit. Quid verò imputare poſſis domino, qui hęc decem à ſeruo quaſi à ſtatulibero accepit, cùm eo ipſo teſtamẽto ex quo hereditatem adiit, cuius aditione libertas ipſa confirmata eſt, cœpitque deberi (nec enim dies libertatis ſiue directæ, ſiue fideicõmiſſariæ cedit, niſi ab adita hereditate *l. heredis aditio* 7. § *vlt.* & *l. ſeq. infr. quand. dies legat. ced. leg. vnic.* §. *libertatibus C. de caduc. tollend.*) libertatem datam videret ſub ea condicione, *ſi ſeruus ei decem daret*? An non ſatis iuſta cauſa eſt, iuſtúſq; titulus poſſidendi, ſi quid mortis cauſa acceperis? *leg. 1.* §. *ſi parendi ſupr. l. mortis cauſa capimus* 18. & *l. mortis cauſa capitur* 31. *infr. de mort. cauſ. donat.* præſertim ſi ponas ignoraſſe illum codicillos poſtea factos, & ita pecuniam à ſeruo quaſi à ſtatulibero accepiſſe bona fide: quod & in dubio præſumendum eſt: ignorare enim teſtamentum ex quo heres eſt, probabiliter certè non poteſt *leg. 1. ſupr. de edend.* at codicillos poteſt *leg. non eſt ferendus* 12. *ſupr. de tranſact.* Quamquam nec valde decipitur is, qui ſe liberum putat ex teſtamento, cùm tamen liber ſit ex codicillis: quandoquidem ſingulare illud ius eſt codicillorum teſtamento confirmatorum, vt quæcunque in iis ſcripta ſunt, perinde haberi debeant, acſi in teſtamento ſcripta eſſent, *leg. 2.* §. 1. *infr. de iur. codicill.* Ergo dicendum videtur, quod Celſus pater exiſtimabat, non poſſe ſeruum hunc repetere decem quæ dedit, neque condictione ſine cauſa, neque ea de qua in hoc tit. agitur, id eſt condictione ob cauſam dati cauſa non ſecuta. Eſtque longè diſſimilis hic caſus, qui in huius §. principio ex eodem Celſo proponitur, ſi quis quaſi ſtatuliber decem mihi dederit, cùm dare iuſſus non eſſet, at purè libertatem accepiſſet: huic enim condictionem dandam eſſe, nec Celſus ipſe pater dubitabat, nec dubitandi ratio certè vlla fuit, niſi fortè illam quis comminiſcatur, quòd perinde hic liber ſit, acſi condicionem impleuiſſet, cùm nulla fuiſſet cauſa dandorum decem gratia implendæ condicionis, quæ nulla fuerat adſcripta. Et quamuis ſufficeret cauſam illam in ſola ſtatuliberi opinione fuiſſe ad hoc, vt non videretur data pecunia ſine cauſa, fatendum tamen eſſet ſecutam cauſam non eſſe, nec ſequi potuiſſe, cùm data fuerit pecunia implendæ condicionis gratia, quæ impleri non potuit, quia nulla fuit. At in alia ſpecie in qua Celſus filius à Celſo patre diſſentit, adſcripta verè fuerat condicio dandorum decem in teſtamento, quo & directa libertas data erat, quamuis ſublata in codicillis poſteà factis, relicta ei purè libertate. Et hæc ſunt, quæ pro Celſi patris opinione tuenda diſputari contra Celſum filium meo iudicio poſſunt. Sed pro Celſo filio qui naturali æquitate motus patris opinionem in hac ſpecie reprehendit, ratio illa decidendi afferri poteſt, quod cùm libertas in teſtamento data eſt, ſub condicione dandorum decem, in codicillis verò purè obtingit ſtatim ex die aditæ hereditatis, & quidem non tam ex codicillis, in quibus purè data eſt, quàm ex teſtamento, in quo ſcripta videntur omnia, vt diximus, quæcunque in codicillis ſcribuntur, & ideo datio libertatis facta in teſtamento ſub condicione, *ſi Stichus heredi decem dederit*, nullius momenti & effectus eſſe poteſt, ad ſuſpendendam libertatem, nec proinde vllo condicionis implemento Stichus indiget, vt liber fiat, cùm ſit liber ipſo iure. Id enim eſt quod dici ſolet, in libertatibus directis non nouiſſimam ſcripturam, vt in fideicommiſſariis, & in pecuniariis legatis, ſed leuiſſimam ſpectandam eſſe, & per quam citiùs perueniat ſeruus ad libertatem *leg. 1. l. in libertatibus* 5. *leg. quod vulgo* 45. *infr. de manum. teſtam. leg. leuiſſima* 35. *leg. quod traditum* 87. & *ſeq. de condit. & demonſtr.* Citius autem & commodiùs peruenitur ad libertatem directam, ex pura datione, quàm ex condicionali. Tanto magis autem in propoſita ſpecie id dicendum eſt, quòd ſcriptura quæ puram dat libertatem, non tantùm leuiſſima, ſed etiam nouiſſima eſt, cuius proinde dubitari non debet, quin maior ratio quàm prioris & durioris habenda ſit. Nec ſimile eſt, quod obiici poſſet ex *l. ſi quis ſeruo* 46. *de manum. teſtam.* ſi quis ſeruo dederit teſtamento libertatem, & directò & per fideicommiſſum, in poteſtate ſerui eſſe vtrum velit directo, an ex fideicommiſſo ad libertatem peruenire. Poteſt enim fieri, vt valde interſit ſerui, vt heredis potiùs quàm orcinus, id eſt, defuncti libertus ſit, maximè verò ſi fideicommiſſariam libertatem meruerit purè, nulla ſcilicet adſcripta, ſiue dandi, ſiue faciendi condicione. Sed quis dicat ſimiliter poſſe eius intereſſe, vt ex condicionali potiùs, quàm ex pura libertatis datione ſit liber, præſertim ſi condicio dandi ab eo, vel faciẽdi aliquid adſcripta ſit, quam impleri ante omnia neceſſe ſit, vt libertatem conſequatur? Eſt enim hæc res ex earum genere, inter quas non cadit electio, quòd nulla inter eas ſit proportio *l. 1. infr. de reb. dub.* Quamquam etſi tam ſtultus quis eſſet, vt mallet ſub condicione dandorum decem, quàm purè libertatem accepiſſe, non poſſet tamen illa ſpecies ad hunc §. accommodari, in quo tractamus de Sticho, qui decem dederit, vt libertatem ſub ea condicione ſibi ex teſtamento datam conſequeretur, antequàm reſciret datam ſibi libertatem in codicillis purè, qui proinde condicionalem libertatem videri non poteſt elegiſſe: quique nunc manifeſtè puram eligit, cùm decem à ſe data condicit, ſiue condictione ſine cauſa, vt Ioannes credidit, quia nullam cauſam habuit dandorum decem ad obtinendam libertatem, cùm iam & ignorans & inuitus liber eſſet ipſo iure, ſiue condictione ob cauſam dati cauſa non ſecuta, quia tametſi libertatem obtinuerit, cuius obtinendæ gratia decem dedit, vt ſibi adſcriptam condicionem impleret, non tamen ex illa condicionali datione liber eſt, ſed ex pura, vt ex eo conſtat, quòd priùs etiam quàm decem daret heredi, liber fuit nec per con-

dicionis

dicionis detractæ implementum magis liber fieri potuit. Itaque quamnis ſummo iure nin videatur Celſi patris ſententia, ne condictione vlla heres teneatur, cùm nihil ex patre ſua dare vel facere debuerit, nc libertatem quidem præſtare, quæ hoc caſu à deſuncto accipitur, non ab herede, nec recuſare potuerit, quominùs oblata ſibi decem acciperet: quod etiamſi feciſſet, adhuc tamen vi condicionis expletæ libertatem nactus eſſet *§. vlt.* huius legis, vt proinde non poſſit videri heres ſtatuliberum decepiſſe, maximè ſi codicillos eo tempore ignorauit (quidni enim potuit impunè accipere, quod vt acciperet cogi poterat? *l. quod autem 6. §. apud Labeonem infr. quæ in fraud. credit.* ſumma tamen æquitas facit pro Celſo filio, vt danda ſit Sticho repetitio, cùm is nullam dandi cauſam habuerit, vt ex poſtfacto apparuit, quamuis heres habuerit accipiendi. Nec replicari poteſt, ad impediendam condictionem ſufficere, vt id quod fieri debuit factum ſit, quocunque modo ſiue à lege, ſiue ab homine *d. l. ſi pecuniam 5. §. 1. infr. l. vlt. C. ſi mancip. ita fuer. alien. d. l. cùm ſeruus 104. de verb. oblig.* Nam, vt benè obſeruat Bartolus *ad d. §. 1.* data hîc fuerat pecunia ad purificandam condicionem libertatis, quæ non niſi ſub condicione dandorum decem data credebatur: condicio autem illa non fuit purificata, neque à lege, neque ab homine, quia nec vlla reuera fuit, cùm per codicillos prior datio libertatis, quæ condicionalis fuerat, conuerſa eſſet in puram. Et aliud præterea eſt, tractare de petitione pœnæ, vt in *d. l. vlt. C. ſi mancip. ita fuer. alien.* aliud verò de repetitione datæ pecuniæ, quæ dari nullo iure debuit. Nec ſanè difficultas huius §. tam in eo poſita mihi videtur, vt ſciamus quam iuris & æquitatis rationem habeat Celſi filij ſententia, quàm in hoc, cur contraria Celſi patris opinio ſummo iure verior, & Vlpiano, & ipſi etiam filio viſa ſit, qui non niſi æquitatis ratione motus diſſentit à patre iuſtiore, certè ac tolerabiliore diſſenſione, quàm ſi filius patrem in iure erraſſe diceret, cùm rationes æquitatis, quæ à ſummi iuris ratione abhorrent facilè ſuſpectæ ſint, & eſſe debeant bono Iureconſulto quem ſtricti iuris religioſum eſſe decet, quales olim inter prudentes noſtros Scæuola & Africanus fuerunt: quamquam in his quæſtionibus quæ ſunt ex bono & æquo, cuiuſmodi eſſe diximus condictiones omnes, boni etiam & prudentis Iureconſulti eſt cauere, ne quod plerumque fit ſub authoritate iuris ſcientiæ perniciosè erretur, vt idem Celſus filius dicere ſolebat *l. ſi ſeruum 91. §. ſequitur inf. de verb. oblig.* Neque tamen valde mirandum eſſet reprehendi patrem à filio in ipſa etiam iuris ratione, cùm publicè interſit, licere cuilibet ius noſtrum quotidie in melius producere, dummodo ſit modeſta reprehenſio, nec ſine magna ratione, abſitque ſemper ab æmulatione & inuidia, non minùs quàm ab iniuria *l. potioris 5. C. de offic. rector. prouinc.* Aliud eſſet, ſi patris mores culpare, ac reprehendere filius vellet, aut patris adminiſtrationem improbare: hoc enim eſſet indecens, & contra obſeruantiam ac reuerentiam à filio patri debitam *§. ſed quod ſancitum Nouell. 22. de nupt. l. cùm oportet 6. §. non autem C. de bon. quæ liber.* niſi poneres patrem tam euidenter prodigum, & bonorum quoque filij, aut quæ ad filium peruenire quandoque deberent, tam improbum profligatorem, vt remedio magis quàm patientia, vel diſſimulatione opus eſſet, vt in ſpecie *l. vlt. C. de ſentent. paſſ. & reſtit. l. Imperator 50. infr. ad SC. Trebell.* etſi his quoque caſibus ita cum patre tractandum eſt, vt ſemper ſalua ſit reuerentia, quomodo loquuntur *Impp. in l. ſi liber 9. Cod. hoc tit.* Obſeruandum autem eſt, loqui Vlpianum in hoc §. de libertate directa, non de fideicommiſſaria: nam ſi poneres datam Sticho libertatem fideicommiſſariam in teſtamento ſub condicione, *ſi decem heredi daret*, deinde in codicillis eidem datam eſſe libertatem, æquè fideicommiſſariam, ſed purè, non putarem dandam ei condictionem, neque ob cauſam dati cauſa non ſecuta, vt contra Accurſium Bartolus diſputat, neque ſine cauſa, vt Accurſius ſentit, quia cauſa dandi fuit, vt manumitteretur Stichus, qui nec ante manumiſſionem liber fuit, nec eſſet hodie ſi manumiſſus non eſſet. Nec ad rem pertinet quòd ex fideicommiſſaria libertate pura manumitti hodie deberet, nulla etiam data pecunia: nam non quemadmodum in libertate directa, primùm ſub condicione, deinde purè data euenit, vt qui ex libertate pura iam ipſo iure liber eſt, non poſſit ex condicionali magis fieri liber, nec ſi millies impleat condicionem, ita in fideicommiſſaria perinde poteſt contingere, vt datio condicionalis per puram impediatur, cùm non magis hæc quàm illa competat ipſo iure, ſed vtraque præſtanda ſit per manumiſſionem, fieri autem nequeat, vt qui manumiſſus eſt, factúſque liber datis decem, quaſi ex libertatis fideicommiſſariæ datione condicionali, iterum magiſque fiat liber, quàm ex libertatis fideicommiſſo puro: adeò vt neque in ipſius electione eſſe poſſit, ex vtra datione libertatem fideicommiſſariam conſecutus eſſe velit, cùm non potuerit conſequi ex poſteriore libertatem, quam acceperit iam ex priore: non magis quàm permittendum ei eſt, vt pœniteat datæ pecuniæ, ad conſequendam ex datione condicionali libertatem, ſicuti nec acceptæ libertatis pœnitere illum poteſt, etiamſi ſeruus manere mallet, quia quod dici ſolet, libertatem, quæ ſemel competit, retractari & reuocari amplius nunquam poſſe, non minùs ad eum qui accepit, quàm ad eum qui dedit pertinet, cùm nec volens quiſquam ex libero ſeruus fieri poſſit *l. nec ſi volens 6. Cod. de liber. cauſ.* Et ſicuti libertas ex fideicommiſſo condicionali poſt implementum condicionis, præſtita reuocari nequit, ita neque implementum condicionis, quod libertati illi fideicommiſſariæ quæ relicta ſub condicione fuerat, cauſam dedit. Vnicum duntaxat caſum excipio, ſi heres qui accepit decem, vt Stichum manumitteret ex libertatis fideicommiſſo condicionali, iam tum ſciebat rogatum ſe purè in codicillis, vt eundem Stichum manumitteret: quo caſu non putarem equidem illi condictioni locum eſſe, ſiue ſine cauſa, ſiue ob cauſam non ſecutam, ſed cùm heres hic non careat dolo, qui libertatem quam à ſe gratis præſtari debere ſciebat, nonniſi accepta pecunia præſtare voluit, non dubito quin contra eum danda ſit actio de dolo, per quam cogatur heres ſoluere quanti actoris intererit *l. arbitrio 18. §. 1. ſupr. de dolo*, in quo ſaltem ea quantitas, quæ implendæ condicionis cauſa data fuit continebitur, quia nec minoris poteſt intereſſe *l. 1. infr. de act. empt. l. in interdicto 6. infr. Vnde vi.* Extra hunc caſum ferre non poſſum, vt pecunia data manumiſſionis cauſa reddi debeat vlla actione, ac condictione multo minùs, cui nec puto poſſe vllo caſu locum eſſe, niſi quo etiam pœnitentiæ locus eſſe poſſit: facilius ſiquidem eſt, vt in hoc negotiorum genere locum habeat pœnitentia, quam vt condictio citra pœnitentiam. *§. idem erit ſupr.* Tan-



Digitized by Google

tum abeſt, vt probare poſſim, quod contra Accurſium vult Bartolus, in fideicommiſſaria quoque libertate condictioni huic ob cauſam locum eſſe poſſe, quòd cauſa proxima dandæ pecuniæ fuerit, vt libertatis relictum purificetur, quod, inquit, non eſt ſecutum. Nam imò, inquam, ſecutum eſt, cùm, à quo inſtanti data fuit pecunia, cœperit libertas deberi purè ex teſtamento, non minùs quàm ex codicillis, quamuis priùs debita fuerit purè ex codicillis quàm ex teſtamento: non enim quæ debita eſt, competit, ſed quæ præſtita, & ideo quæ priùs fuit præſtita ex teſtamento, propter impletam condicionem deſiit eſſe debita ex codicillis: quod in directa libertate ſecus eſſe diximus, quia competit ipſo iure, nec ab herede aut debetur, aut præſtatur, ſed à defuncto ipſo præſtita eſſe intelligitur. Denique nihil eſt quod impediat, quominùs ex condicionali datione libertatis fideicommiſſariæ manumittatur poſt impletam condicionem is, qui ex alia quoque, ſed pura datione manumitti ſtatim debuit. Generale autem eſt, cùm ſæpius datur ſeruo libertas ſiue directa, ſiue fideicommiſſaria eam ſcripturam præualere, ex qua ſeruus peruenit ad libertatem *d. l. 1. de manum. teſtam.* præſertim cùm in fideicommiſſariis libertatibus non leuiſſima ſcriptura ſpectanda ſit, vt in directis, ſed nouiſſima *leg. in libertatibus 5. eod. leg. per fideicommiſſum 90. de condic. & demonſtr.* Replicabis, in propoſita ſpecie nouiſſimam ſcripturam eam fuiſſe quæ in codicillis poſt teſtamentum factis libertatem dedit purè, non autem eam quæ in teſtamento ſub condicione. Hoc verò fateor, ſed dico non potuiſſe hîc ſpectari ſcripturam nouiſſimam, quæ ignorabatur, & quæ cùm factum heredis exigeret, non potuit effectum vllum habere antequàm proferretur, & idcirco non ob id minùs præſtari libertatem fideicommiſſariam potuiſſe ex datione condicionali poſt impletam condicionem, cùm Stichus non aliter ſe ad libertatem peruenire poſſe crederet, quòd ſi ſciuit datam ſibi poſteriore ſcriptura puram libertatem æquè fideicommiſſariam, adhuc potuit, ſi tam ſtultus fuit, eligere dationem condicionalem omiſſa pura fortaſſis, vt amiciorem patronum experiretur, vt ſequitur in hoc *§.* & ſe gratiorem ei præberet, *vt in leg. cùm quidam 17. §. Diuus Pius infr. de vſur.* Nec ideo indebitam pecuniam dediſſe videri poteſt, cuius beneficio debitam ſibi libertatem conſecutus eſt, tametſi nulla etiam data pecunia eadem libertas ipſi deberetur. Ineóque errat Accurſius ſi exiſtimat, quomodo interpretatur Bartolus, ideò competere in fideicommiſſaria libertate condictionem ſine cauſa, quòd dandi cauſa fuerit iniuſta: quod certè falſiſſimum eſt. Non enim potuit iuſtior eſſe cauſa dandi quàm ob libertatem, nec accipiendi, ſi heres purè datam libertatem fideicommiſſariam ignorabat. Nec illud quoque placere poteſt, quod in libertate directa Bartolus diſtinguit, an data ſit pecunia implendæ condicionis cauſa ante aditam hereditatem, an poſt: nam cùm illa condicio adſcripta eſt, *ſi heredi decem dederit*, non magis ante aditam hereditatem quàm viuo teſtatore impleri condicio poteſt *leg. 2. leg. ſi iam facta 11. §. 1. leg. multùm 21. de condic. & demonſtr.* non ob id ſolùm, quòd libertas teſtamento data, ſiue directo, ſiue per fideicommiſſum non cedat, niſi ab adita hereditate, vt ſuprà diximus, ſed etiam quia nec poteſt videri data pecunia heredi, quæ data eſt inſtituto ante aditam hereditatem, quando nec heres eſt, niſi poſt aditionem *leg. qui heredi 44. §. vlt. & leg. ſeq. eod. tit.* Malè etiam Accurſius negat condictionem indebiti locum habere in hac ſpecie, quòd data ſit pecunia ab eo qui ſciebat ſe non eſſe obligatum ex *leg. quod quis ſciens 50. infr. de condict. indeb.* Quomodo enim ſcire poterat ſe non eſſe obligatum, cùm ignoraret codicillos, quibus purè data ei libertas fuerat, teſtamentum autem ſciret quo libertatem acceperat ſub ea condicione, *ſi decem heredi daret?* Verumtamen eſt quod ille ait, ceſſare hoc caſu etiam condictionem indebiti, perinde ac cæteras, ſed alia ratione, quoniam pecunia quæ condicionis implendæ cauſa datur, licèt indebita fuerit antequàm daretur, quia non poterat peti ab eo qui dedit, neque cogi poterat ille vt daret, vbi tamen dedit, debitam dediſſe credendus eſt, vt conſequi poſſet libertatem ſibi relictam ſub ea condicione, nec ſine titulo habet eam heres qui accepit, cùm mortis cauſa acceperit. Perinde igitur habet ius retinendæ pecuniæ, acſi ex mortis cauſa donatione accepiſſet, quia tam iuſtam retinendi cauſam præbet mortis cauſa capio, quàm mortis cauſa donatio, quæ & ipſa generali mortis cauſa capionis nomine continetur *dict. leg. mortis cauſa capimus 18. leg. 31. l. 38. de mort. cauſ. donat.* Illud verò longè minùs ferri poteſt quod idem Accurſ. addit, vindicationi nummorum poſſe hoc caſu locum eſſe, quaſi non ſint facti accipientis, ex §. *prox. ſeq.* cuius tamen longè diuerſa ſpecies & quæſtio eſt.

a *Quamquam conſtet, vt & ipſe ait.* Argumentum eſt à ſimili, quo Celſus filius putabat poſſe patris ſui ſententiam defendi, ſed quod tamen à diſſimili potiùs ſumptum eſt. Nam is equidem qui dedit aliquid ea ſpe, quòd ſe ab eo qui accepit, remuneratum iri exiſtimaret, aut amiciorem eum ſibi futurum, repetere non poteſt tanquam qui non ab eo cui dedit, ſed à ſeipſo potiùs, propter falſam ſuam opinionem deceptus fuerit, ſicut & interdum quis propter ſuam ſcientiam à ſeipſo deceptus dicitur in *leg. nam ſi actor 26. ſupr. de rei vindic.* præter id quod dignus eſt decipi, qui beneficium ideò dat vt recipiat, quemadmodum ex Seneca diximus ad *l. ſed etſi 25. §. conſuluit ſupr. de hered. petit.* Nec propoſitum in mente retentum quicquam operatur ad dandam huiuſmodi condictionem *l. ſi repetendi 7. C. hoc tit. l. ſi maiores 25. C. de tranſact.* donandíque animo talis pecunia data intelligitur, ſicuti quoties darem tibi, vt aliquid pro te faceres, quod alioqui facturus non eſſes, inquit Accurſius ex *l. ſed ſi mors 13. §. vlt. de donat. int. vir. & vxor. l. Titio centum 71. in princip. infr. de condic. & demonſtr.* niſi cùm ab vtraque parte idem tacitè actum intelligeretur, vt in *l. ſi quaſi 3. infr. de pignor. act.* Quomodo illa etiam vſura donata creditur, quam quis per longum tempus petere deſtitit, vt debitori ſuo gratior eſſet *l. cùm quidam 17. §. Diuus Pius de vſur. l. vir vſuras 54. de donat. int. vir. & vxor.* At in ea ſpecie, quæ Celſum filium à Celſo patre diſſentientem habuit, falſa quidem fuit opinio eius, qui iam liber ex pura datione libertatis pecuniam dedit, quaſi ſtatuliber, vt libertatem quam ſibi ſub ea condicione relictam putabat, nanciſceretur, ſed non niſi ab ignorantia ſua deceptus videri poteſt eáque tolerabili, quam proinde non vſque adeò damnoſam ei eſſe oportet, vt impediat condictionem naturali æquitate ita ſuadente, tametſi ſumma iuris ratio repugnaret, faceréque pro Celſo patre, vt ſuprà diſputauimus.

6 ſ Sub-

6 ¶ Subtiliùs quoque illud tractat, an ille, qui ſtatuliberum putauerit, nec fecerit nummos accipientis, quoniam heredi dedit, quaſi ipſius heredis nummos daturus, non quaſi ſuos, qui vtique ipſius fuerunt, adquiſiti ſcilicet poſt libertatem ei ex teſtamento competentem. & puto, ſi hoc animo dedit, non fieri ipſius: nam & cùm tibi nummos meos, quaſi tuos, do, non facio tuos. Quid ergo, ſi hic non heredi [a], ſed alij dedit, cui putabat ſe iuſſum dare? ſi quidem peculiares dedit, nec fecit accipientis. Si autem alius pro eo dedit, aut ipſe dedit iam liber factus, fient accipientis.

*Ad §. 6. Subtilius.*

RAT. DVB. Quamquam permiſſum eſt ſtatulibero, etiã de peculio dare implendæ condicionis cauſa, vt ſcriptum eſt in §. *ſeq.* non ideò tamen prohibetur ſtatuliber de ſuo dare, ſi quos fortè nũmos poſt libertatem ſibi ex teſtamento competẽtem acquiſierit: non enim permiſſio illa ſtatulibero data eſt in heredis iniuriam, & vt omnimodo damno adficiatur, cui alioquin fauendum potius, & in dubio parcendum eſſet *leg. Sempronius 47. de legat. 2.* ſed in fauorem ſtatuliberi quò faciliùs peruenire ad libertatem poſſit, implẽdo condicionem, quam aliter poſito iure implere fortaſſis nunquam poſſet. Ergo ſi is qui ſe ſtatuliberum putabat, cùm re vera iam liber eſſet, ex directa libertate in codicillis ei data, nummos heredi dederit implendæ cõdicionis cauſa, qui re vera ſui erant, quos tamen putabat eſſe heredis quaſi peculiares, non eo minus videri debent facti heredis, at eo magis, quòd in cæteris omnibus iuris partibus, non aliter ſolutio parere liberationem poteſt, quàm ſi quod ſoluitur, fiat accipientis *leg. ſi alieni 78. ſanct. leg. qui ſic ſoluit 55. infr. de ſolut.* Pecunia autem quæ iam accipientis eſt, non magis fieri eius poteſt *§. ſic itaque Inſtit. de action.* Ergo dicendum eſt hoc etiam caſu, ſicut & in ſpecie §. ſuperioris, vel condicendos eſſe nummos, ſecundùm Celſi filij ſententiam, non vindicandos, vel ne quidem condici poſſe ex Celſi patris opinione, tantum abeſt, vt vel vindicari poſſint ſi extent, vel condici ſi conſumpti fuerint, quæ tamen Vlpiani & Celſi filij in hoc §. ſententia eſt, vt benè Accurſius interpretatur. Augetur verò dubitatio ex eo quod vix audiendus ſit: hic qui ſuos nummos quaſi heredis eſſent, heredi dedit, ſi dicat ſe non fuiſſe daturum eos nummos ſi ſuos eſſe ſciuiſſet: quid non enim daturus fuit, & dare debuit, vt tanti momenti rem quanti libertas eſt, conſequeretur?

DEC. Cùm tibi nummos meos quaſi tuos do, non facio tuos, quia nec transferendi dominij animus in me eſt, qui ſat ſcio vel ſcire debeo rem quæ iam ſit tua, magis tuam fieri non poſſe *d. §. ſic itaque.* Et quoties de transferendo dominio agitur, concurrat oportet animus, & affectus ex vtraque parte, & eius qui dat, & eius qui accipit *leg. in omnibus rebus 55. inf. de oblig. & action.* nec enim actus poteſt operari vltra intentionem agentis *l. non omnis 19. cum præced. ſup. de reb. cred. & l. cùm fundi 31. §. ſeruum tuum,* vbi dixi *eod. tit.* Atquin is qui putabat ſe ſtatuliberum, necdum liberum eſſe non poterat, ſuſpicari alterius eſſe nummos, quos poſt competentem ſibi libertatẽ acquiſiuerat, quam heredis, quia ſciebat neceſſe ſe acquiſitionis capacem, quandiu ſeruus maneret: nec ergo potuit animum habere transferendi dominij, & conſequenter quærendum nõ eſt an condicere illos poſſit, nécne: quia omnis de condictione quæſtio tranſlationem dominij præſupponit, niſi cùm de furtiua condictione tractetur *leg. vlt. ſuprà vſufruct. quem. caueat & dict. §. ſic itaque.* Vindicatio igitur nummorum competet, ſi extent aut condictio ſi conſumpti ſint, tanquam extincto per conſumptionem dominio, quod in id vſque tempus manſerat ſoluentis. In eóque proculdubio Celſus pater cum Celſo filio conſentiret. Nemo enim errans rem ſuam amittit, *leg. ſi procurator 35 infr. de acquiren. rer. domin.* quamuis error ille, qui in dãte fuit, non impediat quominus is qui eos bona fide accepit, quaſi ſoluentis eſſent, poſſit vſucapere, vt Accurſius noſter bene notat ex *l. ſi per errorem 17. infr. de vſucap. l. Põponius 13. §. ſi iuſſu de acq. poſſ.* Quamuis malè à quibuſdam reprehẽdatur ex *l. clauſ. 74. de contr. empt.* vbi regula conſtitui videtur vt eo demum caſu traditio transferat in accipientem vſucapiendi condicionem, quo poſſet transferre dominium, ſi tradens eſſet dominus, quaſi è contrario cùm traditio ab ipſo domino facta dominium trãsferre non poteſt, nec vſucapiendi cauſam transferat. In quo certè falluntur. Abſurdiſſimum enim eſſet, eum, qui ſoluentis nummos accepit, nec tamen propter dantis errorem dominus eorum fieri potuit, ob id minus poſſe illos vſucapere, quòd fuerint tradentis, quos, ſi alterius fuiſſent, vſucapere haud dubiè poſſet *arg. l. in bello 12. §. ſi quis ſeruum infr. de capt. & poſtlim. l. ſi finita 15. §. Iulianus 16. infr. de damn. infect.* Eſt nimirum facilius, vt vſucapiendi condicio in accipientẽ trãsferatur, quàm vt dominium, tum quoque cùm traditio à domino facta eſt: nec quæ cauſa impedit tranſlationem dominij, id eſt, error facti in perſona tradentis, impediret iam vſucapionem, quæ non à voluntate domini, vt tranſlatio dominij, ſed à legis ſolius authoritate vim habet, eripítque dominium ſuum domino etiam inuito propter publicam vtilitatem, *leg. prima infrà de vſucap.* Et generaliter probandum eſt, traditionem ſiue à domino ſiue à non domino factam, quæ ex aliqua cauſa dominium transferre non poteſt, transferre tamen vſucapiendi condicionem, ſi nec eadem nec alia ratio vſucapioni obſtet.

a *Quid ergo ſi hic non heredi.* RAT. DVB. Perſequitur hîc Vlp. eandem ſpeciẽ de eo qui teſtamẽto iuſſus erat dare decẽ, ſed alij quàm heredi, & ita liber eſſe, poſtea verò in codicillis libertatem æquè directam, ſed purè, ac ſine cõdicione vlla acceperat, ac proinde qui codicillos ignorãs, nec ſe iam liberum eſſe, ſed ſtatuliberũ putãs, ei pecuniam dederit, cui dare iuſſũ ſe putabat, & cui dare reuera iuſſus erat, ſed cui tamẽ nihil debebat, propter adſcriptã purè in codicillis libertatem. Quærit ergo Vlp. an nummos fecerit accipientis, an non fecerit, non vt quærat an poſſit repetere (nec enim dubitat, quin omni caſu poſſit repetere, ſecundũ Celſi filij ſententiam)

ſed vt inueſtiget, an per vindicationẽ repetere debeat, an per condictionem: nam ſi nummi accipientis facti non ſint, competit vindicatio, ſin accipientis facti ſiot, neceſſaria eſt condictio. Diſtinguit autem, an peculiares nummos Stichus hic dederit, ao alios, vt ſi peculiares, oon fecerit illos accipientis, ideóque vindicare illos poſſit, ſi verò ooo peculiares fecerit accipientis, & idcirco indigeat condictiooe ad eos repoſcendos. Ratio dubitaodi ad primam diſtinctionis partem illa eſt, quod, etiam ex peculiaribus nummis permiſſum ſit ſeruo dare pecuniam implendæ condicionis cauſa, ad conſequẽdam libertatem, vt proximè diximus ex §. *ſequ.* Sed decideodi ratio eſt, quia in ſtatulibero tãtùm id receptum eſt, non in homine iam libero, qui nec pecunia, nec alio vllo aoxilio indiget, vt libertatem conſequatur. Atqui tractamus de Sticho iam facto libero per puram dationem libertatis in codicillis adſcriptæ, ac proinde qui io oummis peculiaribus nollum ius adminiſtrationis amplius habebat, cùm liber homo & ſui iuris effectus, peculiũ habere amplius non poſſit *l. certum* 13. *C. famil. erciſc. l. frater à fratre inf. de cond. indeb.* Ergo de eo, qui & alieoos nummos dedit, & quorum alienandorum ius nullum habuit, neque tanquam dominus, neque taoqoam ſtatuliber, cùm neutrum fuerit. Vindicãdorum igitur nummorum ius ſaluum eſt, oon Sticho, qui eorum dominus nec eſt, nec vnquam fuit, ſed heredi ad quem peculium redit, quod ſerui fuerat viuo teſtatore, ſed coonioentibus oculis, at re vera domini magis quàm ſerui, ſicut & patris magis, quàm filijfamilias *l. patri* 27. *in princ. ſupr. de minor.* At ſi nummi peculiares non fueruot, quos ſeruus alij quàm heredi dedit, aut alius eius nomioe cõdicionis implẽdæ cauſa (eſt enim hæc condicio ex earum numero, quæ per alium impleri poſſont, vnde eſt, quòd dicuntur etiam in vlumo ipſo vitæ momento impleri poſſe *l. vlt. ſupr. de condict. inſtit.*) facti erunt proculdubio accipientis, ideó que de ipſorum vindicatione tractandum non erit, ſed de condictione, vt competat ex illa æquitate, qua motum fuiſſe Celſum filium ſuprà diximus, vt contra patrem ſentiret. Dabitur autem condictio non ei qoi ſoluit, & cuius nummi fuerunt, ſed Sticho, cuius nomine ſolutũ eſt, & cui vt ſolutio proficeret agebatur. Semper enim inſpiciendum eſt, oon tam quis ſoluerit, aut cui legatum ſit, quàm cuius gratia quoties quæritur, cui actio danda ſit, *l. fideicommiſſa* 11. §. *plerunque de legat.* 3. *l. ſeruo legato* 69. §. *ſi teſtator delegat.* 1. quamuis condictione iodebiti è contrario ſolus ille teneatur, cui naturaliter ſolutum eſt, non cui ſolutio proficit *l. his ſolu* 49. *infra de condict. indeb.* quòd tamen in actione de euictiooe ſecus eſt *l. ſi ob cauſam* 13. *C. de euict.* Cæterùm ſi debitor huius pecuniæ Stichus fuiſſet, implendæ ſcilicet condicioois cauſa, quod eueniſſet, ſi oon in codicillis data ei purè libertas fuiſſet, vtique ex nummis etiam peculiaribus ſoluere bona fide potuiſſet, eorúmque dominiũ transferre ad ſe liberandum, non etiam ad obligandum alium, vt Accurſius noſter, poſt Ioannem & Azonem, hîc notat ex *leg. eius qui* 41. *verſ. quas verò ſupr. de rebus credit.* In eo ſanè reprehenditur beoè à pleriſque, quod ait, videri peculium tacitè legatum ſtatulibero, id enim falſum eſt, & in eo ſolo qui inter viuos manumittitur, ſingulari iure receptum eſt, vt peculium, ſi ei ademptum non fuerit, tacitè conceſſum intelligatur *l. vnic. C. de pecul. eius qui liber. mer.* Iunge *l. dominus teſtamento* 53. *infr. de condict. indeb.*

7 ¶ Quamquam permiſſum ſit ſtatulibero, etiam de peculio dare implendæ condicionis cauſa, ſi tamen vult heres nũmos ſaluos facere, poteſt eum vetare dare. Sic enim fiet, vt & ſtatuliber perueniat ad libertatem, quaſi impleta cõdicione, cui parere prohibitus eſt: & nũmi non peribunt, ſed is, quem teſtator accipere voluit, aduerſus heredem in factum actione agere poteſt, vt teſtatori pareatur.

*Ad §. vlt. Quamquam.*

RAT. DVB. Condicio illa ſtatulibero adſcripta *ſi decem heredi dederit*, nõ niſi heredis fauorem reſpicit, vt nõ amittat ſeruum, niſi condicione prius impleta, & amittendo ſeruum, cùm obtinget ei libertas, in vicẽ ſerui habeat ſaltem pecuniã, quam ſeruus dederit. Atqui ſi permittatur ſtatulibero implere condicionem ex nummis peculiaribus, ſiue heredi ipſi, ſiue alij dandi ſint, aut duplici damno heres afficietur, ſi in alterius, quã heredis perſona condicio implenda ſit, aut ſaltem priuabitur commodo implẽdæ condicionis, ſi non ex aliis nũmis, quàm ex peculiarib. ei ſoluatur: quod vtrumque fuerit contra voluntatem teſtatoris, adeóque contra rationem iuris, cùm abſurdum & iniquum ſit, debitorem liberari ſoluentem ſiue ex creditoris ipſius nummis, ſioe ex alieois inuito domino *leg. ſi mandauero* 22. §. *ſi mandauerim infr. mandat. l. ſi aliens* 78. *l. qui ſic* 55. *& paſſ. infr. de ſolut.* Non ergo permitti debuit ſtatulibero, etiam de peculio dare implendæ condicionis cauſa.

DEC. Multa in libris noſtris fauore libertatis, cõtra iuris rationem, recepta ſunt, ne vel impediatur libertas omnino, vel lõgior ei mora fiat *l. generaliter* 24. §. *ſi quis ſeruo infr. de fideic. hered.* §. *vlt. Inſtit. de donat.* Inter cætera hoc vnum eſt, vt ſiue heredi, ſiue alij ex peculio dare poſſit, implendæ condicionis gratia *l.* 3. *in princ. inf. de ſtatulib. l. ſi filia* 20. §. *vlt. ſupr. famil. erciſc.* ne alioqui vel nunquam, vel multo tardius ad libertatem perueoiat, ſi cùm ipſe proprium nihil habere poſſit, cogatur expectare, vt alius ingentem fortaſſis pecuniæ quãtitatem pro eo dare velit. Nec inutile tameo heredi, hoc eſſe videtur, cùm ipſi pecunia danda eſt: vt hac ſpe inuitentur ſerui ad peculia dominorum benè atque ex fide adminiſtranda, vt habeaot ſaltem vnde libertatem ſibi comparent, ſi quando merebuntur eam accipere ſub condicione dandæ certæ quantitatis. Itaque parum diſtat hæc condicio, *ſi decem heredi dederit* ab illa, quæ dationi libertatis inſeri plerumque ſolebat *ſi rationes reddiderit*, niſi quòd noſtra heredi commodior eſt, cùm rationum redditio, & reliqoorum exactio plerumque magnis facti difficultatibus implicita ſit, & fraudibus ac nequitia ſeruilis ingenij ad exiguam ſummam deducatur *leg. cùm ſeruum* 82. *de condict. & demonſtr.* illa verò condicio *ſi decem heredi dederit*, ſeruum obliget, vt à ſe ipſo rationum & redditionem & reliqua exigat, ad eam ſaltem vſque ſummam, quam heredi condicionis impleodæ cauſa dare

ſa dare

ſa dare iuſſus eſt, ſi libertatem conſequi velit. Cùm verò in alterius, quàm heredis perſona condicio implenda eſt, inuenta fuit ratio, per quam nummi ſalui ſint heredi, nec tamen impediatur libertas, aut differatur: nimirum, vt heres prohibeat ſtatulibero, ne ſoluat ex nummis peculiaribus, ita namque fit, vt non poſſit ex illis ſoluere, inuito herede, adeò vt ſi ſoluerit, verum ſit eum, qui nummos accepit, poſſidere illos pro poſſeſſore *leg. ſi inuitis aliàs leg. etiamſi inuitis 110. eod. tit. de condic. & demonſtr.* niſi cùm peculium ei prælegatum eſt, vt in *l. ſi peculium 20. §. de illo inf. de ſtatulib.* & tamen non eo minus peruenit ad libertatem, quaſi impleta cõdicione, cùm per ipſum heredem ſtet, ne impleatur, cuius incommodo cederet, ſi ex nummis etiam alienis, nedum peculiaribus impleretur *l. iure ciuili 24. de cond. & demonſtr. leg. in iure ciuili 161. de reg. iur.* propter iacturam ſerui, qui factus liber, mortuo comparatur *leg. ſi mihi 91. infr. de ſolut. leg. inter omnes 46. de furt.* Sequitur tamen apud Vlpianum, *ſed is quem teſtator accipere voluit, aduerſus heredem in factum actione agere poteſt, vt teſtatori pareatur.* Hæc verò clauſula eſt, quæ & Accurſium, & cæteros interpretes torſit ſummopere, cùm ſuperioribus aduerſari ex diametro videatur, nec poſſint videre quid profuturum ſit heredi conſilium Vlpiani, vt vetet ſtatuliberum ex peculiaribus nummis ſoluere, ſi quantum ſtatuliber volebat ex peculio conſumere, ad condicionem implendam tantundem heres actione in factum extraneo præſtare compellatur. Nam quæ ab Accurſio & aliis adferuntur interpretationes ad conquirendos caſus, in quibus conſilium hoc Vlp. vtile heredi eſſe poſſit, omnes ſunt ridiculæ: quod nec Bartolus negare poteſt, qui fatetur ingenuè conſilium hoc dari heredi de rigore, ſed de æquitate ſuccurri legatario per actionem in factum, eáque æquitate conſiderata nullum eſſe commodum heredis: ſed valde & ipſe fallitur, non in eo ſolùm quod ait, Vlpianum dare cõſilium heredi de rigore, quod inauditum eſt, cùm malum & ſtultum cõſilium, cuius effectus nullus ſperari poſſit, propter æquitatem cum rigore pugnantem, quę ſemper rigore potior eſt *l. placuit 8. C. de iudic. l. in omnibus quidem 90. de regul. iur.* ſed in hoc etiam, quod hunc in cuius perſona impleri condicio debet, vocat legatarium, cùm tamen non ſit legatarius, vt diſertè idem Vlp. noſter ſcribit in *l. ſi ſub condicione 8. in fin. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* vbi hac maximè ratione defendit edictum illud, quod æquitate potiſſimum nititur, vt aduerſus heredum calliditates defunctorum voluntatibus ſubueniatur, iiſque pareatur, ad ea quæ condicionis implendę cauſa danda ſunt minimè pertinere, quia nec iure teſtamenti & voluntatis illa capiuntur, ſed mortis tantùm cauſa *leg. Mæuius 55. de cond. & demonſtr. l. mortis cauſa capitur 31. §. ſine donatione de mort. cauſ. donat. l. in ratione 30. §. tametſi l. id autem 76. l. in quartam 91. §. vlt. ad leg. Falcid.* alioqui non in factum, ſed ex teſtamento actio huic danda eſſet, adita ex teſtamento hereditate, vt & iam olim Ioannes gloſſator apud Accurſium benè obſeruauit. Suauis verò eſt Bartolus, qui, vt hunc quoque ſcopulum effugiat, fatetur quidem illud quod ſoluendum eſt, in vim condicionis ex teſtamento non poſſe peti neque de rigore, neque de æquitate, ſed hîc æquitatem fundari ex alio, quàm ex teſtamẽto, ſcilicet quia, inquit, heres ſeruum volentem ſoluere impediuit, quaſi verò puniendus ſit heres ob id, quòd ſuo iure vſus ſit, & aliquid in eo aduerſus æquitatẽ fecerit, quod certè dici nõ poteſt, nec enim decipit, nec decipitur, qui iure communi vtitur *l. inter eos 51. §. pen. infr. de fideiuſſ. l. vlt. C. de in integr. reſtit. minor.* neque iuris executio videri poteſt habere iniuriam *l. iniuriarum 13. §. 1. inſ. de iniur. l. ſi duorum 52. de act. empt.* Cõcludendum igitur eſt poſtremum hunc verſiculum, neque rigori iuris, neque æquitati congruere, neq; cum Vlp. ſententia ſtare poſſe, ideóque totum Triboniano adſcribi debere, & cerebrinæ ipſius æquitati, cuius non aliud luculentius exemplum relinquere nobis potuit, ſi illud addas, quod nos quoq; obſeruauimus in *verſ. vlt. §. 1. ſupr.* deceptus, vt videtur, ex alio eiuſdem Vlp. loco in *d. leg. 3. §. ſed etſi iuſſum infr. de ſtatulib.* cuius tamen longè alia ſententia & ratio eſt, vt docuimus pluribus *lib. 8. Coniect. c. 7.* vnde petenda erunt cætera, ſi qua huius §. explicationi pleniori deeſſe videantur.

4. IDEM libro 39. ad Edictum.

SI quis acceptò tulerit debitori ſuo, cùm conueniret, vt expromiſſorem daret, nec ille det: poteſt dici, condici poſſe ei, qui acceptò ſit liberatus.

*Ad l. Si quis acceptò tulerit 4.*

RAT. DVB. Semel extincta obligatio nunquam reuiuiſcit *leg. qui res 98. §. aream inf. de ſolut.* Atqui per acceptilationem, nõ minus quàm per veram & naturalem ſolutionem tollitur omnis obligatio & naturalis & ciuilis, quoniam imaginaria ſolutio eſt §. 1. *Inſt. quib. mod. tollit. oblig. l. pen. inf. de ſolut. & tot. titul. de acceptilat.* Ergo ſi quis accepto tulerit debitori ſuo, vt expromiſſorem daret, id eſt, alium debitorẽ, qui pro eo ſolus obligaretur per delegationem, vt in *l. ob eam cauſam 9. infr. de præſcr. verb.* nec debitor poſtea expromiſſorem dare velit, dicendum eſt non poſſe condici ei liberationem, vt vetus obligatio reſtauretur, quomodo noſtri, poſt Accurſium, paſſim hanc legẽ interpretantur, ſed incerti actione, id eſt, præſcriptis verbis dicendum potius eſt, teneri enim debere, vt vel promiſſa præſtentur, vel condẽnatio eius quod actoris intererit, ſequatur, vt Papinianus reſpondit in *l. ob eam cauſam 9. infr. de præſcr. verb.* quæ cum hac pugnare maximè videtur. Sed & videtur dici poſſe, contractũ hunc acceptilationis factæ tibi, vt expromiſſorem dares, nõ tam eſſe contractũ, *do vt facias* quàm *facio, vt facias*, ſiquidem negari non poteſt, quin is qui acceptum fert, aliquid faciat, cùm acceptilatio ſit facti, vt & omnes actus legitimi, inter quos & acceptilatio enumeratur in *l. actus legitimi 77. de reg. iur.* in quo tamen contractuum genere certum eſt, condictiuni locum non eſſe, ſed actioni de dolo, ad id quod intereſt, quia facta nõ condicũtur *l. naturalis 5. §. quòd ſi faciã de præſcr. verb. l. actione 4. C. de tranſact.* nec actioni præſcriptis verbis, vt Papinian. voluit, cùm ſi illa competeret, vtique de dolo actio non daretur. Itaq; nec videtur poſſe defendi, quòd Vlp. hîc ſcribit, nec quod Papinian. in *d. leg. ob eam cauſam.* DEC. Nihil omnino intereſt, an det

quis pecuniam debitori ſuo per numerationem, an per acceptilationem, vtroque enim modo pecunia æquè ad debitorem perueniſſe intelligitur *leg. ſi mulier 10 infr. hoc tit.* cùm non poſſit acceptilatio vim habere ſolutionis, quin habeat etiam numerationis, ſine qua fieri vera & naturalis ſolutio pecuniæ nulla poteſt. Atqui ſi pro acceptilatione interueniſſet numeratio pecuniæ, vt debitor pro ſe expromiſſorem daret, ſiue de Titio delegando nominatim actum ſit, vt in *dict. leg. ob tam cauſam*, ſiue de quolibet expromiſſore in genere, vt in hac lege, dubitari non poſſet, quin condictioni pecuniæ locus eſſet, tanquam ob cauſam datæ, cauſa non ſecuta. Ergo & data per acceptilationem liberatione, idem dicendum eſt, vt condictioni locus ſit, non liberationis, ſed pecuniæ: atque ita diſertè ſcriptum eſt in *dict. leg. ſi mulier.* ſecundùm quam malo hanc intelligere, quàm cum Accurſio, & Bartolo, de condictione liberationis: cùm liberatio ab obligatione, quamuis iuris ſit, non facti, non magis tamen condici poſſit, quàm factum, id eſt quàm acceptilatio ipſa, quæ facti eſt, & quæ ideò pro infecta haberi non poteſt. In omnibus enim iuribus generale illud eſt, vt cùm ſemel amiſſa ſunt, nullus ad ea regreſſus detur, nec ſi dolo aduerſarij amiſſa ſint, ita vt ad actionem, vel ad replicationem de dolo hoc caſu confugiendum neceſſariò ſit *leg. quæritur 14. §. ſi venditor infr. de ædilit. edict.* Aut ſi quando æquum ſit amiſſa iura reſtitui, & reſuſcitari, eodem facto nouo opus eſt ad ea reſtituenda, quo inducta priùs & inducenda fuerunt, vt in *leg. metum 9. §. ex hoc edicto ſupr. Quod met. cauſ.* vbi dicitur, ea illa parte edicti de reſtitutionibus in integrum, quæ eſt de eo quod metus cauſa factum ſit, faciendam eſſe in integrum reſtitutionem officio iudicis, id eſt, vt ſi per vim res tradita ſit, retradatur, & ſi acceptilatione liberatio interuenerit, reſtauretur in priſtinum ſtatum obligatio, per nouam promiſſionem, ex qua iudicium accipi poſſit, quomodo poſſet ex vetere, ſi ſupereſſet. Ita enim fit, vt non contra iuris regulam extincta obligatio reuiuiſcat, nec parta liberatio tollatur, quod iure fieri nullomodo poteſt, ſed in locum veteris peremptæ noua obligatio inducatur, quæ ideo reſtitutoria dicitur, & vtilis non directa, qualis prior erat *leg. quamuis 8. §. ſi conuenerit & ſeqq. infr. ad SC. Vellean.* & quæ cum condictione concurrere nunquam poteſt *dict. §. ſi conuenerit.* Neque id in actione quod metus cauſa, mirum videri debet, cùm ſit in integrum reſtitutio, cuius proprium ius eſt, vt omnia in integrum reponat *leg. quid ſi minor 24. §. reſtitutio ſupr. de minor.* quid enim aliud reſtitutio eſt, quàm redintegrandæ rei, vel cauſæ actio? vt Paulus in ſententiis definit. At condictio ob cauſam dati, cauſa non ſecuta, non in id competit, vt in ſuum ſtatum res reponatur, ſed vt illud ipſum, quod datum eſt, repetatur. Data porrò liberatione, quid aliud datum videri poteſt, niſi ea ipſa pecunia quæ debebatur? Pecunia ergo condicenda eſt, non acceptilatio ipſa, non liberatio: nam & longè aliud eſt, liberationem ſolam obligationis ad aliquem perueniſſe, aliud verò rem ipſam, quæ debebatur, perueniſſe. Pendet autem hæc diſtinctio ex eo, an is qui liberatus eſt, rem illam penes ſe habuerit, an non: nam ſi non habuit, ſola obligationis liberatio ad eum perueniſſe intelligitur, ſi verò habuit, etiam res ipſa cum liberatione perueniſſe credenda eſt, vt eleganter Celſus tractat in *l. ſi ſponſalibus 58. §. 1. infr. de iur. dot.* Atqui diſtinctio hæc non cadit in debitorem pecunię, ſed tantùm in debitorem ſpeciei, de quo in *dict. §. 1.* nam pecuniæ debitor fieri non poteſt, vt non ipſam pecuniam penes ſe habere videatur, cùm ea recipiat functionem in ſuo genere, neque vnquam pereat, nec ſi omnes debitoris facultates ad peram vſque & ſacculum incendio abſumptæ ſint *l. incendium 11. C. ſi cert. petat.* Quiſquis igitur acceptam fieri debitori ſuo pecuniam, non ſolam liberationem obligationis, ſed & pecuniam ipſam, quæ debebatur ei, dediſſe intelligitur. Proinde cùm in condictionem quamlibet illud ipſum duntaxat quod datum fuit, nec aliud quicquam venire debeat, conſequens omnino eſt, vt in ſpecie huius legis condictio danda ſit non liberationis, ſed pecuniæ, vtque cõtractus hic licèt per acceptilationẽ fiat, quæ facti eſt, non tamẽ cenſeri debeat contractus *Facio vt des*, aut *Facio vt facias*, ſed contractus *Do vt facias*, cùm conuenit, vt pro pecunia quã mihi debebas, expromiſſorẽ dares, quod facti eſt, aut do vt des, ſi conueniſſet, vt pro expromiſſore fundum dares, aut aliam quamlibet ſpeciẽ. Quare nec tractandum hîc quicquam eſt de actione de dolo, quæ ſola competit ex contractu *Facio vt des*, ſicuti diximus, ſed cum de contractu illo agamus *do vt facias*, ex quo duplex actio naſcitur, & ciuilis incerti præſcriptis verbis ad id quod agẽtis intereſt, ſi non fiat, quod fieri placuit, & condictio ob cauſam dati cauſa non ſecuta, vt ſcriptum eſt in *d. l. naturalis §. at cùm do, de præſcr. verb.* apparet vtrumque veriſſimum eſſe, & quod Vlp. hîc ſcribit ei qui acceptò tulit, vt haberet expromiſſorem, dandam eſſe condictionem, de qua in hoc tit. videlicet pecuniæ quæ debebatur, non autem liberationis, & quod Papinianus in *d. l. ob eam cauſam*, eidem competere incerti actionem, vt officio iudicis non vetus obligatio reſtauretur, ſed vt promiſſa præſtetur, aut cõdẽnatio ſequatur, quanti intererit agentis, nec Vlp. cum Papiniano pugnare, cùm vtraq; actio locũ habere poſſit, licèt alteriutrius electione altera tollatur *l. 4. 5. & 6. C. de rer. permut.* Proinde nil neceſſe eſt, vt ad eos conciliandos dicamus cum Bartulo ad *d. l. ob eam cauſam*, obligationem primam non reſtaurari quidem per actionem præſcriptis verbis, ſed reſtaurari tamen per condictionem ob cauſam dati, niſi cùm actio talis eſt, quę reſtaurari non poſſit, vt querela inofficioſi de qua in *leg. cùm mota 6. C. de tranſact.* aut alia actio ex delicto ex *l. ſi tibi 17. §. 1. l. ſi vnus 27. §. pactus ne peteret ſupr. de pact.* quaſi ea ſit Vlp. ſententia in hac lege, vbi nullum tamen verbum de obligatione vetere reſtauranda. Nec rurſus cũ Accurſio diſtinguere oportet, an obligatio quæ per acceptilationẽ ſublata eſt, pura fuerit & liquida, an in diẽ, aut cõdicionalis, aut dubia, vt his poſterioribus caſib. cõdictio detur liberationis ſolius ad reſtaurandam veterem obligationẽ, nõ pecuniæ, priore verò danda ſit pecuniæ ipſius rectà, non ſolius liberationis ex *d. l. ſi mulier 10. infr. hoc tit. iunct. l. ait prætor 10. § ſi condicionalis antepen. infr. quæ in fraud. credit.* Etſi enim fateor, non poſſe hac cõdictione ſtatim condici pecuniam accepto latam, quæ ante acceptilationem non purè, ſed in diem vel ſub condicione debebatur, ne alioqui plus repetatur quàm datum ſit, quod abſurdum eſt, non eo magis tamen neceſſaria eſt hoc caſu reſtauratio veteris obligationis, ſed danda eſt cõdictio pecuniæ ſua die, ſi in diem debebatur, aut eueniente demum condicione ſi ſub condicione, denique ſub iiſdem exceptionibus, quæ priori actioni obiici poterant, in cuius locum videtur hæc

con-

condictio ſubſtituta *arg. d. §. ſi condicionalis*. vbi agitur quidem de reſtauranda obligatione vetere, quæ fuerat extincta in fraudem creditorum, ſiue per acceptilationem, ſiue alio quouis modo, quia per Paulianam id agit Prætor vt reſcindat, & pro nō facto habeat, quicquid in creditorum fraudem alienatū & geſtum eſt, ne quid plus minúſve conſequantur creditores miſſi ex edicto in poſſeſſionem vniuerſorum bonorum debitoris, quàm ſi nihil in fraudē alienatum eſſet *§. item ſi quis Inſt. de act.* Sed neque in condictione ob cauſam dati cauſa non ſecuta, neq; in actione præſcriptis verbis tale quicquam tractari poteſt, quia per huiuſmodi actiones non reſcinditur quod factum eſt, ſed eo manente facto aliter cōſulitur ei qui deceptus eſt, ne in damno moretur data illi electione, vtrum malit cōdicere quod dedit, an agere præſcriptis verbis, vt vel fiat quod placuit, vel quanti actoris intereſt, ei præſtetur. Illa tā-tùm dubitatio ſupereſt, quam Accurſius mouet, cur neceſſaria videri poſſit aut condictio, aut incerti actio præſcriptis verbis, cùm expeditius videatur dicere acceptilationem valere, quaſi tacitè factam ſub condicione illa tacita, ſi cauſa ſequetur propter quā acceptilatio facta eſt ex *l. licet 43. in princip. infr. de iur. dot.* vbi idem Vlp. noſter ſcribit, licèt ſoleat dos per acceptilationem conſtitui, tamen ſi ante matrimonium acceptilatio facta ſit, nec nuptiæ ſecutæ, placuiſſe Scæuolæ matrimonij cauſa acceptilationem interpoſitam non ſecutis nuptiis nullam eſſe, atque ideo ſuo loco manere acceptilationem: nam ſi in acceptilatione pura id obtinet, quanto magis in ea quæ tibi facta ſit ea lege & condicione, vt aliquid des vel facias? Sed benè reſpōdet Accurſius ſpeciale id eſſe in acceptilatione facta ex cauſa dotis cōſtituendæ, propterea quòd omnis ſtipulatio, & cōſtitutio dotis, quantumlibet pura, tacitam illam cōdicionem habet, ſi nuptiæ ſequantur *l. ſtipulationem 21. & ſeq. eo. tit.* nec minùs acceptilatio quā alia quælibet pactio, licèt dici ſoleat, quod & veriſſimū eſt; acceptilationem tanquam actum legitimum neque diem recipere neq. condicionem *dict. l. actus legitimi 77. de reg. iur. l. acceptilatio 4. inf. de acceptilat.* quia hæc condicio tacitè & neceſſariò ineſt ex natura actus, cùm non poſſit eſſe dos ſine matrimonio, quamuis poſſit matrimonium eſſe ſine dote *l. 3. de iur. dot. d. l. ſi ſponſalibus 58. in princ. eod. l. quod Seruus 8. & ſeq. infr. hoc tit. l. vlt. inf. de cond. ct. ſin. cauſ.* Ideóque non facit hæc condicio, quamuis expreſſa inutilem acceptilationem, adeóque quod magis mirum videri poſſit, nec condicionalem *arg. l. aliquando 107. de cond. & demōſt.* quamuis non ſit nouum, vt ſecūdum iuris regulam expreſſa noceant, quæ non expreſſa non nocerent *l. nonnumquam 52. eod. l. ſi ita legatum 65. §. illi ſi volet de legat. 1.* At extra hunc caſum, aut ſi quis alius ſimilis eſt, acceptilatio nec tacitam nec expreſſam condicionē recipit, illa præſertim de qua tractamus, quia non eſt ex natura liberationis & acceptilationis interpoſitæ ad liberādum debitorem, vt ſequi debeat datio expromiſſoris, vel quid ſimile: & idcirco nec dubitandum eſt, quin inutilis eſſet facta debitori acceptilatio ſub ea condicione, *ſi pro ſe expromiſſorem daret*, quia ſuſpenderet vim & poteſtatem acceptilationis, quæ ſuſpendi nulla arte poteſt, non magis quàm alius quilibet actus legitimus, quia lex nihil vnquam facit in diem vel ſub condicione, ſed purè omnia ſicut & natura quam in omnibus lex quantum poteſt imitatur. Illa tantùm ſuſpenſio in acceptilatione locum habere poteſt, ſi quod in diem, vel ſub condicione debebatur, deductum ſit in ſtipulationem. Ex natura enim actus ſit, vt diem vel condicionem expectari neceſſe ſit priuſquam acceptilatio effectum habere poſſit *l. quod in diem 12. de accepil.* Ceterùm quod diximus ex Scæuola & Vlpiano in *d. l. licet* nullam eſſe acceptilationem factam dotis conſtituendæ gratia, ſi nuptiæ nō ſint ſecutæ, ita accipiendum eſt, ſi mulier nullam eſſe velit: nam ſi eam adprobet, malitq; pecuniam condicere, quòd citra acceptilationis adprobationem fieri non poteſt, vtique condictionem pecuniæ habebit *dict. l. ſi mulier. 10. infr. hoc tit.* quæ cum *d. l. licèt* ſic concilianda eſt, *argum l. 3. §. falſus procurator infr. rat. rem. haber.* non quomodo conciliatur à Bartolo in *d. l. ſi mulier*, vt in eius legis ſpecie id actum expreſſim fuerit, ne acceptilatio tacitam condicionem illam haberet, ſi nuptiæ ſequerētur, quod certè nulla pactione fieri poteſt, non magis quàm vt dos ſit ſine matrimonio *d. l. 3. d. leg. ſi ſponſalibus 58. in princip. leg. ſi pater 76 in fin. de iur. dot.*

5. IDEM libro 2. Diſputationum.

SI pecuniam ideo acceperis, vt Capuam eas, deinde parato tibi ad proficiſcendū condicio temporis vel valetudinis, impedimento fuerit, quominus proficiſcereris: an condici poſſit, videndum. & cùm per te non ſteterit, poteſt dici, repetitionē ceſſare. ſed cùm liceat pœnitere [a] ei, qui dedit: proculdubio repetetur id, quod datum eſt [b]: niſi forte tua intereſt, non accepiſſe te ob hanc cauſam pecuniam, nam ſi ita res ſe habeat, vt, licèt nondum profectus ſis, ita tamen rem compoſueris: vt neceſſe habeas proficiſci, vel ſumptus, qui neceſſarij fuerunt ad profectionem, iam feciſti, vt manifeſtum ſit, plus forte quàm accepiſti, te erogaſſe: condictio ceſſabit. ſed, ſi minus erogatum ſit, condictio locum habebit, ita tamen, vt indemnitas tibi præſtetur eius, quod expendiſti.

*Ad l. Si pecuniam 5.*

a RAT. DVB. & DEC. in textu poſitæ ſunt. nam ratio dubitandi propter quam videbatur non eſſe locus condictioni, illa erat, quòd per te non ſteterit, quominus pro me Capuam eas. Ponimus. n. poſt datam à me tibi pecuniam, vt pro me Capuam ires, parato iam tibi ad proficiſcendum condicionem tēporis, vel valetudinis impedimento fuiſſe, quominus proficiſcereris. Ergo cū vi maiore impeditus fueris, nihilque tibi poſſit imputari, vt & in *l. 2. § ſi quis iudicio & ſeqq. §. vis fluminis ſupr. ſi quis caution.* conſequens videtur vt ne poſſim tibi condicere pecuniam, quam dedi, ſaltem condictione ob cauſam dati, cauſa nō ſecuta, de qua hîc agimus, cùm huic cōdictioni non quælibet ceſſatio viam aperiat, ſed ea demum quæ culpā adnexā habeat l. 3. §. 1. vbi dixi *ſupr.* Et ita ſanè eſt, non poteſt in hoc caſu condictio habere locum illa de cauſa, quod in implēda ea re quā promiſeras ceſſaueris. Sed ratio decidendi, propter quam con-

cludit Vlp. poſſe me pecuniã repetere, illa eſt, quòd in hoc genere contractuum liceat ei pœnitere, qui dedit, quandiu is qui accepit, non impleuit ex ſua parte *d.l.3. §.1. ſupr.* pœnitentia n. reb. omnibus integris locum facit huic condictioni, non inſpecto eo an per eum qui accepit, ſteterit quominus impleret, an non ſteterit, dũmodo non impleuerit: in eóque cõmodius eſt pœnitere, quàm condicere quaſi cauſa non ſecuta, non ſolum quòd plura ſoleant incidere & emergere, ex quib. dubitari poſſit, an per eum qui accepit, ſteterit quominus ea parte ſua impleret, aut an impleuerit, quib. tamen difficultatib. pœnitentia reb. integris ſecuta locum nullũ relinquit, ſed etiam quia quiſquis agit condictione iſta ob cauſam nõ ſecutam, electionẽ relinquit aduerſario, an contractum implere malit, non minus quã qui agit, præſcriptis verbis *l. 4. 5. & 6. C. de rer. permut.* quia ſcilicet contractum ratum manere vult ex quo agit, cùm ex eo contractu nõ minus condictio quã actio præſcriptis verbis naſcatur *l. naturalis 5. §. 1. & § at cùm do inf. de præſcr. verb.* Quã tamen electionem non relinquit ille qui condicit ex pœnitentia, ſecũ namque pugnaret, ſi ex eo contractu ageret: cuius ipſum pœniteret: etſi pro hoc cõmodo ſentit illud incommodum, quòd per hãc actionem nihil aliud repetere, aut conſequi poteſt, quam illud ipſum quod dedit, nõ etiam ſi quid præterea eius interſit: quia non poteſt id quod intereſt peti niſi actione præſcriptis verbis, quæ idcirco incerti actio dicitur à Papiniano in *l. ob eam cauſam 9. & in l. ſi dominus 8. iunct. l. inſulam 6. eod. ill. tit.* & alibi ſæpe.

a *Sed cùm liceat pœnitere.* RAT. OVA. Contractus omnes ab initio ſunt voluntatis, ex poſtfacto neceſſitatis *l. ſicut 5. de oblig. & act. l. in commodato 17. §. ſicut inf. commodat.* Cõtractus autem innominati perinde contractus ſunt, & dicũtur *συναλλάγματα*, atque ij qui nomen ſpeciale ac proprium habent *leg. 3. §. 1. in fin. l. vlt. inf. hoc tit. l. iuris gentium 7. §. 1. ſupr. de pact.* Ergo nec in iis locus eſt pœnitentię, ne quidẽ ex parte illius, qui dedit, cùm imputare ſibi debeat, cur dederit ei qui nihil dum facere aut dare vellet, aut ſaltem cur non ab eo ſtipulatus ſit, vt in *d. l. ſi dominus 8. de præſcr. verb.* DEC. Differẽtia hac parte conſtituẽda eſt inter contractus nominatos & innominatos ob eas rationes diſſimilitudinis quas attulimus ad *l. 5. §. ſed ſi tibi dedero ſupr. hoc tit.* Nam quæ ab Accurſio & Bartolo adferuntur, quis probare eas poſſit? Ait Accurſius, contractus iſtos innominatos debiles eſſe in contrahẽda obligatione, ideò vt addit Bartol, quia conſenſu non contrahuntur ex *l. iuris gentium 7. in princ. ſup. de pact.* ac proinde eſſe etiam debiles in ea retinenda. Ego verò debiles eos eſſe nego in contrahẽda obligatione, cùm ex iis obligetur is qui accipit, aut qui aliquid ſibi fieri patitur, vt viciſſim faciat quod promiſit, adeò vt nec pœnitere poſſit, nec recuſare quominus incerti actione præſcriptis verbis conueniatur ad id quod intereſt, ſi promiſſa non impleat, vel ſaltem actione de dolo *d. l. naturalis 5. §. 1. & ſeqq. de præſcr. verb.* nam ex parte illius qui dedit, nõ poteſt videri contractus eſſe debilis, cùm id agatur ne ipſe obligetur: ad quid enim obligetur is, qui contractum ex parte ſua implet, prius etiam quam aliquid promiſerit? Nego in his contractibus conſenſum non interuenire, alioqui dominium ex iis transferri non poſſet, *l. in omnibus rebus 55. de oblig. & act.* Nego debiliores eſſe contractus, qui conſenſu non contrahuntur, an non. n. pleriq; re, alij verbis, alij literis contrahuntur, qui ſunt validiſſimi, & qui nullum admittunt locum pœnitẽtiæ? Nego deniq; eſſe debiles in obligatione retinẽda, cũ ex parte illius qui accepit, & qui ſolus obligatus eſt, nullus ſit pœnitentiæ locus: Nã de obligatione retinenda illius qui ex parte ſua impleuit, fruſtra tractare velis, cùm, vt diximus, nec ſit nec fuerit vnquã obligatus. Bartol. verò, vt Accurſio ſubtilior videatur, ait cõtractus innominatos, antequã compleantur non producere obligationẽ ciuilẽ, & neutrũ ex contrahentib. ciuiliter obligari ex *l. ex placito 3. C. de rer. permut.* ſed parũ ſubtiliter, nã cùm iſti cõtractus initiũ ſumãt ab implemẽto *l. 1. inf. eo. ill. tit. de rer. permut.* non poſſunt habere nomẽ cõtractus, at ne q. vllius obligationis ſiue naturalis, ſiue ciuilis, antequã implementũ ſaltẽ ex vna parte ſecutũ ſit, quo tamẽ ex vna tãtũ parte ſecuto, nec dubitat Bart. quin alius etiam ciuiliter obligetur, non quidẽ ad implendũ præcisè ꝙ promiſit, ſed vt ni impleat, præſtet, quanti intereſt eius, qui impleuit, ſi nõ malit, qui impleuit rem cõdicere, quoties talis eſt, vt cõdici poſſit *l. 4. 5. & 6. C. de rer permu. d. l. 5. §. 1. & 2. de præſcr. verb.* Quod ſi placitũ aliquod præceſſerit, quomodo in permutatione vt pręcedat neceſſe eſt, nõ etiã in cæteris cõtractib. innominatis *d. l. 3. & 4. C. de rer. permut.* nondũ tamen cõtractus eſt ne quidẽ inchoatus, ſed nudũ pactũ, ac proinde inefficax ad producẽdã ciuilẽ obligationẽ, quæ ex pacto nudo ſi pacta legitima excipias, quæ tamẽ nõ ſunt nuda, naſci nunquã poteſt: adeò vt neque naturalis vlla obligatio ex eo pacto naſci poſſit ad impediẽdã dati cõdictionẽ, ex parte eius qui non vult implere, cũ iure naturæ iniquũ ſit, vt ex eius qui impleuit, iactura locupletetur *l. nã hoc natura 14. inf. de cond. indeb. l. iure natura 206. de regu. iur.* naturalis. n. obligatio illa eſt, quę ſolius naturalis æquitatis vinculo ſuſtinetur *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de ſolu.* Vnde eſt ꝙ etiã in cõtractu permutationis, ſi is qui accepit, nolit ex parte ſua rẽ tradere, condictioni locus eſt, quaſi re non ſecuta, nec pręcedẽs placitũ permutãdi impedit repetitionẽ *d. l. 1. §. vlt. de rer. permut. inf.* Quod verò pro ſecũda ratione addit Bartol. quoties obligatio debet impleri interuẽtu rei, licerę parti pœnitere, & rẽ nõ accipere ex *l. qui pecuniã 30. ſup. de reb. cred. l. pen. inf. quæ res pignor. oblig poſſ. l. 1. & l. potior 11. qui potior. in pignor. hab.* minus certè ad rẽ pertinet; id. n. tũ verè dicitur, cùm cõtractus neutra ex parte adhuc impletus eſt, cui interuentus rei præbere initiũ debet, quemadmodum ſi poſt initũ pactum permutationis inter nos recuſarẽ accipere rẽ, quã tu velles mihi dare, cùm nulla ſtipulatio interueniſſet. At nos de eo contractu agimus, qui iam ſit impletus ex vna parte, ac proinde ex quo is qui accepit, cœperit eſſe obligatus, ad implendum ex ſua quoq. parte, & quęrimus, cur ei qui impleuit liceat pœnitere, cũ voluntatẽ ſuã nõ minus declarauerit implendo ex ſua parte, quã ſi implente aduerſario aliquid ab eo accepiſſet. Deinde ratio hæc poſterior Bartoli, ſi vera eſſet, probaret locũ eſſe pœnitentię ex parte illius qui dedit, etiãſi paratus eſſet aduerſarius ex parte ſua implere ante pœnitẽtiã, quod tamen nõ ita eſt: ſera nãq. eſt pœnitentia, à quo inſtanti paratus eſt implere ex ſua parte is, qui accepit: cũ exinde res nõ ſit amplius integra, ſed cõtractus pro impleto ex vtraq; parte haberi debeat: quo caſu nemo diceret pœnitentiæ locũ aliquẽ ſupereſſe, *arg. l. ſi reus paratus 73. ſupr. de procurat.* ſicut nec cõdictio ob cauſam dati cauſa nõ ſecuta locũ aliter habere poteſt, quàm ſi conſtet nolle aduerſariũ ex parte ſua implere *d. l. 1. §. vlt. inf. de rer. permut.* quãuis

nuda

nuda implendi voluntas non ſufficiat, ſi non ſtatim implemẽtum ſequatur, alioqui non eſt paratus implere, qui nec ſi velit implere ſtatim poſſit, vt ſcripſimus ad *l. ſi debitori* 21. *ſup. de iud.* Vera igitur totius iuris huius ratio illa eſt, quam attulimus ad *d. l.* 3. §. 2. *ſup. tit.* quod contractus innominati, cum ab implemento pendeant, & ex eo æſtimentur, non poſſunt perfecti eſſe ante ſecutum ex vtraque parte implementum, ſed tantum ex parte illius qui impleuit, vt aduerſarium ſuum habeat ſibi obligatum, nec ipſe tamen ſit obligatus ei, qui neque adhuc impleuit, neque implere paratus eſt: nemo enim dando ſe obligat, ſed eum qui accipit, niſi cùm donat: donatio enim contractus nominatus eſt, vt interpretes omnes conſentiunt, nec is qui donat id agit, vt accipientem obliget, ſed tantùm, vt rei ſuæ dominium irreuocabiliter transferat in accipientem, niſi cùm certa lege & conditione donatio facta eſt, quo caſu & condictio, & actio præſcriptis verbis donatori datur *l. velles necne* 6. *& paſſ. C. de reuoc. don. l.* 1. *C. de do. quæ ſub mod. l. vlt. C. de rer. permut.* Planè in contractibus nominatis locum non eſſe pœnitentiæ conſtat inter omnes ex *d. l. ficus* 5. *C. de oblig. & act. l. in commo.* 17. §. *ſicut inf. com.* in iis ſc. qui ſunt vltro citróq; obligatorij æquè principaliter, cuiuſmodi ſunt contractus venditionũ, locationũ, dotium, ſocietatis & alij ſi qui ſunt ſimiles: item illi qui vnica datione, & dominij translatione contenti ſunt, vt contractus mutui & donationis, aut generaliua qui ita fiunt, vt vnus tantùm ex contrahentibus obligetur vt in ſtipulatione, quæ vbi certam legem habuit, immutari poſtea alterius arbitrio non poteſt *leg. vero procuratori* 12. §. *pen. inf. de ſolut.* Cæterum ſi depoſuerim penes te aliquid, vt vel poſt mortem tuam, vel poſt meam mihi reddatur, nemo dubitat, quin mutare voluntatem poſſim, & ſtatim depoſitum repetere *l.* 1. §. *pen. inf. depoſ.* nempe quia depoſitum fit tantùm gratia deponentis, non etiam depoſitarij, nec quicquam intereſt depoſitarij, quando depoſitum repetatur, nec is, qui depoſuit, hoc ipſo obligatur depoſitario, etſi enim ex depoſito duæ actiones depoſiti naſcuntur, directa vna, & contraria altera, non tamen naſcitur contraria æquè principaliter & ab initio, ſed ita demum, ſi quid ad rem depoſitam cuſtodiẽdam & conſeruandam depoſitarius de ſuo impenderit, quo certè caſu, ſi depoſitum & contractum reuocare vellet is qui depoſuit, non præſtita prius depoſitario indemnitate, & ex ſola pœnitentia non poſſet, quia iam cœpiſſet intereſſe depoſitarij *l. ei apud quẽ* 5. *eod. tit.* Idem in mandato iuris eſt ſi mãdantis tantùm gratia interpoſitum ſit, reuocari enim poteſt ſola mandantis voluntate, dummodo rebus omnibus integris, id eſt, dum ne cœperit mandatarij intereſſe §. *rectè inſtit. de mandat.* At non eadem ſocietatis ratio eſt, licèt Accurſius hunc contractum ſuperioribus æquiparet: etſi enim non prohibetur ſocius etiam inuito ſocio renunciare ſocietati, nullo quoque pacto de ea re interpoſito *l. ſed & ſocius* 17. §. *vlt. inf. pro ſocio*, ipſa tamen intempeſtiua renunciatio ſocietatis venit in æſtimationem, vt ibidem ſcriptum eſt, ne quia putet eſſe illam impunitam, & ex ſola pœnitentia liberam renuntianti: quanquam dici etiam poteſt, contractum ſocietatis non eſſe perpetuum, ſed ſui natura temporalem, cùm nulla in æternum ſocietatis coitio ſit *l.* 1. *l. nulla* 70. *eod. tit.* nec id ſine ſummatatione, propter diſcordias, quas materia communionis etiam inter amiciſſimos quoſque excitare ſolet *l. cùm pater* 77. §. *dulciſſimis de leg.* 2. *l. iure communi* 26. *vrban. præd.* quod & in contractu pignoris iuris eſt, vt ſcilicet non perpetuus ſit, ſed temporalis *l. ſi rem* 9. §. *omnis pecunia de pign. act. l. quandiu* 6. *C. de diſt. pignor.* Itaque ſi ſubtilius intueamur, non tanta differentia eſt inter contractus nominatos & innominatos quantam interpretes volunt: omnibus enim commune illud eſt in vniuerſum, vt ex parte eius qui obligatus eſt, nunquam ſit locus pœnitentiæ, cùm obligatio nulla ſit, quæ non ſoluendi neceſſitatem ſecum ferat, vt ex obligationis diffinitione apparet apud *Iuſtin. tit. de oblig.* neque rurſum ex parte non obligati, vt duriorem eius, qui obligatus eſt, cõditionem facere poſſit: ea namque forma & lex contractus retinenda eſt, quæ ab initio dicta fuit. Differentia tantùm in eo eſt, quod in contractibus nominatis is qui dedit aliquid, vt contractum ex parte ſua impleret, nunquam ex pœnitentia condicere poteſt id quod dedit, quia ex præcedente conuentione obligatus fuerat, vt daret, vel dedit, non vt viciſſim aliquid acciperet, ſed hoc acto ſiue expreſſè ſiue tacitè, vt vel tantundem ei redderetur, vt in mutuo, vel idem ipſum, vt in dote: nam in depoſito, commodato & pignore datio nulla intercedit, quæ dominium transferat, vt poſſit inducere condictionem, ſed nuda traditio ex titulo non ſatis habili ad dominium transferendum *l. nunquam nuda* 31. *de acq. rer. dom.* At in contractibus innominatis pœnitentia ſola parit condictionem eius quod datum eſt, quia nec obligatus fuit is qui dedit, vt daret deditque vltro, vt accipientem ad dandum viciſſim aut faciendum aliquid obligaret: nec poteſt iniquũ videri genus contractus ob id ſolùm, quod cùm fiat in gratiam vtriuſque, tamen ex vna tantùm parte ſit obligatorius. Quænam enim poteſt iniuria videri facta ei qui ſolus obligatus eſt, & accipiendo vltro ſeipſum obligauerit, cum eſſet in eius poteſtate non accipere *d. l. qui pecuniam* 30 *ſupr. de reb. cred. d. l.* 1 *d. l. potior* 11. *qui potior. in pign. hab.* & pro aduerſarij obligatione habeat iam penes ſe dominium rei datæ, & quidem irreuocabiliter, ſi modò velit eſſe diligẽs in eo implendo, quod ex parte ſua promiſerit? alioqui de ſe ipſo, non de aduerſario conqueri debet, aut de iure ipſo, cum plus cautionis ſit in rè, quàm in perſona, vt habet trita iuris regula. Quòd ſi eum, qui dedit, pœniteat, antequam paratus fuerit is, qui accepit, implere ex ſua parte, ne tum quidem magnam habet hic querelæ cauſam, cùm nihil eius interſit, nec damno vllo afficiatur: nam ſi cœperit intereſſe, fortè quòd aliquid expenderit, vt ex ſua parte impleret, certum eſt non aliter licitam eſſe pœnitentiam, quàm ſi pleniſſima indemnitas ei præſtetur, vt Vlpianus hîc disertè ſcribit. Itaque hac parte nulla eſt differentia inter contractus innominatos & nominatos, qui ex vna tantùm parte habent obligationem principalem, ex altera verò contrariam de calculo & indemnitate *d. l. ei apud quem l. furti* 6. §. *vlt. ſupr. de his qui notant. infam.* niſi quod in contractibus innominatis, ſtultum eſt diſtinguere cuius gratia fiant, cum ex ipſa ratione ineundi appareat fieri eos ſemper in gratiam vtriuſq; ſiue dem vt des, ſiue dem vt facias, ſiue faciam, vt des, ſiue faciam vt facias: quamuis Bartolus vt hanc veterum quorundam interpretum diſtinctionem tueatur, notet poſſe fieri, vt dem tibi centum, vt Capuam eas pro negotio aliquo, quod non minus ad te, quã ad me pertineat: ſed ſi quando id accidit (poteſt enim quamuis rarius accidere) tanto magis verum



Digitized by Google

eſt, quod volumus vtriuſque gratia contractum fieri, & quærendus eſſet caſus potius, in quo non niſi alterius tantum gratia fieret, qui nuſquam inuenietur. Quis enim tam ſtultus ſit, vt tibi dare velit pecuniam, vt pro te Romam eas, aut Capuam? At contractus nominati plerique fiunt gratia alterutrius tantùm, vel ſolius dantis, vel ſolius accipientis *l. 5. §. nunc videndum* vbi dicemus *inf. Commod.* qui verò etiam gratia vtriuſque fiunt, in hoc tamen differunt ab innominatis, quòd perfectionem ſuam ab initio habent, aut ex ſolo mutuo conſenſu, aut ea traditione ſecuta, innominati autem perfecti non ſunt, niſi ex parte illius, qui prior dat, aut facit, vt ſcilicet eum qui accipit, vel aliquid ſibi fieri patitur, obliget ad implendum viciſſim ex ſua parte, cum tamen is qui prior dedit vel fecit, neque ſit, neque vnquam fuerit obligatus. Perfectio enim contractus cuiuſlibet ea eo ſolo æſtimanda eſt, vt ciuilem poſſit obligationem producere *d. l. iuris gentium* §. 1. ac proinde quoties vtriuſque gratia fit, non aliter perfectus dici poteſt, quam ſi vtrunque obliget: quod tamen in contractibus innominatis non euenit, niſi cum ex vtraq; parte impleti ſunt, quia exinde incipit etiam is qui dedit obligatus eſſe, vt nec iam pœnitere illum poſſit, nec ſi reddere paratus ſit quod viciſſim accepit, non magis quã in ſpecie *l. qui ob rem 35. inf. de cond. indeb.* nec amplius ob id quod dederit vel fecerit, actionem aliquam habere aduerſus aliũ, qui ex parte quoque ſua impleuit. Porrò ad impediendam condictionem ſiue ea pœnitentia, ſiue quaſi cauſa non ſecuta in omnibus contractibus innominatis ſufficit, vt qui poſterior implere debuit, implere iam cœperit, ex eo namque inſtanti quo implere cœpit, deſinit res eſſe integra, & conſequenter deſinit locus eſſe pœnitẽtiæ, vt Accurſius noſter probat ex *l. quod Seruius 8. inf. hoc tit.* vbi dos data puellæ nomine, quę nondum ætatem nubilem compleuerat, condici interim non poteſt, non ſolùm quaſi cauſa non ſecuta, ſed neque ea pœnitentia, quoniam factum iam aliquid fuerat ea vtraque parte, præceſſerant nimirum ſponſalia quamquam nullis quoque præcedẽtibus ſponſalibus, ſi pecunia dotis nomine data tãtum fuiſſet, non aliud reſpondendum putarem, non equidem fauore dotium & matrimonij, vt Bart. putat ex *l. ſi ego 9. § ſi res tu ſi. de iur. dot.* [eſt enim poſtrema pars illius verſiculi tota Triboniani, vt à nobis probatum eſt *lib. 8. Coniect. c. 9.*] ſed quia licèt matrimonium inter eos qui nondum iuſtæ ſunt ętatis cõſiſtere non poſſit, conualeſcit tamen ſolo lapſu temporis iuſtáq; ætate adueniente, nullo accedente extrinſecus facto, ſiue viri, ſiue mulieris *l. 4. inf. de rit. nup.* ſed ordine quodã tẽporis naturali, vt loquitur Tryphoninus in *l. filius 28. §. 1. inf. de liber. & poſth.* & impedimentũ nuptiarũ, quod efficit ne cauſa ob quam dos data fuerat, adhuc ſecuta videri poſſit, non tam facti quam iuris eſt, & ex cauſa non perpetua ſed tẽporali: proinde ſufficit durare habitum illum matrimonij, & poſſe ſuo tempore in verũ matrimonium commutari, ad impediendam condictionem pecuniæ ſic datæ tanquam in dotem peruenturæ, quandiu fieri adhuc poteſt, vt perueniat, quomodo Neratius ratiocinatur in *d. l. quod Seruius.* idque ex tacita vtriuſque contrahẽtium voluntate. Obſeruandum autem eſt, non in quolibet contractu innominato, poſſe locum eſſe pœnitẽtiæ, ſed eo tantùm caſu quo & condictioni locus eſſe poſſit, id eſt in cõtractibus do vt des, & do vt facias *d. l. naturalis* §. 1. *& 2. de præſc. verb.* nam ſi priùs implementum cœperit à faciendo, certum eſt neque pœnitentiæ, neq; condictioni locum eſſe, quia facta condici non poſſunt, & fruſtrà te pœniteat id feciſſe, quod vbi factum eſt, pro infecto haberi nõ poſſit *l. ſi non ſortem 26. § libertus de cõd. indeb. l. qui ea mente 65. de furt. l. in bello 12. §. facti de capt. & poſtl.* ideóq; hoc caſu ad actionem de dolo neceſſariò recurrendum eſt *d. l. naturalis §. quod ſi faciam & l. 4. C. de dolo l. 4. C. de tranſ.* Quamuis autem ſola pœnitentia pariat condictionem, commodior tamẽ illa condictio eſt, quæ naſcitur ex implemento nõ ſecuto, quia comitem habet incerti actionem præſcriptis verbis, per quam actor etiam id quod ſua intereſt, conſequatur *d. l. 5. §. 1. & 2. de præſc. verb. d. l. 4. 5. & 6. C. de rer. permut.* quod in condictione quę ex pœnitentia naſcitur, diuerſum eſt, nemini enim permittẽdum eſt, vt ex ſua pœnitentia duriorem facere condicionem aduerſarij ſui poſſit, quàm ſi non contraxiſſet, cùm diſtricte cauendum ſit, ne pœnitentia faciat alij iniuriam § *item ſi quis inf. hac leg.* nemo enim conſilium mutare in alterius iniuriam poteſt, *l. nemo poteſt 75. de reg. iur.* Cùm autem ex defectu cauſæ nõ ſecutæ datur condictio, cauſam finalem eſſe oportet, non impulſiuam tantum, id eſt talẽ eſſe neceſſe eſt, vt nõ aliter daturus vel facturus fuerit is qui dedit, vel fecit, vt benè Accurſius notat ex *l. 1. ſup. l. 1. §. 1. inf. tit. prox. l. 2. § vlt. inf. de do. l. ſed ſi mers 13. § vlt. de don. int. vir. & vxor.* item expreſſam eſſe oportet, non tacitam, & ab eo tantùm qui dedit, aut fecit, ſubintellectam *l. 3. §. ſi quis quaſi ſup. hoc ti. & l. ſi repetendi 7. C. eo. l. ſi maiores 25. C. de tranſ.* niſi ab vtraque parte ſubintellecta ſit, vt ſcripſimus ad *d. §. ſi quis quaſi ex d. l. 1. §. vlt ſup. l. in ſumma 65. §. ſed agere inf. de cond. indeb. l. cùm quis 12. inf. hoc ti.* porrò non videtur cauſa ſecuta, ſi nõ legitimè ſecuta ſit, vt idem Accurſius docet ex *d. l. 3. §. ſi liber homo & §. ſi quis quaſi*, vbi etiam dixi *ſup.* nihil enim refert, an quid omninò factum non ſit, an minùs legitimè factum ſit *l. quoties 6. ſup. qui ſatiſd. cog. l. 2. inf. de auth. tut.* Idem notat, & benè, condictionem hanc dari ad idipſum repetendum, quod datũ fuit, ſi conſiſtat in ſpecie, vt in *l. 1. in fi. de rer. permut.* ſi verò in quantitate ad tantũdem, vt in ſpecie huius legis, aut illud ipſum, vt loquitur Pomponius in *l. quod indeb 7. inf. de con. indeb.* Etſi nec in ſpecie data nouũ eſt, vt aliud datum ſit, aliud verò condicatur, vt in *d. l. ſi non ſortem 26. § libertus eod. tit.* vbi dicitur etiã fructus condici, & acceſſiones naturales, vt & in *l. indebiti 15. eo. l. qui ſe debere 7. § vlt. inf. hoc ti.* quamuis in vſuris aliud ſit *l. 1. C. de cond. indeb.* quia ſunt ciuiles acceſſiones, nec tam natura, quàm iure percipiuntur *l. ſi nauis 62. ſup. de rei vind.* Nihil rurſum refert, an quid re vera datũ ſit, an interpretatiuè, vt loquitur Accurſius, vt in ſpecie *l. prox. ſup. & l. ſi mulier 10. inf. hoc ti.* licèt malè addat Accurſius *ſi pecunia purè debebatur.* hoc enim ad legem præcedentem iam refutauimus. Sed ad id quod aduerſarius dare vel facere debuit, vt cõtractum ea parte ſua impleret, nunquam datur condictio, licèt tacitam illam condicionem ſemper habeat, ſi non aduerſarius ex parte ſua impleat *d. l. 4. 5. & 6. C. de rer. permut.* niſi cum datur condictio ex pœnitentia, vt hæc lex optimè probat: datur autẽ actio præſcriptis verbis, ſed non tam ad id, vt contractus impleatur præcisè, quàm ad id quod intereſt agẽtis, ni cõtractus impleatur, aut ad vtrũq; etiam ſi voles ſed alternatiuè, vt vel hoc, vel illud fiat, quẽadmodum ſupra iam docuimus ex *d. l. 4. 5. & 6. C de rer. permut. & d. l. naturalis 5. §. 1. & 2. inf. de præſc. verb.* Malè Bart. contra ea, quæ diſputauimus, tentat etiam in contractib. innominatis, qui à facto incipiunt, id eſt in con-

Digitized by Google

in contractibus facio, vt des, & facio, vt facias, locũ eſſe pœnitentiæ, in eamq; rem aliquos caſus congeſſit, quorum nullus poteſt admitti. Primus eſt, ſi ex vtraq; parte nihil adhuc ſit impletum, in quo nõ videt Bart. de pœnitẽtia tractari nihil poſſe, niſi ſtultè cũ nullus adhuc ſit cõtractus, nec perfectus nec imperfectus, cuius pœnitere alterutrum poſſit, quandiu neuter impleuit, cùm implementum vnius initium obligationi alterius præbeat *d.l. 1. de rer. permut.* Secundus caſus eſt, ſi ex vna parte impletum ſit, ſed tale factum ſit, quod poſſit repeti, veluti, inquit, vacuam poſſeſſionem tradi, atq; malè. nam cùm traditio nihil aliud ſit, quàm datio poſſeſſionis *l. 3. in prin. de act. empt.* qui tradit, non tam facit, quàm dat poſſeſſionem, & cùm condicit, non factum ipſum tradendi condicit, ſed poſſeſſionem, quam dedit, vt in *l. qui exceptionem 40. § ſi pars de condict. indeb. l. heres 21. infr. ad SC. Trebell.* Alio qui nec contractus, do vt des, inciperet vnquam à datione, ſed ſemper à facto, cũ dari quid nihil aliud ſit, quàm dominium eius trãſferri *l. vbi autem 75. § vlt. de ver. obli. l. non videntur data 167. de reg. iur.* dominium autem transferri non ſoleat, niſi per traditionem *l. traditio 20. de acquir. rer. dom. l. tradit. 20. Cod. de pact.* traditio autem ſemper facti eſt *l. conſ. 7. § vlt. inf. de curat. furioſ.* Tertius Bartoli caſus eſt, ſi petam vt te reponas in priſtinam obligationem, ſicut, inquit, in ſpecie legis præcedentis, atqui hoc falſum eſt, vt detur vnquam condictio liberationis ad reſtaurandam priſtinam obligationẽ *l. ob iam cauſam 9. de praeſcr. ver.* ſed tantùm ad pecuniã ipſam repetendam, quæ per acceptilationem data eſſe intelligitur *l. ſi mulier 10. inf. hoc tit.* idque pluribus à nobis probatum eſt ad legem ſuperiorem. Quartus caſus eſt, etiamſi factum tale ſit, quod condici nequeat quoniam, inquit, datur hoc caſu actio de dolo in locum huius condictionis, ob cauſam ex *l. cum proponas 4. C. de dolo d. l. act. 4. C. de tranſact.* In hoc verò inſpiter bonus fallitur Bartolus. datur enim quidem mihi contra te actio de dolo, ſi poſteaquam feci, ceſſas dare *d. l. naturalis § quòd ſi faciam de praeſcr. verb.* ſed non ſimiliter, ſi poſteaquam feci, pœniteat me feciſſe: pœnitentia enim potius excluderet actionem de dolo, etiamſi ex parte tua contractum implere nolles, quandoquidem imputare tibi non poſſem, cur contractum illum implere noluiſſes, cuius me iam pœnituiſſet. Poſt factum igitur ſera & inutilis eſt pœnitentia, per quam fieri nequit, vt quod factum eſt, pro infecto habeatur. Addit Bartolus poſſe ex aduerſo etiam contingere, vt contractus à datione inceperit, nec tamen quod datum eſt, condici poſſit, vt puta ſi libertas data ſit, in quo tamen æquè, ſed contrario errore labitur, non enim à datione incipit actus datæ libertatis, ſed à facto, id eſt, à manumiſſione, cũ nonniſi per manumiſſionem detur libertas exceptis iis caſibus, de quibus in *Tit. qui ſin manum. ad liber. perue. infr.* manumiſſio autem ſemper facti eſt. Ergo defendi non poteſt, quod Bartolus pro veriſſimo concludit, in omnibus contractibus innominatis indiſtinctè locum eſſe pœnitentiæ: nec illud ruſum quod Guilhelmus ab eodẽ Bartolo relatus dicebat, in ſolo contractu do vt facias, locum eſſe pœnitentiæ, non etiam in contractu do ve des. Etſi enim nullo iuris loco tale quicquam ſcriptum eſt de contractu, do vt des, ipſa tamen iuris ratio, quæ ſemper maximè attendenda eſt, euincit nullam poſſe conſtitui differentiam inter contractus innominatos, qui à datione incipiunt. Nec debuit moueri exemplo permutationis, in qua fateor non eſſe locum pœnitentiæ ex *leg. 1. § vlt. de rer. permut.* Larga enim differentia eſt inter contractum do vt des, & permutationẽ, non in eo ſolùm, quòd contractus, do vt des, nihil aliud ferè ſit, quàm permutatio quædam inchoata & imperfecta: permutatio verò contractus potius do, quia dediſti, aut ſi voles contractus do vt des, ex vtraque parte impletus, ſi permutatio ipſa perfecta ſit, vt docuimus *lib. 8. Obiect. cap. 9. & 10.* ſed etiam maximéq; in eo, quòd permutatio non ſit ſine præcedente placito permutandi *l. 3. & 4. C. de rer. permut.* ad idq; dicitur ſimilis emptioni *l. 2. inf. & C. eod. tit.* ex quo pacto naſcitur obligatio naturalis, quæ impedit, ne pœnitentiæ locus eſſe poſſit *arg. d. l. qui ob rem 35. de cond. indeb. l. naturalis 10. inf. de oblig. & act.* quamuis non impediat, ne poſſit locus eſſe condictioni, ſi ex altera parte res non ſequatur, quia id tacitè in pacto permutationis actum ex vtraque parte intelligi debet, vt niſi tu ex parte quoque tua impleres, poſſem ego condicere, quod ex illa permutationis cauſſa dediſſem *d. l. 1. in fin.* at contractum, do vt des, nulla vnquam pactio præcedit, quæ naturalem obligationem pariat ad impediendam dati repetitionem. In obligatione tamen ciuili conueniunt, quia & in permutatione non minus quàm in contractu, do vt des, traditio à me facta initium obligationi tuæ ciuili præbet *d. l. 1.* Quod v. rationis loco Guillielmus adducebat contractus innominatos diiudicandos eſſe ex natura contractuum nominatorum, quibus aſſimilantur, quaſi contractus, do vt facias, aſſimiletur mandato, in quo diximus, poſſe locum eſſe pœnitẽtiæ rebus integris omnibus *§ recte Inſtit. de mand.* bene refellit pro nobis Bartolus nõ ideo ſolùm quòd contractus, do vt facias, locationi propiùs accedat quàm mandato (nam & locatio verè eſſet, ſi tale factum proponeretur, quod locari ſoleret *d. l. naturalis § at cum do de praeſcriptis verb.* in locatione autem nũquam eſt locus pœnitentiæ *l. qui operas 38. inf. locat.* & mandato ęquiparatur potius contractus facio vt facias *d. l. naturalis § vlt.*) ſed ob id etiam, quòd neque in mandato vnquam pœnitentiæ locus adeò eſt, vt ſi quid ex ea cauſa datum fuerit, condici poſſit, niſi cùm mandatum legibus interdictum fuit, vt in ſpecie *l. ſi militem 5. C. hoc tit.* actio enim ipſa mandati ſufficit ad mutuas omnes illas pręſtationes, quæ ex mãdati cauſa pendêre poſſunt. Ex his apparet quid verũ quidve falſum ſit, in longa illa diſtinctione, quã proponit Bartolus circa totam hanc quæſtionem, an in contractibus ſiue nominatis ſiue innominatis locus ſit pœnitentiæ, non enim pluribus eam proſequi aut refellere lubet, ne longiores ſimus, ſi multa, quę iam diximus, repetamus, quę tamen inculcare neceſſe eſſet: ſicuti neq; aliam diſtinctionẽ valde curamus, quam adfert idem Bartolus in alia quęſtione, quando defectus cauſæ condictionem inducat, ſufficit enim nobis ea dixiſſe, ex quibus intelligi clarè poſſit, quid ex iuris ratione ſentiendum ſit, ne quem errores Bartoli præcipitem in poſterum agãt. Iunge quæ ſcripſi ad *l. 1. & l. 3. in prin. & § 2. ſup.* Illud bene Bartolus monet condictionem hanc locum habere in omni datione, quæ fiat ob cauſam, ſi cauſa non ſit ſecuta, licèt ex ea datione non reſultet cõtractus innominatus ex *l. 1. § ſi parendi ſup. l. Senatus 35. § 1. verſ. ergo qui mortis cauſa inf. de mort. cauſ. don.* patet enim longè latius quàm materia cõtractuum innominatorum, & cùm ex æquitate proficiſcatur, vt ſępius diximus, locum habere debet in omnibus caſibus, in quibus eadem iuris & æquitatis ratio obti-

net. Cùm autem quæritur, an qui condicit, contractum ex parte ſua perfectè implere prior debuerit, de quo etiam Bart. tractat, diſtinguendum eſt, an detur condictio ex ſola pœnitentia, an quaſi cauſa non ſecuta: priore namq; caſu nil eſt neceſſe, vt prior perfectè impleuerit. quanto enim minùs impletus contractus eſt, tanto faciliùs per pœnitentiam reſiliri ab eo poteſt: poſteriore verò ſecus eſt, quia non poteſt aduerſario imputare, cur non impleuerit is qui prior non impleuit *l. Iulian. 13. §. offerri de act. emp.* Quid autem aliud eſt implere, quam perfectè complere, vt nihil deſit? *l. vlt. C. de rei vind.* Sed quid ſi contractus ea vtraq; quidem parte impletus eſt per traditionem, ſed tamen deſiit poſteà impletus eſſe propter ſubſecutam euictionem, nam & de hoc quærit Bart. adeò ille totum hunc tractatum diligẽter proſecutus eſt, vtinã æquè feliciter ac ſubtiliter. Reſpondet autem hoc quoq; caſu condictionem hanc ob cauſam dati cauſa non ſecuta cõpetere ex *l. vlt. inf. hoc tit.* nec malè, parum enim refert an cauſa omnino ſecuta nõ ſit, an verò ſecuta eſſe deſierit *l. 1. inf. de con. ſin. cauſ.* ſed ea cipere debuit contractum permutationis, ex quo tradita res ſi poſtea ſit euicta, competit exemplo actionis ex empto in factum actio ad id quod intereſt *l. ſi permutationis 29. C. de euict. iunct. l. 4. eo. ti. & l. 2. C. de rer. permut.* condictio tamen etiam locum habere poteſt, ſi malit is, qui euictionẽ paſſus eſt, rem ſuam repetere, quàm agere ad id quod intereſt, dummodo res tradita & euicta non fuerit venalis ſecundum diſtinctionem *l. 1. eod. tit.* Sed ferre nõ poſſum quod Bart. excipit contractum tranſactionis quaſi innominatum, cùm tamen tranſactio nihil niſi pactũ ſit, ſed perfectum & pariens obligationẽ naturalem atque ita impediens dari condictionẽ & pœnitentiam *l. quamuis 39. C. de tranſact.* nõ . . . dio minuendarũ litiũ, vt paſſim docet Bartolus, ſed iure alterius pacti cuiuſlibet quãtumuis nudi, ea quo ſi res vtrinque data ſit, & altera poſtmodum euicta, vt in *l. ſi pro fundo 32. eod. tit.* merito placuit dari actionem de euictione ad id quod intereſt, idque actione præſcriptis verbis, non quaſi ex tranſactione, ſed quaſi ex permutatione, vt in *d. l. ſi permutationis*, niſi quod hoc caſu condictio locum non habet, quomodo habere ſolet ſecuta poſt permutationem euictione *d. l. 1. au ſi C. de rer. permut.* nempe quia pactum tranſactionis ſemper impedit condictionem, niſi de reddendis iis quæ data ſunt, ſtipulatio interuenerit *l. cùm proponas 7. C. de tranſact.* Nec mirum eſt, ad condictionem impediendam plus poſſe pactum tranſactionis perfectũ, quàm contractum innominatum imperfectum, vt à nobis latiùs diſputatum eſt in ſuperioribus.

b *Proculdubio repetetur quod datum eſt.* RAT. DVB. In contractibus nominatis neq. pœnitentiæ neque condictioni locus eſt, vt ſupra diximus ex *l. ſicut 5. C. de obl. & action. l. in commodato 17. §. ſicut v. ff. Commod.* Atqui ſi pecuniã tibi dem, vt pro me Capuam eas, locatio & conductio eſt, cùm ſit hoc factum ea eorum genere quæ locari ſolent *l. naturalis 5. §. at cùm do inf. de praſcrip. verb.* Ergo pecunia quam tibi dedi etiã ſi Capuam non eas, neq; per pœnitentiã meam, neque quaſi cauſa non ſecuta repeti poterit, atque ita ſcriptũ eſt in *l. qui operas 38. inf. locat.* DEC. Contractus do vt facias, qui in hac lege initus proponitur contractus eſt innominatus, ſimilis quidẽ locationi cùm factũ tale eſt, quod locari ſolet, ſed in eo tamẽ diſſimilis, quòd imperfectus eſt, nec vllomodo eum obligat qui dedit, ſed eum tantùm qui accipit, vt diſputauimus in præcedẽtibus: admittit ergo locum pœnitentiæ, & ex pœnitentia cõdictioni. Atqui, inquies, factũ hoc locari ſolet. Idem nimirum Accurſius ponit, pecuniã fuiſſe datam in ſpecie non in genere, vel hunc qui pecuniã accepit, non fuiſſe ſolitum operas ſuas locare: quorũ vtrumq; commẽtitium eſt, prius verò etiam ineptum, pecunia enim tum quoq; cùm in genere debetur, numerari tamẽ non poteſt, niſi in ſpecie, quia genus nec videtur, nec tangitur. Malo ego dicere id quod res eſt, ni fallor, nõ ſtatim atq; pecunia pro facto datur, locationem eſſe, ſed ita demũ ſi mercedis nomine data ſit, ſicuti nec emptio eſt, ſtatim atq; pecunia pro re datur, ſed ita demùm ſi ea pecunia pro precio data ſit, quia nec poteſt locatio eſſe ſine mercede, nec emptio ſine precio, ex quo nimirum ſubſtãtia emptionis conſiſtit *l. pacta conuenta 72. de contr. empt.* Merces autem licèt in pecunia tantùm numerata conſiſtat, ſicut & preciũ, non tamen omnis pecunia numerata facit mercedẽ aut preciũ, ſed ea ſola de qua conuenit, vt preciũ ſit, vel merces *l. vlt. inf. hoc tit.* atque ita intelligi debere quod ſcriptũ eſt in *d. l. naturalis 5. §. 1. & §. at cùm do de praſcript. verb.* præſuppoſitis nimirum terminis habilibus, qui ſemper ſupponendi ſunt *l. tutor 35. §. 1. ſup. de iureiur. l. adigere 6. §. quamuis inf. de iur. patr.* Omnis enim venditio & locatio perficitur ſolo conſenſu, nec incipit vnquam à datione aut à traditione rei venditæ, vel locatæ aut à ſolutione precij vel mercedis, vt contractus do vt des, & do vt facias à quibus non tãtùm materia, ſed etiã forma, & quod præcipuũ eſt, ea ineundi modo diſtinguũtur, quamuis cùm pecunia interuenit pro re in cõtractu do vt des, aut pro facto, in contractu, do vt facias, incipiat eadem eſſe vtriuſq; contractus materia, nec niſi ex voluntate contrahentiũ, & ea modo ineundi æſtimandum ſuperſit, an contractus nominatus cenſeri debeat an innominatus: quæ Pauli ſententia mihi eſſe videtur in *d. l. naturalis §. 1. & ſeq.* quos locos non aliter poſſis conciliare cum *d. l. vlt. inf. hoc tit. & cum hac lege.* Porrò in locatione neque pœnitentiæ locus eſt, neq; cõdictioni, at neque reſtitutioni pecuniæ ſi per locatorẽ non ſtet, quominùs operas ſuas præſtet *d. l. qui operas*, quod ſic accipiendũ eſt, vt neq; iudicio locati & conducti mercedẽ reſtitui oporteat, neque cognitione extraordinaria, præſidis ſi fortè de Aduocati honorario tractetur *l. 1. §. Diuus Seuerus ante. inf. de var. & extraord. cognit.* Adhibendæ tamen ſunt circa locationẽ & conductionem quædã diſtinctiones, quas hîc attingit Accurſius, & de quib. dicendum latiùs erit ad *l. ex conducto 15. aliàs l. ſi vno 9. item cùm quidam inf. locat.* At in contractu innominato de quo nunc agimus, certũ eſt pecuniã à te datã, ſi hæc cauſa ob quã data eſt, non culpa accipientis, ſed fortuito caſu ſecuta non ſit, minimè repeti poſſe *l. pen. C. hoc tit.* ſc. condictione ob cauſam dati, quaſi cauſa non ſecuta, niſi fortuitum caſum pœnitentia dantis præceſſerit, aut etiam ſubſecuta ſit. Tunc enim repetetur pecunia non quaſi cauſa non ſecuta, ſed ex pœnitentia, vt diſertè ſcriptũ eſt in hac lege, quæ ſic concilianda eſt cũ *d. l. pen.* non quomodo conciliatur ab Accurſio, an caſus fortuitus contigerit in perſona locatoris, an in perſona conductoris, cùm neque hîc neq; ibi agatur de contractu locationis, ſed de contractu innominato, & de cõdictione ex pœnitẽtia quę in contractib. innominatis duntaxat locum habet, etſi vt verũ fatear, durius mihi hoc videtur, quàm vt poſſim mihi perſuadere ita Vlpianum ſenſiſſe & ſcripſiſſe. Sed iam inde ab illis verbis *poteſt dici* manum Triboniani videor mihi agnoſcere:

nam

nam ſtrictis rationem conſulimus, verius eſt, quod ait *dicta lex pen. C. hoc tit.* non poſſe repeti pecuniã datam ob cauſam, tametſi cauſa ſecuta non ſit, ſi modò non culpa accipientis, ſed caſu fortuito contigerit, & ſtulta eſt adiectio & exceptio illa *niſi danti pœniteat*, cùm ſera ſit pœnitentia, poſtquàm deſiit is qui accepit implere poſſe ex ſua parte etiamſi maximè velit, idque caſu aliquo fortuito, quem nulla ipſius culpa præceſſerit: quotus enim quiſque eſſet, quem non hoc caſu pœniteret, vt qui iã ſperare aliud nihil poſſet ab eo cui dedit pecuniam, ſaltem condictioné ex pœnitentia ſibi acquireret, quã aliter habere nullã poſſet? Fefellit proculdubio Tribonianũ quod ab eodem Vlpiano ſcriptum viderat *l. 3. §. 1. & 2. ſup.* in hoc contractuum innominatorum genere locum eſſe pœnitentiç nec animaduertit debere id intelligi, quandiu res integra eſt, & in poteſtate illius qui accepit pecuniã, vt contractum ex parte ſua impleat, vel nõ impleat, nam quemadmodũ ſera eſt pœnitentia poſt contractũ ex vtraq; parte impletũ, vt ſuprà diximus, ita & poſtquàm deſiit implere poſſe, & quidem caſu fortuito, & citra illam ipſius culpam, cùm hoc caſu quantũ ad eum pertinet, qui implere non poſſit, vt maximè velit, haberi debeat pro impleto, alioqui danda eſſet cõdictio ob cauſam etiam quaſi cauſa non ſecuta, ſi non haberetur pro ſecuta, quod tamen diſertè negatur in *d. l. pen.* Et hac ratione motum Vlpianũ in hæc verba ſcripſiſſe non dubito, *Et ſi nim per te non ſteterit, dicendum eſt repetitionem ceſſare* generaliter ſcilicet, ſiue condicere velim quaſi cauſa non ſecuta, ſiue ex pœnitentia, ne aliter nobis interpretãtibus eueniat, vt nullus futurus ſit effectus illius propoſitionis, quantum ad cauſam condictionis. Quid enim tua refert, an ob pœnitentiam meã cogaris mihi pecuniam reddere, an quia cauſa non ſit ſecuta? Sed Tribonianus, vt ſolitis ſuis diſtinctionibus & ſubdiſtinctionibus viã aperiret, immutauit primùm abſolutã concluſionem Vlpiani, & pro illis verbis *dicendum eſt* ſubſtituit *poteſt dici*, quaſi non niſi diſputãdo id dici poſſit, vt bonus, ſed miſer Accurſius interpretari vel inuitus cogitur: deinde ſubiecit *ſed cùm liceat ei pœnitere qui dedit, proculdubio repetetur id quod datum eſt*, atque ita propoſitionem apertè, & indubitatè falſam obtrudit nobis pro indubitatè vera, & quia tamen videt, nec generaliter veram eſſe poſſe, quæ generaliter & indiſtinctè falſa eſt, incipit addere exceptionem, *niſi fortè tua interſit nõ accepiſſe te ob hãnc cauſam pecuniam*. Et hoc rectè. Conſtat enim eo quoq; caſu, quo pœnitentiæ locus eſſe poſſit, nunquam tamen admittendã eſſe pœnitentiam quæ alij iniuriam factura ſit *§. item ſi quis inf. l. nemo poteſt mutare 75. de regul. iur.* faceret autem iniuriam, ſi iam cœpiſſet aduerſarij intereſſe *l. ſi ita quis 35. §. Seia ſi. de verb. oblig. l. etſi poſt tres 8. ſup. ſi quis caution. l. vtique 22. ſup. de recept. qui arbitr. recep.* Ergo fatetur Tribonianus non eſſe locum pœnitentiæ, ſi cœperit tua intereſſe. Atqui mox ille ſibi, vt ſolet, contrarius apertè ſcribit, etiãſi tua intereſſe cœperit, quod aliquid iam erogaueris ob perfectionem, vt ires Capuam quod non aliter fueras erogaturus, attamé condictionem locum habere, quamuis addat quaſi & motus ipſe pœnitentia, *ita tamen vt præſtetur tibi indemnitas eius quod expendiſti*, quaſi verò ea ratio præſtandę tibi a me indẽnitatis non debeat tibi prodeſſe ad retentionem, & ad impediendam condictionem, quã vel naturalis ſola obligatio impediret *l. naturales 10. inf. de oblig. & actio. l. naturaliter 13. l. frater à fratre 38. l. Iulianus 64. & paſſ. inf. de cond. indeb.* Aut quidni ſaltem compenſationem inducat ad concurrentem vſq; quãtitatem? *l. etiam 6. inf. de compenſ.* An non enim tua non intereſt, potiùs non ſoluere, quàm ſolutum repetere? *l. 3. eod. l. ſi ſtipulatus 15. de fideiuſſ.* Diſtinguit autem Tribonianus in hunc modũ, *nam ſi ita res ſe habeat vt licet nondum profectus ſis, ita tamen rem compoſueris, vt neceſſe habeas proficiſci, vel ſumptus qui neceſſarij ſunt ad profectionem iam feceris, vt manifeſtum ſit, plus fortè quàm acceperis te erogaſſe, condictio locum non habebit ſed ſi minus erogatum ſit, condictio locum habebit, ita tamen vt indemnitas tibi præſtetur eius quod expendiſti*. In qua diſtinctione illud etiam ineptum eſt, quod ponit Tribonianus te ita res tuas compoſuiſſe, vt neceſſe habeas proficiſci. Quis enim caſus eſſe poteſt in quo neceſſe habeas Capuã ire pro me inuitor? Accurſius vnum illũ reperit, ſi iuraueris te iturum, quaſi iuſiurandũ tuum facere poſſit, vt præciſa neceſſitate cogaris ad factũ, quod ex hac vnica gloſſa, quaſi ſingulari & mirabili, Doctores noſtri inferre ſolent. At cui iuraſti niſi mihi? Quis ergo te coget præter me? Porrò ſi me pœniteat, vt ex facto ponimus, an non hoc ipſo gratiam tibi facio iuriſiurãdi? an non potiùs iuſiurandum tuum habet hãc cõditionem, niſi mutet volũtatem is cui iuraſti? *l. vlt. ſup. Qui ſatiſd. cogat. l. vlt. in pr. inf. ad municip. l. remittit 6. ſup. de iureiur.* Excidit ergo hæc ineptia Triboniano nimia, vt ſolet exaggeratione fingenti cãſum quẽ ad ſuam diſtinctioné accõmodet, nec ſatis ad id quod ſcribit attendenti. Rurſus quod addit, *vel ſumptus qui neceſſarij ſint ad profectionem iam fecerit, vt manifeſtum ſit plus fortè quàm acceperis te erogaſſe*, multo ineptius & Triboniano dignius eſt. Quis enim ſe finget tã ſtultum, vt pro me iturus Capuam, plus expẽdas quàm acceperis, nullis tamen factis ſumptibus niſi neceſſariis, nulloque tibi operę tuę precio relicto? Sed & quomodo fieri poteſt, obſecro, vt & manifeſtum ſit, & dubiũ te plus expendiſſe in ſumptus iſtos neceſſarios quàm acceperis? Et tamẽ vtrumq; ponit Tribonianus his verbis, *vt manifeſtum ſit plus fortè*, quæ non niſi abſurdè coniungi poſſe Accurſius quoque vidit, nec eſt quod cũ quibuſdã reſpondeas, dictioné *manifeſtũ* referendã eſſe ad verbũ *erogaſſe*, dictioné autem *fortè* ad *plus*, non enim diſtinctio hæc fieri poteſt, cùm manifeſtũ eſſe oporteat te non modò erogaſſe, ſed etiam plus erogaſſe, quàm acceperis, vt condictio locũ habere nõ poſſit, quẽadmodum ex poſteriore diſtinctionis parte apparet, quæ ita concepta eſt, *ſed ſi minus erogatum ſit*, nã ſi non ſit manifeſtum, te plus erogaſſe, vult Tribonianus cõdictionẽ non ceſſare, licet nec manifeſtũ ſit, te minus erogaſſe, tuũ enim eſt tuã exceptionẽ probare, ſi vis intentioné meam excludere *l. in exceptionibus 19. iunct. l. 2. infr. de probat.* & in dubio ſtandũ eſt regulæ, quæ ſecundũ Triboniani iuriſprudentiã in propoſito illa eſt, vt pœnitentia mea faciat locum condictioni, niſi manifeſtũ ſit, te plus erogaſſe quàm acceperis. Quæ tamen exceptio longè diuerſa eſt ab illa, quã Tribonianus priorem poſuerat, *niſi fortè tua interſit*, & quæ ſufficere certè poterat, non addita illa diſtinctione, an plus minúſve erogaueris quàm acceperis: nã etſi minùs erogaueris, negari tamẽ non poteſt, quin tua interſit, & quidem tanti quantũ illud eſt quod erogaſti. Debuit ergo Tribonianus ad cõcurrentẽ vſq; quantitatẽ denegare mihi condictioné, non ſolùm vt eadẽ ſit ratio partis ad partem, quæ totius ad totum vulg. *leg. quæ de tota 7. ſuprà de rei vindic.* ſed etiã ne fiat tibi iniuria, ſi cogaris mihi totam pecuniam, quã à me accepiſti reddere, & ſubinde quã expen-

diſti repetere, denegata tibi non ſolùm retentione, ſed etiã cõpenſatione, quam tamẽ certũ eſt fieri ipſo iure ad eam vſq; quantitatem quæ concurrit *l.4. l.ſi ambo 10. & ſeq. infr. de compenſat.* ſaltem oppoſita doli mali exceptione in iudiciis ſtrictis *§. in bonæ fidei 30. Inſtit. de action.* dolo enim facit qui petit, quod ſtatim eidem reſtiturus eſt *l. dolo facit 8. de doli mali except. l. ſi ſocer 44. §. Lucius ſolut. matr. l. in condemnatione 173. §. vlt. de reg. iur.* Quàm porrò verum ſit totam hanc diſtinctionem Triboniani eſſe, clariùs ex iis quę ad §. *prox. & ad §. vlt. huius legis* dicturi ſumus, intelligent. Mancus autem etiam fuit Tribonianus in eo quod non adiecit, cuius eſſe debeant ea omnia, quæ tu emeris, vt te ad profectionem Capuam compatares; an tua, quia tibi emeris, an mea poſt præſtitam tibi pleniſſimam indemnitatem, an denique tua remanere ſi malis, ſed ea lege, vt tanto minùs à me indẽnitatis gratia conſequaris: ipſum namque indemnitatis nomen oſtendit te in damno quidem manere non oportere, ſed neq; in lucro eſſe: æquius autem eſt, vt tuo ſit arbitrio, an velis tibi habere & retinere, tanto minùs à me poſtea indemnitatis nomine conſecuturus, an verò mihi omnia reddere, quaſi non fueris comparaturus, ſi non à me pecuniam accepiſſes, vt Capuam proficiſceteris; neque ab hac opinione Accurſius aut Bartolus valde diſcrepat

1 ¶ Si ſeruum quis tradiderit alicui ita, vt ab eo intra certum tempus manumitteretur: ſi pœnituerit eum, qui tradiderit, & ſuper hoc eum certiorauerit, & fuerit manumiſſus poſt pœnitẽtiam: attamen actio propter pœnitentiam competit ei, qui dedit. planè, ſi non manumiſerit, conſtitutio ſuccedit, facítque eum liberum, ſi nondum pœnituerat eum, qui in hoc dedit.

*Ad §. 1. Si ſeruum.*

RAT. DVB. In traditionibus rerum quodcunque pactum appoſitum ſit, id valere certum eſt, *l. in traditionibus 48. ſupr. de pact.* maximè ſi ſit adiectum fauore libertatis, quam pecuniarij damni cauſa intercidere durum certè eſt *l. cùm pater 77. §. cùm exiſtimaret de legat. 2.* nec facilè ferendum eſt, vt qui libertate ſeruum ſuum donari voluit, eúmque ob hanc cauſam alij tradidit, vt manumitteretur, mutet poſteà voluntatem, ſi nulla mutandi cauſa ſuperuenerit, tantámque indeuotionem quibuſdam quaſi velamentis protegat, vt Iuſtiniani verbis vtar in *l. ſi quis argentum 35. § vlt. Cod. de donat.* Ergo ſi quis ſeruum ſuum alicui tradiderit, ita vt ab eo intra certum tẽpus manumitteretur, etiamſi pœnituerit eũ qui tradidit, ſi tamen poſt pœnitẽtiam manumiſſus ſeruus fuerit, nulla propter pœnitentiam competere poteſt condictio ei qui dedit, nec ſi is qui manumiſit fuerit ante manumiſſionem certioratus de pœnitentia. Quid enim condicet? An ſeruum fortaſſis, qui iam manumiſſus, & liber eſt? Atqui conſtat libertatem quæ ſemel competit, reuocari & retractari amplius non poſſe *§ ſi is qui Inſtit. de eo cui libert. cauſ. bon. addic. l. 1. & tot. tit. C. ſi aduerſ. libert.* Hanc porrò de qua agimus, competere ex eo apparet, quod à vero domino data eſt, cùm is cui traditus fuit ſeruus manumiſſionis gratia, factus ſit per eam traditionem dominus, adeóque ea lege, vt manumitteret: neque per pœnitentiam tradentis deſierit eſſe dominus, aut manumittendi ius amiſerit: tantum abeſt, vt ſeruus hic cõparari poſſit ei, qui venditus, vel traditus ſit ea lege, ne vnquam manumitti poſſit, & peruenire ad libertatem, de quo in *l. penult. C. ſi mancip. ita fuer. alien. l. ille ſeruum 9. § vlt. infrà qui & à quib. manum. liber. non fiant*, quæ olim dicebatur alienatio malis condicionibus facta, nam imò verò bonis condicionibus hic traditus eſt, qui in hoc traditus eſt, vt manumittatur. An verò precium ſerui condicetur? Minimè verò. nec enim aliud cõdici poteſt, quàm quod datum fuit, vt diximus in præcedentibus. Precium autem non fuit traditum, nec verè, nec interpretatiuè, ſed ſeruus: an denique id quod intereſt, petetur? Ita putat Accurſius poſt Ioanem Azonem, & Hugolinum: ſed ego probare non poſſum, quia nunquam datur condictio ad id quod intereſt, ſed actio præſcriptis verbis in eam rem neceſſaria eſt *l. 1. §. vlt. de rer. permut. l. naturalis 5. §. 1. & 2. de praeſcr. verb. l. 4. 5. & 6. C. de rer. permut.* Condictio autem quæ ex pœnitentia naſcitur, communem nũquam habet actionem præſcriptis verbis, ſed illa tantùm quæ datur ob cauſam nõ ſecutã, vt ſupra docuimus. Difficile igitur eſt dicere, quænã actio illa ſit & ad quid dãda, quã hic §. ait dãdã eſſe propter pœnitẽtiam ei qui dedit. Adde quòd etiãſi ſeruus hic manumiſſus nõ fuiſſet ob pœnitentiã, de qua certioratus eſſet nouus dominus, adhuc tamen maneret ſeruus accipientis, & in eius dominio, nec ideò cõdici poſſet a priore domino, quaſi cauſa non ſecuta, cùm nõ ſtet per accipiẽtẽ, quominus eũ manumittat, ſecũdùm ea quæ ad initiũ huius legis ſcripſimus, dummodò illud etiã concurrat, vt tempus nondum prætererit, intra quod ex lege contractus manumitti ſeruus hic debuerit *l. 1. § ſed ſi tibi dedero ſupr.* vbi quod additur, *niſi pœniteat*, non ita debet accipi, quaſi ſola pœnitẽtia, & pœnitentiæ certioratio ſufficere poſſit aut debeat, ad impediendam manumiſſionẽ, aut ad obligandũ eum qui de pœnitentia certioratus eſt, ſed vt poſſit is, qui dedit, Stichũ ex pœnitẽtia condicere ante manumiſſionem, atq; ita inſtituto iudicio aſſequi, vt vel Stichus reddatur priuſquàm manumiſſus ſit, vel lis æſtimetur quanti fuit Stichus tẽpore litis cõteſtatæ, vt æſtimari ſolet in omnib. ſtricti iuris iudiciis *l. 3 §. in hac infr. cõmod. l. hominem 37 infr. mandat l. vinũ 22.* vbi dixi *ſupr. de reb. credit.* non inſpecto eo an Stichus hic fuerit poſtea manumiſſus necne, quia ſiue manumiſſus ſit, ſiue non, attamẽ non ideo reddẽdus eſt priori domino, ſed æquè lis æſtimãda eſt, & litis æſtimatio in cõdẽnationẽ deducenda, ſatiſq; ei eſſe debet, quod à die condictionis inſtitutæ, & litis cõteſtatæ nõ potuerit eius condicio fieri deterior *l. ſi poſt acceptum 18 & ſeq. ſupr. de rei vindic.* quia quale quid eſt cùm petitur, tale dari debet *l. 2. infr. de vſur.* Cæterùm nõ poteſt, ſiue pœnitentia, ſiue pœnitentiæ certioratio vim habere litis conteſtatæ vſq; adeò, vt ab eo tempore nouus dominus prohibeatur ſeruũ ſuũ manumittere, aut ſi manumittat obligetur ad precij reſtitutionẽ, aut ad præſtationẽ eius quod intereſt. Sed quod me magis mouet, illud eſt, quod cùm tibi ſeruũ meũ do, vt eũ manumittas, nõ poteſt dici cõtractus hic innominatus, do vt facias, quomodo interpretes omnes exiſtimãt, ex quo dati cõdictio naſci vllo caſu poſſit, ſed cõtractus mãdati eſt, quia videor tibi mandaſſe, vt ſer-

vt ſeruum meum manumitteres, cùm non aliam ob cauſam tibi eum tradiderim, quàm quia non poſſes tu manumittere niſi tuus eſſet *l.1. & tot. titul. C. de his, qui à non dominis manumiſſi ſunt.* Atque ita Iulianus diſertè ſcribit in *l. ſi hominem 30. infr. mandat.* vbi ait, in hac ſpecie, ſi hominem tibi dedero, vt eum manumitteres, & poſtea procurator meus prohibuerit, ne manumitteres, poſſe me agere mandati, ſi tu eũ manumiſeris, ſi modo procurator iuſtã cauſam habuerit interpellandi manumiſſionem ſerui, veluti ſi compererit eum poſtea falſas rationes confeciſſe, aut inſidias vitę meę ſtruxiſſe, in qua actione veniet proculdubio, non vt mihi reddatur ſeruus; qui iam liber eſt, ſed quãti mea intereſt te procuratoris mei denunciationi paruiſſe, nunquam enim ex mandato naſcitur condictio, vt neque ex contractu vllo nominato, qui ſit bonæ fidei cuiuſmodi eſt mandatum, cùm tamen omnes condictiones ſint ſtrictæ. Diſtinguit quidem Iulianus, an iuſta aliqua cauſa fuerit interpellandæ manumiſſionis, an nulla, quia prohibitio manumittẽdi facta fuerat à meo procuratore, qui nullum in eam rem mandatum ſpeciale à me habebat, ſed generale tantùm, cuius poteſtate non ei licebat ſpecialem voluntatem meam reuocare, niſi ex tam iuſta cauſa, vt credi poſſit me ſi ſciuiſſé fuiſſe reuocaturũ. Sed ſi ego ipſe mutata priore mea volũtate, prohibuiſſem tibi manumiſſioné, nõ dubitaret Iulianus quin omnimodo & indiſtinctè dari mihi contra te deberet actio mandati, ad id quod mea intereſſet, ſiue iuſtam cauſam prohibendi habuiſſem aliquã, ſiue nullam, cùm mandatum ſit ex eorum contractuum genere, qui licèt nominati ſint, reuocari tamen poſſunt rebus omnibus integris, quoties in ſolius mandantis gratiam factum eſt, vt diximus ad initium huius legis ex *§. rectè Inſt. de mandat.* adeò vt nec mandati actio ſit, ob id quod factum ſit, poſt extinctũ per reuocationem mandatum, quoties id quod factum eſt, pro nullo & non facto haberi poteſt *l. ſi verò non remunerandi 12. §. pen. & l. ſi mandaſſem 15. inf. eod. ill. tit.* Hoc.n. addendũ eſt, vt excludam hunc caſum de quo agimus, de ſeruo à te manumiſſo poſt meam prohibitionem: quia mãdati huius reuocatio facere nõ poteſt inutilem manumiſſioné, quę nihilominus inuenitur facta à domino, quia nec reuocatio hæc dominium reddere mihi potuit, ꝗ per traditionem ſerui à me abſceſſerat, nouáq; in eam rem retrotraditione opus eſſet *l. hoc iure 19. §. ſi quis dederit infr. de donat. l. ab emptione 58. ſupr. de pact.* In eóq; differt hæc ſpecies ab illa quam tractat Paulus in *l. pater 22. infr. de manum. vindict.* de ſeruo, quẽ filiusfamilias permiſſu primũ patris, deinde poſt mutatã à patre voluntatem manumiſerit, quẽ Paulus ideò liberũ eſſe negat, quòd à patre ipſo manumiſſus videri non poſſit, cuius tamé verè ſeruus fuit nõ filij, deniq; quòd à non domino, non ex domini volũtate manumiſſus ſit: at nos eum caſum tractamus, quo tu factus per traditioné meam dominus ſeruum manumiſeris iam factum tuum licèt meus primùm fuerit, quod verba illa Iuliani demõſtrãt *inſidias vita prioris domini ſtruxiſſe*, ac proinde quo nulla mihi in ſeruũ ipſum iam liberũ actio poſſit cõpetere, neq; contra te alia quã mandati propter reuocationé, vt me indemnem præſtes, illa ſcilicet ratione, quòd nõ debueris ſciens reuocatam meã volũtatem, eum manumittere, quem tibi dederam in hoc ſolũ, vt eum manumitteres, cùm mandatũ hoc non niſi mea gratia factũ eſſet, cuius tum intererat tanto beneficio affici hominé, *l. ſeruus ea lege 7. infr. de ſeru. export.* quamuis per conſequentias etiam tua intereſſet, ex poſtfacto propter libertũ, quem tibi ex ea manumiſſione acquiſiturus eras, ſed non ſolent attendi, quæ non nunt niſi per conſequentias *l. 1. l. quod dicitur. 7. infr de author. tutor.* Aliud ergo dicendũ fuiſſet, in alio quolibet contractu, qui non fuiſſet reuocabilis, puta ſi ſeruum meum tibi vendidiſſem, & vt intra certũ tempus manumitteretur præcepiſſem, & poſtea mutaſſem voluntatem, & tu nihilominus manumiſiſſes, vt in ſpecie *l. quæſitum 8. eod. tit. de ſeru. export.* vbi cùm quæreretur, an aliquam eo nomine actionem contra te haberem, reſpondit Papinian. actionem ex vendito per ſerui manumiſſionem, etiam mutata venditoris voluntate, factam euanuiſſe: nimirũ, quia non ſicuti mãdatum ad nutum & arbitrium mandantis, ita & lex venditioni dicta, voluntate venditoris immutari potuit. Malè igitur noſtri, vt legem illam cum hoc §. noſtro conciliént, reſpondent ibi tractari de contractu nominato, hîc verò de cõtractu innominato, in quo non etiam in illo ſit locus pœnitentiæ, nam & hîc agitur de cõtractu nominato, id eſt, mandati, vt conſtat ex *d. l. ſi hominem.* Sed debuerunt dicere agi in *d. l. quæſitum* de contractu irreuocabili, in hoc autem §. vt & in *d. l. ſi hominem* de contractu reuocabili, quãuis nominato. Sed an non cadit hoc genus contractus in ſpeciem contractus innominati *do vt facias*, cùm do tibi ſeruum meum, vt eum manumittas? Hoc enim eſt quod interpretes noſtri intelligere non potuerunt, & quod nemo explicat. Dicendum eſt nõ eſſe contractum *do vt facias*, ſed *mando vt facias*, quia ꝗ à te faciendũ eſt, verſatur circa illam ipſam rem quã tibi dedi, & cui certam legé dixi nec tua gratia, ſed mea, cùm id inter nos ageretur, vt tu ex eo contractu non locupletareris, nec aliam ob cauſam ſeruũ meum acciperes, quàm vt eum manumitteres, nemo.n. locupletior fit ex eo quod libertum acquiſiuerit *l. nemo prædo eſt 126. §. 1. de regu. iur.* Atqui contractuum innominatorum omnium natura illa eſt, & eſſe debet, vt ex implemento eius qui prior dat vel facit, locupletior fiat is qui accipit, aut qui aliquid in ſuam vtilitatem fieri patitur, nam nec alia ratione tenetur ſiue condictione, ſiue actione præſcriptis verbis, quã quia æquum non ſit fieri eum ex aliena iactura locupletioré: quæ vnica ratio fuit inducendarum condictionum omniũ *l. ſi & me & Titium 32. ſup. de reb. cred. l. naturaliter 13. & l. ſeq. infr. de cond. indeb. l. rerum quidem 25. infr. rer. amot. l. iure naturæ 206. de regul. iur.* Cùm igitur ex eo cõtractu quo tibi Stichum ſeruum meum dedi, vt eum manumitteres, nullum tibi cõmodum pecuniarium acceſſerit, conſequens eſt, vt contractus hic innominatus dici non poſſit, neq; rurſum alio quã mandati nomine cenſeri, nec denique aliam mihi contra te actionem patere quã mandati, non quidé illo caſu quo Stichum non manumiſeris, cùm fiat ipſo iure liber ex conſtitutione Diuorũ Marci & Cõmodi ad Aufidium Victorinũ, vt ſcriptum eſt in hoc §. (latius enim accepta eſt illa conſtitutio, & protracta ad ſeruos quoque donatos *l. 1. C. ſi mancip. ita fuer. alien.* & conſequenter ad datos quoq; ea lege vt manumittãtur, ne alioqui melior ſit condicio nudi mandatarij, quàm donatarij, aut deterior ſerui dati, quàm donati ea lege vt manumittatur, nullo etiam adiecto tempore intra quod manumitti debuerit *l. vlt. eod. tit.*) Sed illo ſolo caſu quo manumiſeris contra meam voluntatem, & poſt meam prohibitionem, *d. l. ſi hominem.* His nimirum tot rationibus victus cogor dicere, totum

hunc §. Triboniani eſſe exiſtimantis per ſummam iuris imperitiam, ſpeciem hanc pertinere ad tractatum huius *titul. de condictione ob cauſam dati cauſa non ſecuta.* & ſimilem eſſe præcedentibus & ſequentibus, in quibus agitur de condictione competente poſt pœnitentiam ex contractu innominato, atque ita confundentis contractum mandati cum contractu innominato, do vt facias, eo ſolo prætextu, quòd vterque per pœnitentiam ſit reuocabilis re adhuc integra. Quanquam non adeò audax fuit, vt condictionem hoc caſu dederit, quaſi ex hoc contractu competentem, quomodo ſcripſeras in *l.3.§. ſed ſi tibi in fin. ſup.* vbi diximus, ſed actionem ſimpliciter, nec malè, ſi modò intelligas de actione mandati ex *d.l. ſi hominem,* quam tamen nemo vnquam dixit, ex contractu Do vt facias, vel ex alio vllo innominato naſci vnquam poſſe. Neque audentior fuit Accurſius, qui quænam hæc actio ſit dicere auſus non eſt, ſed audacior Bartolus, & poſt eum cæteri, ex quibus nemo dubitat, quin de condictione ob cauſam dati locus hic intelligi debeat. Hoc verò eſt quod nos impugnamus. Sententiam enim §. retinemus, dummodo de actione mandati intelligatur ex *d.l. ſi hominem*, ad quam neque Bartolus, neq; alius quiſquam pro Bartolo, aut Triboniano reſpõdet, iunge *l. ſi quis alicui* 27.§.1.*eod. tit.* qui locus eandem ferè ſpeciem tractat, & ex pœnitentia dat actionem mandati non condictionem: Triboniani verò manũ in hoc §. produnt ferè omnia contextus verba. Illud primũ quod Vlpian. ſic loquitur *ſi ſeruũ quis tradiderit* pro eo quod dicere voluit & debuit *ſi ſeruum quis dederit*, vt in *d.l. ſi hominem & d. leg. hoc iure* 19.§. *ſi quis dederit de donat.* vt ſc. tranſlationem dominij ſignificaret, quæ per dationem fit, non per traditionem *d. l. non videntur data* 167. *de regul. iur. d.l. vbi autem* 75.§ *vlt. de verb. oblig.* traditio enim ſolius poſſeſſionis tranſlatio eſt, non etiam dominij *l.1. & 3. de act. empt.* niſi per conſequentias, cùm dominium & proprietas à poſſeſſione ſeparari non poteſt *l. ex empto* 11.§.1.*eod. l. traditio* 20 *de acquir. rer. domin. l. procurator* 8. *C. de acquir. poſſ.* Porrò dominium quod in hoc ſeruo manumittendo habui, tranſlatum eſſe à me in te omnino neceſſe eſt, vt manumittere eum poſſis: & verò ita Tribonianum ſenſiſſe apparet ex eo quod in fine §. ſic loquitur *competit ei qui dedit* non autem *ei qui tradidit*, ſed parum fuit Triboniano *dãdi & tradendi* verba confundere, & ignoſco facilè, quia & Caius ita locutus eſt in *dict. l. ſi quis alicui* §.1. Deinde quod addit *vt ab eo intra certum tempus manumitteretur*, nihil enim hac parte refert, an adiectum ſit certum tempus ad manumittendum Stichũ necne, ſiue manumiſſionẽ ſecutam proponas, ſiue non ſecutam, ſed tantùm an manumiſſionem pœnitentia & pœnitentiæ certioratio præceſſerit, an non, vt conſtat ex *l.1. & vlt. C. ſi mancip. ita fuer. alien. d.l. ſi hominem*, licèt videatur conſtitutio eum caſum expreſſim deſignaſſe, quo venditus eſſet ſeruus ea lege, vt intra certum tempus manumitteretur *l.3. infr. qui ſine manum. ad libert. peruen. l. ſeruum* 8.§.1. *de iur. patron.* Sed quemadmodum ea conſtitutio tam fauorabilis ad ſeruos donatos protracta eſt, licèt de venditis tantùm locuta fuiſſet, *d.l.1.* ita & ad illum caſum quo nullum tempus faciendæ manumiſſioni præſtitutum eſſet *d. l. vl. C. ſi mancip. ita fuer. alien.* tempus enim tacitè ineſſe intelligitur ſtatim atque præſtari libertas poterit, ſi non præſtetur, quod ſignificant verba illa *d. l. vltim. ad libertatem quæ præſtari potuit*, nec enim tam cito fieri ſemper manumiſſio poteſt, cùm ſit neceſſaria præſentia domini manumittentis ſerui, qui manumittitur, & prætoris alteriúſve magiſtratus apud quem fieri poſſit, quiſque legis habeat actionem *l.2. & 3. ſupr. de offic. Proconſ. & §. vlt. inf. hac lege.* Aliáque ſpecies eſt, de qua diximus in *l.3.§. ſed ſi tibi dedero ſupr. hoc tit.* vbi diſtinguitur an manumiſſioni faciendæ certum tempus præfixum ſit necne, cùm tractatur de condictione dãda quaſi cauſa non ſecuta, non quaſi ex pœnitentia. Tertiò quòd ſe intricat ſuo more Tribonianus, cùm ita loquitur *ſi pœnituerit eũ qui tradidit, & ſuper hoc eum certiorauerit, & fuerit manumiſſus.* Vnam enim duntaxat perſonam deſignat, quaſi idem ſit, qui & tradidit, & certioratus fuit, & manumiſſus, cùm tamen de tribus diuerſis perſonis intelligat, alia namque perſona eſt eius qui tradidit, alia eius qui certioratus, alia eius qui manumiſſus fuit, ac proinde ſic debuerat loqui Tribonianus *ſi pœnituerit eum qui tradidit, & ſuper hoc* (quæ tamen locutio, vide quàm inſolẽs, & tam inuſitata prudentibus noſtris quàm Triboniano familiaris) *eum qui accepit certiorauerit, & fuerit ſeruus manumiſſus.* Longè aliter & elegantius Iulianus noſter eandem tractans ſpeciem, niſi quod intricatiorem propter admixtam perſonam procuratoris in *dict. l. ſi hominem.* Denique quod ita loquitur *attamen actio propter pœnitentiam competit ei qui dedit.* nam cùm dictio *attamen* ſit aduerſatiua, nihil tamẽ eſt in præcedentibus, cui aduerſetur, imò præcedẽtia omnia eò ferebant Tribonianum, vt hoc ipſum ſubiiceret, potiúſque debuerat pro *attamen* ſcribere *ideò*, aut quid aliud ſimile, per quod hanc ſententiam ſuperiori conſequentem eſſe apparet. Neque rurſus verum eſt, condictionem, de qua in tota hac lege agitur, competere ei qui dedit, ſed actionem mandati, vt probauimus, nec denique actionem mandati competere propter pœnitentiam, vt hæc ſit cauſa proxima & immediata concedendæ actionis mandati, ſed propter manumiſſionem factam poſt pœnitentiam. Certè quod ſequitur in *verſ. Planè veriſſimum eſt*, ſi is qui ſeruum accepit, vt eum manumitteret, non manumiſerit, ſuccedere conſtitutionem, facere que liberum, ſi nondum pœniteat eum, qui dedit: eſt enim hoc caſu locus conſtitutioni Diuorũ Marci & Cõmodi ad Aufidium Victorinum, quia ſeruo ſuo legem dixit is, qui dedit eum vt manumitteretur, non alieno, vt diximus ad *d.§. ſed ſi tibi dedero.* Sed tamen hanc ipſam clauſulam Triboniani quoque eſſe, vt par eſt, apparet etiam ex eo, quod ita loquitur, *ſi non manumiſit*, quaſi in præcedentibus deſignata eſſet perſona eius, qui ſeruum manumittendum acceperat, cùm tamen præcedentia omnia verba actiua *tradiderit, pœnituerit, certiorauerit* de eo ſolo ſint qui ſeruum dedit, de quo & poſtrema illa immediatè præcedentia *competit ei qui dedit*, de illo autem qui accepit vt manumitteret, nihil prorſus niſi per interpretationem illorum verborum imperſonaliter & paſſiuè conceptorũ *& fuerit manumiſſus* pro quibus debuerat Tribonianus ſcribere, *& ille tamen manumiſerit*, vt accommodatè poſſet nunc ſubiicere, *planè ſi non manumiſit.* Ideò antè non requiritur certioratio pœnitentiæ, ad impediendam libertatem & poteſtatẽ legis ac conſtitutionis, vt benè hîc notãt Accurſ. & Barto, ex *l.3. inf. qui ſin. manum. ad libert. peruen.* quia lex ſemper certa eſt, vt ait Bart. & verè ex *l. cùm quidam* 30.§. *quod dicitur*, ſed melius ex *l. ventre* 84. *de acqu. hered.* de cuius ſententia ſcripſimus *lib. 1. Coniectur. cap.* 20.

a ¶ Item

2 ¶ Item ſi quis dederit Titio decem, vt ſeruum emat, & manumittat, deinde pœniteat: ſiquidem nondum emptus eſt, pœnitentia dabit condictionem, ſi hoc ei manifeſtum fecerit, ne ſi poſtea emat, damno adficiatur: ſi verò iam ſit emptus, pœnitentia non facit iniuriam ei, qui redemit: ſed pro decem, quæ accepit, ipſum ſeruum, quem emit, reſtituet: aut ſi ante deceſſiſſe [a] proponatur, nihil præſtabit, ſi modò per eum factum non eſt. Quòd ſi fugit, nec culpa eius contigit, qui redemit [b]: nihil præſtabit. Planè repromittere eum oportet [c], ſi in poteſtatem ſuam peruenerit, reſtituturum.

*Ad §.2. Item ſi quis dederit.*

Hic quoque §. Triboniani certè eſt, vt & cætera omnia quæ ſequuntur ad finem vſque legis: in eodem enim errore verſatur Tribonianus, vt putet, ſi dedero tibi decem, vt ſeruũ emas, & manumittas, contractum eſſe innominatum, do vt facias, ex quo proinde naſci poſſit condictio, ſi me pœniteat, ſiue priuſquam emas, ſiue poſtquam emeris, & antequã manumittas, cùm tamen hic quoque contractus non alius ſit quàm mandati, & ex quo non alia quã mandati actio naſci poteſt, non etiam condictio, ſiue pro decem agere quis velit, antequam ſeruus emptus ſit, ſiue pro ſeruo ipſo iam empto, ſed nondum manumiſſo, vt conſtat ex *l. ſi procuratorem* 8 *§. vlt. & l. ſeq. l. ſi mandaſſem* 15. *l. inter cauſas* 26. *§. vltim. l. ſi quis alicui* 27. *§. 1. l. qui negotia* 34. *§. vlt. & legib. ſeq. iunct. l. ſi hominem* 30. *infr. mandat.* hinc decepti omnes interpretes, quod vt Bartolus fatetur, ſumus in tractatu de contractibus innominatis, qua ſola ratione mouetur ille, vt contractum hunc dicat innominatum, quamuis non dubitent poſt Accurſium vocare procuratorem eum, qui ſeruum emit, nec tamen ad ſupradictas leges quicquam reſpõdet, quæ dicunt eſſe mandatum, (vt nec procurator certè quiſquam eſſe poteſt ſine mandato *l. 1. C. de procurat. l. 3. § ſed ſi fortè iudic. ſol.*) niſi quod fatetur habere cõtractum hunc ſimilitudinem aliquam cum mandato, neque id tamen indiſtinctè, ſed ita demum, inquit, ſi datum ſit verum precium ſerui, vt emeretur & manumitteretur, non etiam ſi pars duntaxat precij: & tamen eo caſu quo habeat hic contractus omnimodam, vt loquitur, ſimilitudinem cum mandato, vult Bartolus poſt Accurſium poſſe agi condictione ob cauſam, & quidem quod magis eſt, non ad pecuniam datam in emptionem ſerui, ſed in ipſũ quoque ſeruum emptum ex ea pecunia necdũ manumiſſum: quod certè defendi ex iuris ratione non poteſt, extra caſum *l. ſi non ſortem* 26. *§. libertus*, vbi dicemus *infr. de condict. indeb.* illud verò longè minus admitti quod Bartolus eo caſu quo ſupra dixit, contractum hunc non habere omnimodam ſimilitudinem cum mandato, putat tamen non eſſe dandam condictionem ob cauſam, ad ipſum ſeruum ex pœnitentia eius, qui pecuniam dedit, ſed ad ſolam pecuniam, relicta tamen ei, qui pecuniam accepit, poteſtate reddendi ſeruum, vel pecuniam, prout elegerit, ne remaneat in damno, nam cùm ex cõtractu mandati nunquam detur condictio, vt diximus, an non conueniens eſt, vt quanto magis accedit contractus hic ad mandatum, tanto minus detur condictio ex eo, quanto autem longius recedit à contractu mandati, tanto magis condictio danda ſit, quia & propius accedit ad contractum innominatum? Sed quis non ignoſcat libenter tot tantiſque erroribus, quibus Triboniani authoritas æquè ac imperitia, & cauſam & authoritatem dedit? Etſi nec apud Tribonianum vlla video veſtigia huius diſtinctionis, quam Bartolus comminiſcitur, an pecunia tanta data ſit ad emendum ſeruum, quanta neceſſaria fuerit ad totum precium, an quanta ad partem duntaxat precij: nec rurſus video qua iuris ratione hæc diſtinctio nitatur, nam quod hoc poſteriore caſu ait, me pecuniã dediſſe magis tui gratia, quàm mei, non tollit actionem mandati, quatenus mea intereſt, & pro ea parte precij, quam tu ex mea pecunia ſolueris: nam & mandatum perinde conſiſtit, ſi mea gratia fiat & tua, atque ſi vel mea tantùm, vel mea & alienus, quamquam ſi verum amamus, hic totus contractus videtur factus mea gratia, & ſerui huius, quem mandaui tibi emendum, mea quidem gratia, vt ſeruum illum Stichum quem diligebam (de Sticho enim aut alio indiuiduo ponendus caſus eſt, non de ſeruo in genere, (vt malè Tribonianus ponit) in quem nulla cadere affectio poteſt) tanto beneficio afficerem, vt ex mea pecunia & emi & conſequi libertatem poſſet, gratia autem ipſius, vt beneficio meo & meæ pecuniæ libertatem conſequeretur, ſolumque mandatum illud excipitur, quod tua tantum gratia ſit, quia conſilium magis eſt, quàm mandatum, ideóque nec obligatorium *leg. 2. infra mandat.* Illud ſanè credibile eſt, deceptum Tribonianum ex eo quod contractus hic mandati eo modo concepti, qui in hoc §. ponitur, proximè accedere videatur ad contractum *do vt facias* innominatum, & ex quo naſci condictio ſolet, ſiue ex pœnitentia, ſiue ex eo quod cauſa non ſit ſecuta *leg. naturalis* 5. *§. at cùm do inf. de præſcript. verb.* itémque actio præſcriptis verbis, ſi cauſa ſecuta non ſit, nõ tamen ex ſola pœnitentia, vt oſtendimus in præcedentibus, item ex eo quod in contractu mandati, perinde locus eſt pœnitentiæ, atque in contractu do vt facias, *l. ſi verò non remunerandi* 12 *§. pen l. ſi quis alicui* 27 *& d. l. ſi mandaſſem* 15. *infr. mandat.* ſed non tamen ad eundem finem, hoc eſt, ad inducendam vllo vnquam caſu condictionem. Sanè ſi dederim tibi decem, vt Stichum tibi emas & manumittas, erit quidem mandatum, ſed tua tantùm gratia factum, & per conſequens non pariet mihi actionem mandati, quia nec quicquam mea intereſſe videri poteſt: qua de cauſa nec condictio tanquam cauſa non ſecuta mihi dãda erit, ſiue non emeris, ſiue emeris, necdum tamen manumiſeris, non enim magis condictio, quàm mandati, aliáve vlla actio dari poteſt ei, cuius nihil intereſt: tantum abeſt, vt mihi hoc caſu licere debeat pœnitere, cùm nihil mea interſit. Videor enim pecuniam quam dedi tibi tua gratia nõ tantùm dediſſe, ſed etiam donaſſe *leg. cùm ancillam* 6 *& ſeq. Cod. hoc titul. l. ſi maiores* 25. *C. de tranſact. l. cum per errorem* 53. *l. donari* 82. *de regul. iur.* ſed & cùm meo

intereſt, quia mandatum aut mea tantùm, aut mea & tua gratia factum eſt, an non abſurdum eſt pœnitentiæ locum dare, à quo tempore res integra eſſe deſiit? d. §. *rectè Inſtit. de mandat.* Atqui nemo non videt rem non eſſe integram, cùm mandani tibi, vt ſeruum emeres, & manumitteres, ſi iam emeris quamuis nondum manumiſeris, iam enim ſeruus emptus eſt, quem non emiſſes, ſi non ego mandaſſem, in eámque rem tibi pecuniam dediſſem. Et tamen placet Triboniano, etiam hoc caſu locum eſſe pœnitentiæ. Vnde Bartolus infert, etiamſi ex altera parte aliquid iam factum ſit, ad implendum contractum, ſi tamen nondum eſt perfectum, eſſe nihilominùs locum pœnitentiæ: quod certè falſum eſt non minùs in contractu innominato, quàm in mandato, cùm ſufficiat omni caſu rem deſiiſſe eſſe integram, & cœpiſſe intereſſe illius in cuius fraudem & iniuriam conſilium mutatur, vt diximus ad initium huius legis, quod nec Tribonianus negat, cùm huius ſuæ ſententiæ rationem illam adfert, quia hoc caſu pœnitentia non faciat iniuriam ei, qui redemit [ vbi valde impropriè *redemit* pro *emit*: omnis enim redemptio emptio eſt ſecunda, ſed non viciſſim omnis emptio redemptio ] ob eámque cauſam velut remedij loco inducit, vt pro decem quæ à me accepiſti, ſeruum ipſum quē emiſti, mihi reſtituas: quod in actione quidem mandati facilè admitti poteſt, quia non pluris mea intereſt, ſed in cōdictione non item, in quam non aliud venire ſolet, vt diximus, quàm quod datum eſt, vt verò illud etiam veniat, quod ex altera parte impletum fuit, prorſus inauditum & abſurdum eſt. Sed & in priore caſu huius §. cùm dedi tibi decem, vt Stichum emas & manumittas, ſi antequàm emas me pœniteat, licèt verum eſſet quod Tribonianus putat, & nos negamus dandam mihi ex pœnitentia condictionem, inepta tamen eſt adiectio illa *ſi hoc ei manifeſtum fecerit*, ſed ineptior ratio quam ſubiungit *ne ſi poſteà emat damno adficiatur* Illa enim ratio in mandato bona eſt, ſed vt me tibi obliget actione contraria mandati *d. l. ſi mandaſſem 15. inf. mandat.* non autem cùm de condictione quæritur in quo caſu certioratio pœnitentiæ neceſſaria eſt, non ob eam rationem ne tu ex pœnitentia damno adficiaris, ſed potiùs ne mihi pœnitentia mea ſit inutilis, ſi tu ex parte tua priùs impleas quàm fueris certioratus, omnes enim conſentiunt etiam in contractibus innominatis, non niſi rebus omnibus integris pœnitentiæ locum eſſe poſſe, & poſtquàm ex vtraque parte impletum eſt, neutra ex parte actionem competere, alioqui pœnitentia ſemper faceret iniuriam ei, qui ex parte ſua impleuiſſet, poſterior, ſi ei qui prior impleuit, daretur etiam poſt alterius implementum condictio Quemadmodum nec actio mandati ex pœnitentia competere mihi poteſt contra te, poſteaquàm ſeruum ex mandato meo emiſti, vt manumitteres, quamuis nondum manumiſeris, ſi modò manumittere paratus ſis, nec imputari tibi quicquam poſſit, cur nondum manumiſeris. Itaque cùm rationes dubitandi ad hunc §. multæ ſint, vt conſtat ex ſuperioribus, decidendi tamen ratio adferri pro Triboniano contra veram Iuriſprudentiam nulla poteſt, ſequitur apud Tribonianum,

a *Aut ſi ante deceſſerit.* RAT. DVB. Vnaquæque res perit domino, cuius enim alterius periculum eſſe melius, aut iuſtius poteſt, quàm domini? *l. quæ fortuitis 6. l. pignus 9. C. de pignor. act. l. contractus 23 de regul. iur.* atqui dominium huius ſerui quem ponimus deceſſiſſe, antequàm fuerit manumiſſus, fuit emptoris qui enim ſibi emit, non illius qui pecuniam dedit, vt emeretur, cùm emerit eum non ſolùm ſuo nomine, quod ſufficeret, ſed etiam quod magis eſt, ex ſua pecunia *l. 1. & per tot. tit. C. ſi quis alter. vel ſib.* Periculo igitur ipſius mortuum eum eſſe neceſſe eſt, ac proinde defuncto quoque ipſo eandem durare condictionem ſaltem æſtimationis ſerui, quàm viuo eo corporis ipſius dandam Tribonianus putauit *arg. l. 3. § ſed ſi tibi verſ. quinimò ſupr. hoc tit. l. in re furtiua 8. inf. de condict. furt.* præſertim cùm poſſit ei imputari, cur non citiùs eum vel manumiſerit, vel reddiderit, quamuis per eum factum non ſit, vt ſeruus moreretur: ponimus enim fato ſuo aut alterius facto peremptum, non ab eo ipſo qui emit occiſum: quo vtique caſu nemo diceret, eum ſuo facto liberationem ſibi acquirere potuiſſe *l. ſi ſeruum 91. in princip. & §. nunc videamus infr. de verb. oblig.* DEC. Nihil imputari poteſt ei, qui accepta pecunia, vt Stichum emeret ac manumitteret, eum emit poſteà manumiſſurus, ſi modò non fuerit in mora manumittēdi. Proinde ſi veram iuris rationem inſpicimus, non eſt, quòd condictionem ſiue Stichi, ſiue pecuniæ aut mandati actionem vllam vereatur, ſiue viuo Sticho, ſiue mortuo, niſi pœnitentia & pœnitentiæ certioratio præceſſerit emptionem *d. l. ſi mandaſſem 15. infr. mandat.* Et tamen dat in eum Tribonianus condictionem ex pœnitentia eius, qui pecuniam dedit, & quidem ad ſeruum ipſum, inuita certè, vt oſtendimus, Iuriſprudentia. Meritò igitur vt falſiſſimam & iniquiſſimam ſententiam aliquo temperamento leniret, adiecit Tribonianus, ſi ante deceſſerit hic Stichus, quàm fuerit reſtitutus, nihil præſtare emptorem debere, ſi non & ipſe mortis cauſam præbuerit: nam emptor qui etiam viuo Sticho, neque condictione, neque mandati actione teneri debuit, multo minùs conueniri poteſt, poſt mortem Stichi ſuo fato defuncti: quamquam ſi Tribonianeam Iuriſprudentiam hac parte pro vera haberemus, diſtinguendum eſſet, non tantùm an mortis cauſam emptor præbuiſſet, verùm etiam vtrum in eo reſtituendo, poſt inſtitutam condictionem, aut ſaltem poſt certiorationem pœnitentiæ moram emptor feciſſet, mora enim faceret vt defuncti quoque Stichi æſtimationem præſtare emptor deberet *d. l. in re furtiua d. l. ſi ſeruum 91. § vlt. iunct. l. ſi ex legati 23. & ſeq. de verb. oblig* ſequitur,

b *Quod ſi fugit, nec culpa eius contigit qui redemit.* Hîc quoque Tribonianus valde impropriè ſuo more vocat redemptorem eum, quem emptorem dicere debuerat, redemptores enim longè alio ſenſu à prudentibus noſtris dicuntur, & ab Vlpiano ipſo, qui ſuis cæmentis alij ædificant in *l. redemptores 39. ſupr. de rei vindic.* & tum quoque cùm de contractu emptionis tractamus, redemptio ſecunda emptio dicitur, quaſi *retro emptio*, nunquam prima, ſed Triboniani inſcitiam non minùs improprietate verborum quàm iuris iniquitate detegi conueniens fuit. Planè quod in hac *verſ.* ſcribitur, ſi Stichus quem ex mea pecunia emiſti, fugerit, neque culpa tua id contigerit, nihil te præſtare debere, bonam rationem habet, & tam apertam, vt neque monendum id fuiſſe videatur, ſolet enim hæc diſtinctio adhiberi in alieni ſerui poſſeſſore, ſiue bonæ, ſiue malæ fidei poſſeſſor fuerit, vt in *l. ſi bonæ fidei 21. ſupr. eod. ill. tit. de rei vindic. l. item ſi cùm 14. §. quatenus ſup. quod met. cauſ.* At hic emptor plus quàm bonæ fidei poſſeſſor eſt, cùm ſit factus per emptionem verè ac licitè dominus,

ſminus & ex mea voluntate, licèt ex mea pecunia ement *d.l.1.& tot.tit.C.ſi quis alter vel ſibi*. Nihil ergo eſt quod ei poſſit imputari, & propter quod teneri debeat de fuga ſerui proprij, etiamſi minùs diligenter ſin eo cuſtodiendo verſatus ſit, niſi ponas fugiſſe poſt litem conteſtatam de condictione, quam contra eum dat Tribonianus: debuit enim ab eo tempore proſpicere futurum, vt ad eius reſtitutionem quandoque condemnaretur ex Tribonianea Iuriſprudentia, & ideo maiorem in eo ſeruo cuſtodiendo diligentiam præſtare, ſecundum diſtinctiones poſitas in *d.l.ſi bona fidei*. Ex hôc porrò fit tanto apertiùs, quod iam monuimus, malè Tribonianũ quæſtionem hanc concipere de ſeruo emendo in genere, cùm debuerit concipi de Sticho aut Pamphilo in ſpecie, non ſolùm quod in ſeruum genericè ſumptum nulla poſſit cadere adfectio, propter quam manumitti eum quis deſideret, vt diximus, ſed etiã quia ſi actum eſſet de homine in genere emendo, poſſet imputari emptori, cur fugitiuum emiſſet, & ideo adhibenda eſſet alia diſtinctio, an fugitiuum ſciens emiſſet, an ignorans, & rurſum an aliquam haberet actionem eo nomine contra venditorem, an nullam, vt eo caſu quo haberet, ſaltem cedere ac præſtare illam cogeretur ex *reg.l.quod debetur 51.in fi. infr.de pecul.l.in creditore 38.in fin.de euict.* quorum omnĩũ nihil dici poteſt, cùm actum fuit de Sticho aut Pamphilo emendo, ſibi námq; imputet is qui pecuniam dedit, vt hîc vel ille emeretur, nec prius diligentior fuit in inquirẽdo qualis ille eſſet. Sequitur,

c *Planè repromittere eum oportet*. RAT. DVB. Non eſt onerandus repromiſſione is, qui nulla actione conueniri poteſt, alioqui ſuperuacua eſſet cautio, qua tamen onerari nemo debet l. *hæc ſtipulatio 15.§.1.infr. vt legat. ſeruand. cauſ. caueat.* non ſolùm ſi ſatiſdatio petatur, cùm non tam facilè ſit inuenire fideiuſſorẽ *l.2.§.ſed ſi dubitetur ſupr. de iudic.* ſed etiãſi nuda cautio quæ repromiſſione contenta eſſe ſolet, quæque ſola in dubio cautionis nomine ſignificatur l.4.C. *de verb.ſignific.l.pacta conuenta 72.infr de verb.ſignif.l.ſi dictum 56.de euict.* eſt enim etiam onus aliquod nudæ repromiſſionis *l.3.in princ.ſupr.* Vnde eſt, quòd ſi ſine dolo malo rem penes te depoſitam amiſeris, non ſolùm depoſiti non teneris, ſed neque cauere & repromittere debes, ſi deprehenderis eam reddi, quãuis ſi ad te iterum peruenerit, depoſiti teneaaris *leg ſi fine a o.infr. depoſ.* Quanto minus igitur repromiſſione onerandus eſt hic, de quo agimus, cius ſerui nomine cuius dominus ſi nec depoſitarius tenetur repromittere pro re depoſita, quæ eſt aliena ? DEC. Dato vno abſurdo & inconuenienti, multa ſequi neceſſe eſt. Poſtquam igitur Triboniano placuit ita ius conſtituere, vt is cui pecunia data eſt ad ſeruum emendum & manumittẽdum, teneatur condictione ob pœnitentiam eius qui dedit, etiamſi pœnitẽtiam emptio ſerui præceſſerit, illud etiam eodẽ errore fieri neceſſe eſt, quomodo Paulus loquitur in *l. & ex diuerſo 35.§.1.ſupr. de rei vindic.* vt ſi ſeruus hic fugerit, ideóque nec reſtitui per condictionem poſſit, ſaltem repromiſſione oneretur emptor, qui à reſtituendi neceſſitate liberatur. Depoſitarij alia ratio eſt, de quo in *d.l.ſi fine*, non quia durius adſtringendus ſit procurator, de quo hîc agitur, cùm etiam de leuiſſima culpa teneatur l. *à procuratore 13.C. mandat.* quàm depoſitarius qui non tenetur, niſi de dolo, & lata culpa ſi non aliud conuenerit *l.1.C.depoſ.d.l.contractus de reg. iur.* (ponimus enim nullam emptoris culpam in ſerui fuga interueniſſe, ne quidem leuiſſimã, niſi fortè imputare pro culpa quis velit aduerſarij pœnitentiam voluntariam, quod eſſet ridiculum) ſed quia depoſitarius de ſolo tenetur dolo, & lata culpa, vt diximus, hic verò emptor ex Tribonianea Iuriſprudentia ob ſolam dantis pœnitentiam tenetur condictione, tametſi nulla penitus culpa eius interuenerit in mãdato implendo. Ergo & quãuis citra vllam ipſius culpam ſeruus fugerit, repromiſſione tamen eum onerari æquum eſt, de eo ſeruo ſi in poteſtatem ſuam quandoque peruenerit, reſtituendo, vt repromiſſio illa interim ſit pro ea reſtitutione, quæ vi condictionis facienda eſſet, ſi ſeruus nõ fugiſſet. Malè verò Bartolus Accurſium reprehendit in eo, quòd emptorem hunc vocat procuratorem eius qui dedit pecuniam ad emendum ſeruum, quaſi nullum hîc ſit mandatum, quod nos eſſe probauimus, nec tamen valdè recedit à reſponſione Accurſij, cùm ait emptorem hunc, licèt verè procurator non ſit, eſſe tamen procuratori ſimilem, quia & contractus hic, quãuis ſit innominatus, mãdato tamen ſimillimus eſt: facerè proculdubio, & ſuauiter. Quid enim poteſt ſimilius eſſe mandato, quàm mãdatum ipſum ? ſi tamen ſimile dici poteſt, quod idem eſt. Malè denique & Accurſius & Bart. reſpondent ad *d.l.3. in princ. ſupr.* non eſſe ibi locum repromiſſioni, quòd habeat exceptionem, qua ſatis tutus ſit, nam longè alia vtriuſque loci ratio eſt, quam ibi expoſuimus.

3 ¶ Sed ſi acceperit pecuniam, vt ſeruum manumittat, iſque fugerit prius quã manumittatur, videndum, an condici poſſit, quod accepit. & ſi quidem diſtracturus erat hunc ſeruum, & propter hoc non diſtraxit, quod acceperat, vt manumittat: non oportet ei condici. planè cauebit, vt, ſi in poteſtatem ſuam peruenerit ſeruus, reſtituat id, quod accepit, & eo minus, quò vilior ſeruus factus eſt propter fugam. Planè ſi adhuc eum manumitti velit is, qui dedit: ille verò manumittere nolit propter fugam offenſus: totũ, quod accepit, reſtituere eum oportet. Sed ſi eligat is, qui decem dedit, ipſum ſeruum conſequi neceſſe eſt, aut ipſum ei dari: aut, quod dedit, reſtitui. Quòd ſi diſtracturus non erat, eũ oportet id, quod accepit, reſtitui, niſi fortè diligẽtius eum habiturus eſſet: ſi non accepiſſet, vt manumitteret, tunc enim non eſt æquum, eum & ſeruo, & toto pretio carere.

*Ad §.3. Sed ſi acceperit.*

Pergit Tribonianus in ſuis perſequendis diſtinctionibus, ex eodem errore profluentibus quo ille in ſuperioribus credidit, eſſe contractum innomi-

Digitized by Google

natum, do vt facias, ſi dem tibi ſeruum meum, vt illum manumittas, vt 10 §. *ſi ſeruum*, aut decem, vt Stichum emas, & manumittas, aut pecuniam vt ſeruum tuum manumittas. Et hic caſus eſt quem Tribonianus tractat ab his verbis vſque ad finem huius legis, ita vt vltimus § mihi hinc videatur eſſe inchoandus. Quærit ergo Tribonianus, ſi acceperit quis pecuniam, vt ſeruum proprium manumittat, iſque ſeruus fugerit, priuſquam manumittatur, an condici poſſit data pecunia. Et diſtinguit, quomodo aliàs diſtingui ſolet, cùm quæritur an debitor, aut poſſeſſor rei alienæ naturali interitu rei poſt moram contingente liberetur, *leg. item ſi verberatum 15. § vlt. & l. ſeq.* vbi diximus *ſupr. de rei vindic. l. cùm res 47. §. vlt. infr. de legat. 1. l. ſi plures 14 §. vlt infr. depoſit.* an tu diſtracturus eum ſeruum fueras, niſi pecuniam ad manumittendum eum accepiſſes, an verò non fueris diſtracturus. Priore caſu ait, non eſſe locum condictioni, ſed ſufficere ei qui pecuniam dedit, vt ei caueatur à domino ſerui, noda ſcilicet repromiſſione de reſtituenda ea pecunia, ſi ſeruus in poteſtatem ſuam peruenerit, deducto tamen ex ſumma, pro qua cauendum eſt, eo quo vilior ſeruus factus eſt, propter fugam. poſteriore verò caſu vult reſtitui debere pecuniam, quæ data eſt, niſi fortè, inquit, diligentiùs eum habiturus eſſet, ſi non accepiſſet, vt manumitteret, quia tunc non ſit æquum, & ſeruo & toto precio eum carere. Rurſum in priore diſtinctionis caſu ſubdiſtinguit, an is qui pecuniam dedit, adhuc manumitti ſeruum velit: dominus autem ſerui nolit propter fugam offenſus, an verò malit is qui decem dedit, ſeruum ipſum conſequi. Priore caſu placet Triboniano, ſerui dominum id totum quod accepit, reſtituere, et condictionem debere: poſteriore autem vel ſeruum ipſum, vel quod pro eo manumittendo accepit, æquè per condictionem reddere. Hic enim totius huius §. ſenſus eſt vſque ad verba illa *ſed vbi accepit* à quibus noſtri vulgo inchoant §. *vlt huius legis*, tametſi eundem tractatum proſequatur de hoc ipſo ſeruo pro quo manumittendo pecunia data eſt, niſi quod ponit, deceſſiſſe ante manumiſſionem ſeruum hunc, quem prius poſuerat fugiſſe. Apparet igitur ex tot diſtinctionibus & ſubdiſtinctionibus, ſoli Triboniano, & poſt eum Bartolo, at non etiam Vlpiano familiaribus tractare Tribonianum de condictione danda, ex hoc cōtractu quaſi innominato, do vt facias, cùm tamen videatur eſſe mandatum, perinde atque in ſuperioribus caſibus, & in hoc ſolùm differens, quòd factum eſt de ſeruo iam tuo manumittendo, mea igitur gratia, & tua, & aliena: mea quidem, quoniam hominem beneficio adfici intereſt hominis *l. ſi ſeruus 7. infr. de ſeru. expor.* augeri verò numerum hominum libertorum, intereſt etiam reipublicæ: tua verò vt decem habeas, & retineas, quæ tibi dedi, vt ſeruum hunc tuum manumitteres: aliena denique, id eſt, Stichi ſerui tui manumittendi gratia, vt ex manumiſſione conſequi libertatem poſſit. Ex quibus cauſis conſtat mandati obligationem rectè conſiſtere, & ex ea proinde mandati actionem naſci poſſe, condictionem non poſſe, ſed cùm mādatum debeat eſſe gratuitum *l. 1. §. vlt. mand.* ne alioqui degeneret in locationem, vt ibidem ſcriptum eſt in propoſito, cùm data ſit pecunia, non poteſt eſſe mandatum *eod.* vel emptio ſi data ſit pro precio, veluti ſi ſeruus fuerit venalis, vt in hoc §. *ſequ.* vel contractus innominatus ſi non ſit venalis *l. naturalis 5 §. at cùm do infr. de praſcr. verb. iunct. l. 1. C. de rer. permut.* De actione igitur venditi quoque tractare & quærere Tribonianus debuit, cùm tractet etiam de ſeruo venali, non de cōdictione ſola. Sed neque vlla cauſa dubitandi ſuberat, an eſſet danda actio aliqua contra eum qui accepit pecuniam, vt ſeruum ſuum manumitteret, cùm ſeruus ſine culpa domini prius aufugiſſet. quid enim eſt hoc caſu, quod poſſis domino imputare, & propter quod diſtingui oporteat, an dominus eum diſtracturus fuerit, necne, imò potius an aliqua eius culpa interceſſerit in fuga ſerui, an nulla, & an in manumittendo ſeruo moram fecerit, an non? Quamquam nec credibile eſt, euenire facilè poſſe, vt ſeruus fugiat, qui iamiam manumittendus eſt, nec proinde, vt cuſtodiri tam diligenter debeat, ne fugam ſtruat? Sed mos hic eſt Triboniani, vt per huiuſmodi diſtinctiones & ſubdiſtinctiones in perquirendis multis caſibus ſuam oſtentet diligentiam, ne quid prætermiſiſſe videatur, & tamen caſum aliquem ſemper prætermittat, quod & hîc ab eo factū eſt: prætermiſit enim duas illas diſtinctiones, quæ maximè erant neceſſariæ, an domini culpa ſeruus fugerit, an nō, quam adhibuerat in caſu præcedente, & an manumiſſioni mora aliqua facta ſit ante fugam, necne, quæ adhibetur in §. *ſeq.* vbi agitur de ſeruo, qui manumitti debuerat ante manumiſſionem defuncto, non enim maior cauſa fuit has adhibendi diſtinctiones in aliis caſibus, quā in huius §. quæſtione. Deinde quam obſecro, rationem habere poteſt illa diſtinctio, an diſtracturus fueras ſeruum hunc, an non diſtracturus, pro quo manumittendo pecuniam accepiſti, cùm accipiendo pecuniam, vt manumitteres, diſtrahendi facultatem tibi præripueris, & diſtrahendi conſilium, ſi quod antè habebas, abieceris? Eſt enim quod tibi imputes etiā ſi diſtracturus alioquin fueras, cur malueris pecuniam accipere, vt eum manumitteres, nam hoc modo & quaſi eius pecuniæ precio diſtrahere illum voluiſti, & hanc diſtrahendi ſpeciem eligere maluiſti, vt in *l. ſi is qui 4. Cod. ſi mancip. ita fuer. alien* denique hoc ſaltem videris maluiſſe, vt in *l. ſi patre cogente 22. in fin. de ris. nupt. infr.* At diſtinctio illa erat omnino neceſſaria, an dominus moram manumiſſioni feciſſet, an non, quia poſt moram periculum omne pertinet ad moroſum *d. l. ſi ex legati 23. cū l. ſeq. l. ſi ſeruum 91. §. ſequitur & §. vlt. infr. de verb. oblig.* adeòque quod magis eſt, ſuccedit hoc caſu poteſtas cōſtitutionis, quæ ſeruum hunc facit ipſo iure liberum, ex quo tempore præſtari libertas potuit, nec præſtita eſt *d. l. ſi is qui & l. vlt. C. eod. & §. ſi ſeruum*, vbi diximus *ſupr. hac lege*, vt proinde ſeruo hoc facto libero priuſquam fugeret, nullus his diſtinctionibus locus reliquus eſſe poſſit, multo minus condictioni, ſiue ſerui ſiue pecuniæ: maximè cùm ſeruus venalis fuit, vt in prima parte diſtinctionis *l. naturalis 5. §. 2. de praſcr. verb. iunct. l. 1. C. de rer. permut.* Quid enim refert quod ad ſubtrahendum dominium ſerui pertinet, vt loquitur *l. inter omnes 46. infr. de furt.* an ſeruus manumittatur, an diſtrahatur, an denique moriatur? Nam ſi venalis non fuit, non poteſt certè locus eſſe conſtitutioni, cùm is qui pro ſeruo manumittendo pecuniam dedit, nō dixerit legem ſeruo ſuo, ſed alieno, vt dixi ad *l. 3. §. ſed ſi tibi dedero & ad l. 5. §. 1. ſup.* Rurſus nec illud defendi poteſt, quod Triboniano placet in *verſic. Planè cauebit*, cùm ſeruus fugit cauere dominum debere, vt ſi in poteſtatem ſuam quandoque ſeruus peruenerit, reſtituat id quod accepit, nec tamen totum, ſed eo minus quo vilior ſeruus propter fugam factus eſt. Cur non enim cauet, potius

tius

tius nuda ſcilicet repromiſſione de eo manumittendo, cùm in poteſtatem ſuam peruenerit: quandoquidem ad hoc ipſum accepit pecuniam, vt ſeruum manumitteret, non vt pecuniam redderet. Aut ſi hoc ita eſſe volumus, quaſi in eius arbitrio & poteſtate manere debeat, an ſeruum manumittere velit, an non, quaſi propter fugam offenſus, vt Tribonianus loquitur in *verſicul. ſequent.* Quidni ergo cauere eum cogimus de toto eo, quod accepit, reſtituendo? nempe ſi admittere illud volumus quod idem Tribonianus ſubiicit in *verſicul. ſequent. Planè ſi a illum*, ſi reuerſum à fuga ſeruum adhuc manumitti velit is, qui pecuniam dedit, dominus verò nolit manumittere propter fugam offenſus, totum quod accepit, reſtituere eum oportere. An non enim ſatis voluntatem ſuam declarat dominus, quòd nolit hunc ſeruum manumittere, nec ſi in poteſtatem ſuam reuertetur, cùm non vult cauere niſi de reſtituendo id, quod accepit, nec id quoque totum, ſed eo minus, quo vilior ſeruus factus ſit, quem Accurſius noſter dubium euentum malè interpretatur ex *l. item Labeo 12. & ſequen. ſuprà famil. erciſcunda*. Nullus enim dubius euentus hic æſtimandus eſt, ſed quanto vilior reuera ſeruus factus eſt propter fugam, quia nec in dubio quicquam poſitum eſt, niſi an ſeruus ſit reuerſurus. Sed neque hoc verum eſſe poteſt, quod ſcriptum eſt in *dict. verſic. Planè ſi a. huc* debere dominum id totum, quod accepit, reſtituere, ſi nolit ſeruum manumittere, propter fugam offenſus, quaſi debeat ſibi imputare, cur non potius manumittat. Nam præter id quod hoc caſu ſeruus, ſi venalis fuit, è veſtigio rapitur ipſo iure in libertatem, ſola conſtitutionis poteſtate, vt diximus ex *dict. leg. ſi is qui 4. & dict. leg. vltim. Cod. ſi mancip. ita fuer. alien. & dict. §. ſi ſeruum ſuprà hac leg.* manente ſcilicet eadem illius qui pecuniam dedit, voluntate, vt præſupponimus, *leg. 1. & dict. leg. vltim. Cod. ſi mancip. ita fuer. alien.* nulla ratio eſt, vt augeatur obligatio domini, ob id ſolùm, quòd nolit hunc manumittere, offenſus propter fugam, cum negari non poſſit, quin ea ſit iuſtiſſima cauſa offenſionis, & ab initio non ad aliud fuerit obligatus, quàm vt caueret, & repromitteret de parte duntaxat pecuniæ reſtituenda: detracto ſcilicet quanto vilior ſeruus propter fugam eſſe cœperit, quem ſi ante fugam, vt deſtinauerat, vendidiſſet, viliorem nunc non haberet. Illud autem multo minus ferri poteſt, quod ſubiicitur in *verſicul. ſed ſi eligat.* ſi eligat is, qui decem dedit, ipſum ſeruum conſequi, neceſſe eſſe, aut ipſum ei dari, aut quod dedit, reſtitui. Quænam enim, obſecro, adferri ratio poteſt, ob quam ſit æquum, electionem hanc dari ei qui decem dedit, vt ipſum ſeruum conſequatur, cum non ſeruum ipſe dederit, vt in *dict. §. ſi ſeruum* ſed decem? Quanam verò actione ſeruum ipſum conſequi poterit? Non alia vtique, ſi Tribonianum conſulis, quàm condictione ob cauſam dati cauſa non ſecuta, quam ſolam dat Tribonianus, ex hoc contractu tanquam innominato. Atque ita miſer Accurſius (quis enim eius non miſereatur, quem Tribonianus, ſub Vlpiani nomine, tam imprudenter decipiat?) interpretari hunc locum cogitur, vt electio hæc fiat per condictionem ob cauſam dati, cauſa non ſecuta: quaſi hæc condictio non ſolùm pro re data proponatur, inquit, vt repetatur, ſed etiam, vt promiſſa præſtentur, vt in *§. item ſi quis dederit ſuprà & leg. 3. §. ſed ſi tibi dedero.* Quod tamen falſiſſimum eſt, & à Bartolo quoque meritò reprehenſum, non ob id ſolùm, quòd in eam rem comparata ſit actio præſcriptis verbis, ad conſequendum id, quod intereſt quaſi manca condictionis poteſtate, cùm nihil aliud ſit condictio, quàm dati repetitio, hæc præſertim, quæ ideò ſpecialiori nomine condictio ob cauſam dati appellatur, ſed alia etiam, eáque optima, nec inſubtili ratione, quòd actio hæc ſit ex earum numero, quæ extra id quod agitur, tacito quodam iure naſcuntur, vt Pomponius loquitur in *l. is qui 13. inf. a Commod.* & quam proinde abſurdum eſſet, dari ad implendum id, quod agitur, & quod fieri debet, multo magis, ſi quis dicat, dari eam debere ad id, quod nullomodo promiſſum videri poteſt, id eſt, ad ſeruum ipſum reſtituendum, quem non reſtituere, ſed manumittere ex contractu dominus debuerit. Aliud enim eſt, manumittere debere, aliud non manumiſſum reſtituere, aliud denique ob non factam manumiſſionem, quanti actoris intereſt, præſtare. Condictio nihil horum trium perſequitur, actio præſcriptis verbis nihil niſi vltimum, nunquam primum neque ſecundum. Quid enim eſſet abſurdius, quàm dicere, condictionem, quæ nunquam datur ad implendum etiam id quod conuenit, dari ad implendum id quoque, quod non conuenerit? Sed non melius idem Bartolus hunc locum interpretatur: vult enim ſic intelligendum eſſe, vt condictio quidem detur ei, qui pecuniam dedit, ſed ad repetendam ipſam pecuniam directò, non etiam ad conſequendum ſeruum, niſi officio iudicis, & ita demum reſtituere pecuniam nolit, apertè contra Triboniani verba, quæ dant electionem ei, qui pecuniam dedit, vt ſeruum ipſum poſſit conſequi, ſi id malit, quàm pecuniam repetere, cùm tamen Bartolus ſua iſta interpretatione det electionem hanc ei, qui pecuniam accepit, ſicut & tribuit officio iudicis, quod ex Triboniani Iuriſprudentia acceptum ferendum eſt poteſtati actionis & condictionis, vt taceam, quod iam aliàs ſæpius monui in actionibus ſtricti iuris, quales ſunt omnes cōdictiones, officio iudicis locum eſſe non poſſe, cùm in illis adſtrictus ſit iudex pedaneus formulæ tanquam glebæ, ſed tantùm in actionibus bonæ fidei & arbitrariis: quanquam & Tribonianus ipſe videtur mihi in hoc ſecū pugnare. Nam poſteaquam ſcripſit, *ſed ſi eligat is, qui decem dedit, ipſum ſeruum conſequi* ſcilicet quòd eum malit ſibi præſtari, quàm manumitti, & quàm decem ſibi reſtitui, ſtatim ſubiicit *neceſſe eſt aut ipſum ei dari, aut quod dedit, reſtitui.* Quibus verbis cùm eum, qui pecuniam accepit, conſtituat debitorem alternatiuum, aut dandi ſerui, aut reſtituēdæ pecuniæ, hoc ipſo dat ei electionem, quam prius dederat actori, cùm ex regula iuris & ciuilis & Pontificij in alternatiuis electio ſit debitoris *l. plerumque 11. §. vlt. inf. de iur. dot.* atque ita fiet, vt vterque electionem habeat, & neuter: quòd manifeſtam implicat contradictionem. Poſterior autem pars primæ diſtinctionis, quam Tribonianus concipit his verbis, *Quòd ſi diſtracturus non erat, tunc oportet id quod accepit, reſtitui*, ſcilicet totum, nullam quoque rationem habet: quamuis enim is, qui pecuniam accepit, vt ſeruum manumitteret, diſtracturus eum non fuerit, an ideò ſtatim conſequens eſt, vt pecuniam reddere omnimodo debeat, etiāſi nihil ei poſſit imputari, cùm pona-

mus citra vllam ipſius culpam ſeruum fugiſſe? Sed exceptio, quæ ſtatim ſequitur, *niſi fortè diligentius eum habiturus eſſet ſi non accepiſſet, vt manumitteret, tunc enim non eſt æquum eum & ſeruo & toto precio carere*, longè ineptior eſt: primum, quia nec ſciri, nec probari hoc vllomodo poteſt, an fuerit dominus hunc ſeruum diligentius habiturus, ſi pecuniam non accepiſſet, an verò negligentius nihílque niſi inextricabilem facti quæſtionem & litis materiam, diſtinctio hæc præbere poteſt. Deinde quia etiãſi ex facto conſtaret, fuiſſe dominum tanto diligentius habiturum ſeruum hũc ſi pecuniam non accepiſſet ad eum manumittendum, tanto maior tamen ratio eſt, vt ad pecuniæ reſtitutionem condemnari debeat, cùm negligentia quæ in rebus propriis culpanda eſt, in alienis ſit coercenda *l. ſi conſtante* 24. §. *ſi maritus inf. ſolut. matr.* nec enim ſalua fide, & ſine dolo, poteſt quis minorem alienis rebus, aut negotiis, quàm ſuis diligentiam præſtare *l. quod Nerua* 32. *in fi. depoſ.* Quãuis conetur Accurſius reſpondere, non eſſe veriſimile, vt fugere velit ſeruus, qui ſperet libertatem, ideóque nec ſolere dominum eos ſeruos quos vltrò manumittere cogitet, diligentius cuſtodire: dicimus enim licere vnicuique in ſuis quidem rebus verſari negligentius, ſed in alienis non licere *d.* § *ſi maritus.* Sequitur vltimus §. æquè Tribonianeus, quem noſtri vulgo inchoant ab his verbis, quæ tamen nos mallemus vnico contextu legi:

4 ¶ Sed vbi accepit, vt manumitteret, deinde ſeruus deceſſit: ſi quidem moram fecit manumiſſioni, conſequens eſt, vt dicamus eum refundere, quod accepit. Quòd ſi moram non fecit, ſed cùm profectus eſſet ad præſidem, vel àpud quem manumittere poſſet, ſeruus in itinere deceſſit, verius eſt, ſi quidem diſtracturus erat, vel quo ipſe vſurus, oportere dici, nihil eum refundere debere: enimuerò ſi nihil eorum facturus erat, ipſi adhuc ſeruum obiiſſe: decederet enim, & ſi non accepiſſet, vt manumitteret: niſi fortè profectio manumiſſionis gratia mortis cauſam præbuit: vt vel à latronibus ſit interfectus, vel ruina in ſtabulo oppreſſus, vel vehiculo obtritus, vel alio quo modo, quo non periiſſet, niſi manumiſſionis cauſa proficiſceretur.

*Ad §. vlt. Sed vbi accepit:*

Noua in hoc §. ſed tamen circa eandem facti ſpeciem quæſtio proponitur de eo qui pecuniam accepit, vt ſeruum proprium manumitteret, qui tamen deceſſerit ante manumiſſionem, an condictione iſta teneatur, reſpondet verò Tribonianus ad quæſtionem adhibitis, vt fecit hucuſque ſuis diſtinctionibus, ſed tamen nouis. Ait autem diſtinguendum primò eſſe, an dominus qui propriũ ſeruum, ex hoc contractu manumittere debuit, moram fecerit manumiſſioni necne, priore caſu, inquit, conſequens eſt, vt dicamus refundere eum debere, quod accepit: poſteriore verò, ſi moram non fecerit, ſubdiſtinguit, an diſtracturus fuerat ſeruum dominus, vel eo ipſe vſurus, an nihil eorum facturus. Priore caſu concludit, oportere dici nihil refundere illum debere: refundere enim dicit eleganter, ſi diis placet, pro *reddere & reſtituere*, vt & paulo antè: poſteriore autem ſi nihil eorum facturus fuit, adhuc ipſi domino ſeruum obiiſſe, id eſt, ipſius periculo, vt per condictionem reddere pecuniam teneatur. *Decederet enim*, id eſt, deceſſiſſet, vt loquitur, & meliùs Accurſius *etſi non accepiſſet vt manumitteret.* Sed ad hanc poſteriorem ſubdiſtinctionis partem rurſus addit exceptionem, niſi fortè profectio manumiſſionis gratia mortis cauſam præbuerit, vt vel à latronibus interfectus ſit, vel ruina in ſtabulo oppreſſus, vel vehiculo obtritus, vel alio quo modo, quo non periiſſet niſi manumiſſionis cauſa proficiſceretur, id eſt, profectus fuiſſet. Hîc verò quis non miretur mecum, conſtantem hanc Triboniani noſtri, & inelegantiam & inſcitiam, ſiue contextum verborum, qui totus inſulſus & malè concinnatus eſt, ſiue iuris rationem ipſam intueamur: nam & cùm mora facta eſt manumiſſioni, licèt æquum ſit teneri eum qui moram fecit, vt morte ſerui poſt eam moram contingente non liberetur, *l.* 4. *ſuprà qui ſatiſd. cogant dict. l. ſi ex legati* 23. *& ſeq. l. ſi ſeruum* 91. §. *ſequitur & §. vltim. de verborum obligationibus*, non tamen condictione illum teneri æquum eſt, vt reddat quod accepit, cùm non ſit hic contractus innominatus ſi ſeruus fuit venalis, ſed actione vtili venditi, vt præſtet quanti intereſt actoris, quaſi ſit hic contractus venditionis, aut ſaltem ad exemplum venditionis *dict. leg.* 1. *Cod. de rer. permut.* in quo continebitur quicquid ei abeſt, propter contractum, & conſequenter pecunia ipſa quam dedit *leg. ſi commiſſa* 13. *Rat. rem haber. l.* 1. *de act. empt. l. in interdicto* 6. *Vnde vi.* niſi hoc quoque caſu poteſtatem conſtitutionis inducamus, ad faciendum ſeruum hunc ipſo iure liberum, ſaltem ſi venalis fuerit, vt ſuprà diximus ex *leg.* 4. *& vltim. Cod. ſi man. ip. ita fuer. alien.* [nam ſi venalis non fuit, aliud eſt, nec poteſt videri pecunia data pro precio *l. vltim infrà hoc tit. l.* 3. §. *ſed ſi tibi dedero ſuprà l.* 1. *Cod. de rer. permut.*] Quo caſu nec de eo quod intereſt, ſiue per actionem venditi, ſiue per actionem præſcriptis verbis, quicquam quærendum eſt, cùm poteſtate conſtitutionis conuentio effectum ſuum habuerit *dict. l. vltim. & penult. Codic. ſi mancip. ita fuer. alienand.* Quòd ſi moram in manumittendo ſeruo dominus non fecerit, indiſtinctè dicendum eſt, condictionem

hanc

hanc ceſſare ob cauſam dati cauſa non ſecuta, ſecundùm Proculi ſententiam ab Vlpiano noſtro relatam & probatam in *d.l.3. §. ſed ſi tibi dedero, verſicul. ſed ſi Stichus deceſſerit ſup.* præſertim ſi ponas, quod Tribonianus ponit, profectum iam dominum ad Præſidem, vel alium apud quem manumittere poſſet, & ſeruum in itinere deceſſiſſe. Quam enim maiorem diligentiam præſtare dominus poterat, vt manumitteret? Et cur hoc caſu requiramus, præterea vt dominus fuerit eum ſeruum diſtracturus? Quamuis Accurſius putet locum illum iuxta diſtinctiones, quæ in hoc §. ponuntur, intelligi debere, quod nos ibi iam refutauimus. Illud tamen multo minus probare poſſumus, quod Bartolus putat intelligendas eſſe has diſtinctiones de eo caſu, quo eum, qui pecuniam dedit, pœniteat dediſſe, velitque ille ex ſua pœnitentia habere condictionem. Nam præterquam quod Tribonianus in tota hac quæſtione, quam inchoauit ab illis verbis *ſed ſi acceperit*, nullam pœnitentiæ mentionem facit: an non ſera nimis eſt pœnitentia, poſtquam ſeruus deceſſit, qui manumitti debuit? Aut ſi ponas non modò pœnitentiam, ſed etiam pœnitentiæ certiorationem præceſſiſſe, quid attinet tot iſtas diſtinctiones, & ſubdiſtinctiones comminiſci, ad dandam ei actionem qui dederat pecuniam ad ſeruum manumittendum, niſi addas ſeruum hûc fuiſſe venalem? Quo caſu nec tractandum eſt de pœnitentia, cùm ſit contractus nominatus, multo minus de condictione, cùm ex contractu nominato non poſſit vllo caſu dari condictio, niſi integra ſint omnia. *§. rectè Inſt de mandat. l. ſi mandaſſem 15. l ſi hominem 30. infr. eod. ſit. tit.* nec magis ex pœnitentia, quàm quaſi cauſa non ſecuta, quam tamen dat Tribonianus in toto hoc §. perinde atque in ſuperiore etiam cùm ſeruus venalis fuit, niſi in certis caſibus, quos excipit, nec tam vt condictionem tamen excludat, cuius vt video, eximius, ne dicam, perditus amator eſt, quàm vt dominum, cuius ſeruus deceſſit, ab omni actione liberet. Nec poteſt ſibi temperare Accurſius, quin lungiores iſtas diſtinctionum ambages miretur, & reprehendat, cum ait, breuius potuiſſe dici, totam quæſtionem hanceò recidere, vt ſi tibi dem pecuniam, vt ſeruum tuum manumittas, & is mora interueniente vel fugerit, vel deceſſerit, non retineas pecuniam, ſed ſi ante moram vel fugerit, vel deceſſerit, vel quocunque caſu videri poteſt, per me factum eſſe (ſic enim abſque negatione legendum eſt apud Accurſium) vt neque ſeruum habeas neque ſerui pretium, tu eo caſu pecuniam retineas. Ex qua diſtinctione intelligimus Accurſ. exiſtimaſſe, parum referre, an ſeruus fugerit, an deceſſerit, eandémque diſtinctionem ex iuris ratione vtrique caſui accommodari poſſe, & debere. Quod & mihi videtur, neque improbabilem eſſe hanc Accurſij ſententiam, niſi quod cum Triboniano putat, eo caſu, quo pecuniam reddere debeas, tum quoque, cùm ſeruus venalis fuit, condictione te teneri, cùm debuerit dicere, teneri te actione venditi in id quod intereſt, aut vtili ſaltem actione ex empto *d.l.1. Cod. de rerum permutat.* quemadmodum teneteris mandati, ſi pecunia non interueniſſet, vt in *l. ſi quis alicui* 27. §. 1. *leg. ſi hominem* 30. *infr. mandat.* Facilè enim mandatum, quoties gratuitum non eſt, degenerat in emptionem & venditionem, cùm pecunia veluti pro pretio interuenit, ſicut & in locationem & conductionem ſi merces interuenerit *leg. 1. §. vlt. infr. mandat.* ſed ſi pecunia neque pro precio ſerui manumittendi, neque pro opera manumiſſionis (nec enim manumiſſionis opera talis res eſt, quæ locari ſoleat) ſed in vicem ſerui manumittendi data ſit, non poteſt is contractus alio iure cenſeri, quàm contractus innominati, *da vt facias*, ex quo proinde & condictio ad repetendum id quod datum eſt, & præſcriptis verbis actio ad id quod intereſt, dari poteſt *d. leg. naturalis §. at cum do infr. de præſcrip. verb.* Ex his apparet, quàm verum ſit, quod volumus totam ferè hanc legem Triboniani eſſe potius, quàm Vlpiani, deletique eam vna litura, non explicari debuiſſe, niſi quicquid ſub prudentum nominibus in Pandectis ſcriptum eſt, pro totidem Iuſtinianeis legibus, ex ipſa Iuſtiniani conſtitutione accipi oporteret. Valeat igitur hæc lex, & vim legis habeat tanquam Triboniani, at non certè tanquam Vlpiani, ſi me iudicem ferre quis velit.

6. IDEM libro 3. Diſputationum.

SI extraneus pro muliere dotem dediſſet, & pactus eſſet, vt quoquo modo finitum eſſet matrimonium, dos ei redderetur, nec fuerint nuptiæ ſecutæ: quia de his caſibus ſolummodò fuit conuentum, qui matrimonium ſequuntur: nuptiæ autem ſequutæ non ſunt: quærendum erit, vtrùm mulieri condictio, an ei, qui dotem dedit, competat. Et veriſimile eſt, in hunc quoque caſum, eum, qui dat, ſibi proſpicere: nam quaſi cauſa non ſecuta, habere poteſt condictionem, qui ob matrimonium dedit, matrimonio non copulato: niſi fortè euidentiſſimis probationibus mulier oſtenderit, hoc eum ideò feciſſe, vt ipſi magis mulieri, quàm ſibi proſpiceret. Sed & ſi pater pro filia det, & ita conuenit: niſi euidenter aliud actum ſit: condictionem patri competere, Marcellus ait.

*Ad l. Si extraneum 6.*

RAT. NVB. Incluſio vnius, vt dici ſolet, excluſio eſt alterius *l. cùm Prætor 12. ſupr. de iudic. l. ex eo 18. infrà de teſtib.* & prouiſio facta in vnum caſum non debet porrigi ad alium, præſertim contrarium & omnino diuerſum *leg. commodiſſimè 10. de liber. & poſthum.* Extenſio enim quælibet odioſa eſt, præſertim in ſtipu-

lationibus cæteriſque contractibus *leg. quicquid adſtringendæ 99. de verb. oblig.* quia imputare ſibi debet is, qui contraxit, cur non dixerit legem apertiùs *l. veteribus 39. ſup. de pact. l. Labeo 21. infr. de contr. emp.* ideóque contra eum fieri debet interpretatio, ſi quid ambigui ſit vel obſcuri, vt probatur ex dictis legibus & ex *l. ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogonus infr. de verb. oblig.* quamuis in vltimis voluntatibus extenſio fiat, plerumque ex identitate, vt loquuntur, & maioritate rationis, de caſu ad caſum, licèt non tam facilè de perſona ad perſonam *l. Gallus 29. §. & quid ſi tantùm infr. de liber. & poſthum.* quia defunctorum voluntates pleniùs interpretamur *l. in teſtamentis 12. de regul. iur.* Atqui ponimus extraneum, qui mulierem in poteſtate non habeat [ſic enim diffinit Iuſtinianus in *l. vnic. § extraneum Cod. de rei vxor. act.*] cùm pro ea dotem daret, pactum eſſe, vt quoquomodo finitum eſſet matrimonium, dos ei redderetur, ſiue per ſtipulationem ea de re interpoſitam, ſiue per pactum incontinenti appoſitum in ipſa dotis conſtitutione, & traditione *l. quoties 29. infr. ſolut. matrim. l. auia 6. C. de iur. dot.* atque ita ſolummodò fuiſſe conuentum de caſibus, qui matrimonium ſequuntur. Ergo ſi nuptiæ ſecutæ non ſint, videtur conueniſſe, vt dos non redderetur, quaſi per argumentum à contrario ſenſu, vt in *l. ſi inter 26. § cùm inter infr. de pact. dotal.* nõ enim poteſt videri finitum matrimonium, quod nec initium accepit *l. Titio vſumfructum 96. de condit. & demonſtr. l. non poteſt videri 208. de regul. iur.* ac proinde dici non poteſt eum, qui dotem ſub hoc pacto dedit, in hunc quoque caſum qui euenit, & qui nullo modo pacto comprehenſus eſt, proſpicere ſibi voluiſſe: exemplo eius, qui cùm dotem pro muliere daret, pepigit in alterutrum duntaxat caſum, vel mortis, vel diuortij, nam in alium caſum, in quem non pepigit, dicimus mulieri eſſe actionem *l. ſi cùm dotem 22. in princip. infr. ſolut. matrim.* DEC. Semper in ſtipulationibus, cæteriſque contractibus ſequimur id, quod actum eſt *l. ſemper 34. de regul. iur.* id autem in qualibet dotis datione, & conſtitutione actum tacitè intelligitur, vt ita demum valeat, & teneat, ſi nuptiæ ſequantur, habet enim hanc perpetuam, & neceſſariam condicionem *l. ſtipulationem 21. & ſeqq. infr. de iur. dot.* quia nec dos eſſe poteſt ſine matrimonio, cuius oneribus deſeruiat *l. 3. eod. tit.* quamuis poſſit matrimonium eſſe ſine dote. Idque eſt quod ait Paulus in *leg. promittendo 41. eod.* magis rem, quàm verba intuenda eſſe: ergo ſi nuptiæ non ſint ſecutæ, reddi dos debet, non mulieri cui neque dos, neque dotis actio fuit vnquam acquiſita, ſed ipſi extraneo, qui dedit, quaſi nec dederit, nec tradiderit, niſi ſub illa condicione, ſi nuptiæ ſequerentur: nam & dominium & poſſeſſio transferri poteſt ſub condicione, & interim eſſe in pendenti *l. ſi ego 9. in princip. & §. ſi res eod. l. qui abſenti 38. §. 1. de acquir. poſſ. l. de hereditate 19. §. pater infr. de caſtrenſ. pecul.* reddetur autem dos hæc per condictionem, de qua in hoc Tit. agitur, ob cauſam dati cauſa non ſecuta, cùm data ſit ob matrimonium, quod tamen ſecutum non fuit, nec tamen quaſi in hunc quoque caſum, ſiue paciſcendo, ſiue ſtipulando ſibi proſpexerit, vt poſſit etiam ex ſtipulatione, ſi malit, dotem hanc repetere, & condictione certi ex ſtipulatione *l. ſi quis certum 24. ſupr. de reb. credit. & Inſtit. Tit. de verb. oblig. in princip.* ſed quia paciſcendo, vt quoquomodo finitum eſſet matrimonium, dos ſibi redderetur, ſatis declarauerit nolle ſe eam dotem donare, & perdere, ſi matrimonium non ſequeretur: nam qui vult dotem ſibi reddi, etiam ſecuto ſolutóque matrimonio, multo magis velle intelligitur, eam ſibi reddi nuptiis non ſecutis: id eſt, non intelligitur abieciſſe auxilium iuris communis, ex quo competit condictio nulla etiam ſtipulatione, nullóque pacto interueniente, ſatis enim ei eſt ad habendam condictionem, quòd eam ſibi per pactum non ademerit, nec pacto vllo in eam rem indiget, cùm ſufficiat ius commune, quamquam nihil vetat, etiam pacto ita concepto, vt non ſecutis nuptiis, dos ei qui dedit reddatur, dari ex eo pacto hanc quoque condictionem, ob rem dati re non ſecuta *l. ſi donaturus 9. infr.* quia pactum hoc ſicuti non eſt neceſſarium ad inducendam condictionem, ita neque eam tollit, ſi fortè ſit interpoſitum. Denique nec prodeſt, nec nocet, diſtinguendum tamen eſt, an is qui dotem numerauit mulieri, aut iuſſu eius ſponſo futuro, animum habuerit donandi mulieri, necne, nam ſi donare voluerit, vtique condictio competet, ſed mulieri cui donatum eſt, non ei qui dedit, non tam enim à quo dos data ſit inſpiciendum eſt, quàm cuius gratia, vt & in donationibus omnibus *l. hoc iure 19. §. ſi quis dederit infr. de donat. l. ſi ſponſus 5. & paſſ. de donat. int. vir. & vxor.* in dubio tamen non præſumitur in conſtituente animus donandi *vulg. l. cùm de indebito 25 infr. de probat.* quia donare perdere eſt *l. filiusfamilias 7. inf. de donat.* Quamquam fatendum eſt in dote aduentitia, qualis illa eſt, quæcunque datur ab extraneo, ita ius olim fuiſſe, vt donandi animus in dante præſumeretur, ideóque nec ſoluto matrimonio repetitionem eius haberet, niſi eam ſibi reddi expreſſim ſtipulatus eſſet: quæ dos receptitia dicebatur, vt Vlp. noſter in Fragmentis refert *Tit. de dotib.* at non mulieri ipſi, ſed marito donata credebatur, eiúſque lucro cedebat, quod à Iuſtiniano immutatum eſt in *d. l. vnic. § accedit C. de rei vxor. act.* vbi conſtituit, vt ſtipulatio ex parte mulieris, non mariti facta cenſeatur, ſi non eam ſibi ſpecialiter extraneus per ſtipulationem receperit. Ob eámque cauſam in propoſita huius legis ſpecie, ſtipulatus fuerat extraneus dotem ſibi reddi, quocunque modo finitum eſſet matrimonium, ne ſcilicet mariti lucro dos cederet, ſi pactio nulla interueniſſet. Atqui nullis ſecutis nuptiis verendum non erat, ne dos ceſſura eſſet lucro accipientis, qui maritus nunquam fuiſſet: maritum enim ſicut & dotem facit matrimonium, non dotales tabulæ, vt Papinianus loquitur in *l. donationes 31. infr. de donat.* ideóque nec fuerat neceſſe, vt caſus hic non ſecuti matrimonij ſtipulatione & pactione illa comprehenderetur, cùm non contra mulierem ipſam, ſed contra futurum maritum hæc pactio interponeretur, ne donata ei dos videretur. Dubitandi tamen ratio quæ iis verbis proponitur *quia de iis caſibus ſolummodo fuit conuentum qui matrimonium ſequuntur, nuptiæ autem ſecutæ non ſunt* magis eò pertinebat, vt condictio aduerſus ſponſum deneganda, quàm vt mulieri danda eſſe videretur. Nullo igitur ſecuto matrimonio, dubitandum non eſt, quin condictio ob cauſam dati cauſa non ſecuta, competere debeat ei qui pecuniam dederat, tanquam dotis futuram, licèt hic caſus ſtipulatione comprehenſus nõn ſit, quia ſufficit, vt non obſtet ei ſtipulatio, quamuis nec proſit: longéque alia ratio eſt eius, qui ſtipulatur dotem ſibi reddi in alterutrum caſum ſoluti matrimonij, vel morte, vel diuortio, vt in *dict. leg. ſi cùm dotem 22. ſolut.*

22 *ſolut. matrim.* Nam in alium caſum, in quem non pepigit, dicimus eſſe mulieris actionem, quia conſtituentis, ſiue patris, ſiue extranei voluntas illa fuiſſe intelligitur, vt mariti lucro dos nullo caſu cederet, ſed ad eum reuerteretur qui dediſſet, ſi contingeret ſolui matrimonium in eum caſum, qui ſtipulatione comprehenſus eſſet, ad mulierem verò perueniret, ſi alio caſu de quo nihil conueniſſet, matrimonium ſolueretur: nullo enim caſu poterat lucro mariti cedere dos receptitia, ſed ea tantùm quę manebat in puris terminis, vt ita loquar, dotis aduentitiæ, idque non tam ex dantis voluntate & liberalitate, quaſi donatam marito eam voluiſſet, ſi propius inſpicimus, quàm ex mera iuris ratione, quòd dominium dotis per traditionem tranſlatum ſemel in maritum non poſſit ab eo poſteà vel ignorante, vel inuito, diſcedere, niſi ab initio dotis dandæ ita conuenerit *l. 1. inf. de iur. dot. l. dotis actione 9. C. ſolut. matr. l. dote 9. C. de rei vindic. §. 1. Inſtit. quib. licet alien. vel non.* Vnde eſt quòd nec dos profectitia ad patrem reuerteretur, ſoluto per mortem filiæ ſine liberis matrimonio, niſi ratio miſerationis contra ſtrictam iuris rationem hoc ius eniciſſet *l. iure ſuccurſum 6. de iur. dot.* ne vt illa lex ait, pater & amiſſæ filiæ, & pecuniæ damnum ſentiat. Porrò dotem receptitiam facit quælibet ſtipulatio & pactio legitimè ab extraneo interpoſita de dote reſtituenda ſibi, quamuis in vnum duntaxat caſum mortis, aut diuortij. Impedit ergo hæc pactio, ne ius vllum retinendæ dotis penes maritum remaneat, nec alio quoque caſu, qui pactione comprehenſus non eſt, cùm abſolutè verum ſit, dicere dotem hanc receptitiam eſſe, non aduentitiam: & tamen cùm in alium illum caſum, de quo extraneus nihil pepigit, non poſſit eius eſſe actio, conſequens omnino eſt, vt ſolius mulieris eſſe debeat, non ſolùm fauore mulieris, cuius nomine dos data fuit, ſed etiam ne alioqui ſit nullius. Verè enim hac parte illud obtinet, quod diximus incluſionem vnius eſſe excluſionem alterius, & eum, qui ſibi in vnum nominatim caſum pepigit, non poſſe videri in alterum quoq; pepigiſſe. Idémque iuris eſt, ſi non ab extraneo, ſed à patre & dos data, & ſtipulatio interpoſita proponatur. Miror autem ingenia noſtrorum, qui tam ex *d. l. ſi cùm dotem*, quàm ex hoc loco inferunt caſum omiſſum remanere in diſpoſitione iuris communis. Nam in ſpecie primùm *dict. l. ſi cùm dotem* euidenter hoc falſum eſt ſiue de ea dote loquamur, quæ à patre data ſit, ſiue de ea quæ ab extraneo: ſiquidem dos ab extraneo data, nullo pacto de ea reſtituenda interpoſito, cùm ſit merè aduentitia, mariti ſolius lucro cedit, tanquam qui eius dominus per traditionem factus ſit, non etiam mulieris, ex diſpoſitione iuris illius veteris, quod ex Vlpiani fragmentis retulimus, & cuius ignoratione interpretes noſtri ſe in hunc errorem præcipites egerunt. Dos autem à patre profecta, ſoluto per mortem mariti matrimonio, quamuis non ad patrem reuertatur, ne filia maneat indotata, quæ quandiu viuit, & nubere iterum poteſt & dotem habere debet, repetitur tamen per actionem rei vxoriæ communem patri & filiæ, ſed cuius exercitium ſoli patri competit ad agendum coniuncta filiæ perſona *l. 2. §. vlt. l. 3. & 4. l. quoties 29. & paſſ. ſolut. matrim.* Pactum igitur ſiue à patre, ſiue ab extraneo interpoſitum de dote ſibi reſtituenda, in alterutrum caſum ſoluti matrimonij per mortem, aut per diuortium non relinquit caſum omiſſum in diſpoſitione iuris communis, ſed ius commune immutat in eo, quòd facit, vt ſolius mulieris ſit actio, quæ alioqui aut communis eſſet patri & filiæ, aut nullatenus ad mulierem pertineret, dotis dominio penes maritum remanente in ſolidum, ſi morte mulieris matrimonium ſolueretur, aut retentis ſextis in ſingulos liberos, ad dimidiam vſq; partem dotis, ſi diuortium interueniſſet, vt eodem loco ſuprad. cto Vlpianus refert, & nos pluribus docuimus *lib. 14. Coniecturarum*. In huius verò legis ſpecie licèt verum ſit, caſum non ſecuti matrimonij, qui pacto comprehēſus non eſt, remanere in diſpoſitione iuris communis, vt pariat condictionē ob cauſam dati cauſa non ſecuta, id tamen fit propria quadam & ſpeciali ratione, quia nec de hoc caſu cogitatum intelligitur, ſed de iis tantùm caſibus qui matrimonium ſequi poſſent, nec cogitari etiam debuit, cùm nulla pactione indigeret, qui dotem dabat, vt condicere illam poſſet, ſi nuptiæ nullæ ſequerentur: quandoquidem vt diximus, nullum dotis retinēdæ ius haberet is, cui tanquā futuro marito data dos fuiſſet, ſi nunquam maritus extitiſſet. Aliud eſt, ſi pactum interpoſitum ſit de dote reſtituenda in caſum mortis, vel diuortij, non enim fieri poteſt, vt qui cogitat & paciſcitur de vno caſu, non cogitet etiam de alio, vt in *d. l. ſi cùm dotem*, & in hac demum ſpecie quæſtioni locus eſſe poteſt & debet, an caſus omiſſus, de quo ſc. cogitatum fuit, remaneat in diſpoſitione iuris cōmunis, an verò propter pactū aliam diſpoſitionem recipiat, quod certè magis eſt, cùm in eam rem ſufficiat tacita voluntas, quæ ex pacti expreſſi verbis, per argumentum à contrario ſenſu, ſatis apertè colligitur *d. l. ſi cùm dotem & d. l. interfuerunt 26 § cùm inter infr. de pact. dotal.* Cæterùm ſtulta quæſtio eſt, ſi quis quærat, an caſus omiſſus, de quo nullo modo fuerit cogitatum, remaneat in diſpoſitione iuris communis. Quidni enim remaneat, cùm pactiones quantumlibet generales nunquam trahi debeant ad incogitata? *l. cùm Aquiliana l. qui cùm tutoribus 9. §. 1. leg. non eſt ferendus 12. ſupr. de tranſact.* Et quid obſecro eſt, quod iuris communis diſpoſitionem poſſit immutare præter conuentionem? Debuerunt ergo interpretes noſtri ex hac lege id vnum inferre, quod ridiculum eſſet, ac indubitatū, vt caſus omiſſus de quo nec per ſomniū fuerit cogitatū, remaneat in diſpoſitione iuris cōmunis. Et ita non pugnabit hæc lex cum *d. l. ſi cùm dotem*, in qua ideo non remanet caſus omiſſus in diſpoſitione iuris cōmunis, quòd de eo quoq; fuerit cogitatū ab iis, qui in alium caſum pepigerunt: nec aliud iuris hodie in huius legis ſpecie obtinere credendum eſt, poſt Iuſtiniani cōſtitutionem in *d. l. vnic. §. accedit C. de rei vxor. act.* etſi enim Iuſtinianus ibi conſtituit, vt in dote aduentitia, ſtipulatio ex parte mulieris interpoſita videatur de dote ipſi mulieri reſtituenda, id tamen ad eam dotē pertinet, quæ aliquando verè dos fuit, ſecutis ſcilicet nuptiis, non ad eam quæ nunquam, nec rurſus ad eam, quæ ſecutis nuptiis aliquando verè dos fuerit, ſi extraneus, qui dedit, pactus ſit, de ea ſibi in omnem caſum ſoluto matrimonio reſtituenda. Atque hęc quidem & vera iuris ratione, cuius egregius magiſter Vlpianus fuit, rectiſſimè diſputantur: ſed non ſatis conuenienter, vt puto, ad verba huius legis, quæ apertè dicunt, veriſimile eſſe in hunc quoque caſum eum, qui dotem dat ſibi proſpicere quamuis de his ſolis caſibus fuerit conuentum qui matrimonium ſequuntur, quaſi non alia ratione poſſit ha-

bere condictionem hanc ob cauſam dati cauſa non ſecuta, quàm quia ſibi ſupradicta pactione veriſimiliter proſpexerit. Quod tamen non niſi valde ineptè dici, aut credi poteſt. Si quid enim in iure noſtro certum, illud certiſſimum eſt, condictionem hanc non naſci ex conuentione aut expreſſa, aut tacita, ſed ex ſola natura, & æquitate negotij, extra id quod agitur vt diximus, *ad §. penult. legis præcedentis arg. l. ii qui 13. in fin. infr. Commod.* Præterea falſum eſt, quod hæc lex, ait veriſimile eſſe eum, qui dotem dedit, ſub hoc pacto reſtituẽdæ dotis, in caſum ſoluti quoquomodo matrimonij, in hunc quoque caſum non ſecutarum nuptiarũ ſibi proſpexiſſe. Quomodo enim poteſt ſibi proſpexiſſe in eũ caſum, de quo non cogitauerit? aut quis in dote conſtituenda, & paciſcendo de ea ſibi in omnem caſum ſoluti matrimonij reſtituenda, cogitet de ea dote, quæ nũquam dos ſit futura? Rurſum ſi de hoc quoq; caſu cogitatum eſt, cur non damus ei actionem ex ſtipulatione, aut præſcriptis verbis ex pacto incontinenti appoſito, potiùs quàm condictionem ob cauſam dati cauſa non ſecuta, quæ ſicuti ſemper ex æquitate datur, ita nec ferè vnquam, niſi ex neceſſitate, & cùm alia deficit, quæ ſit ex conuentione? Itaq; non poteſt ratio illa explicari, quæ hîc ex Vlpiano adſeritur, vt probet eſſe veriſimile, vt is qui dotem dedit, in hunc quoq; caſum ſibi proſpexerit, *nam* inquit, *quaſi cauſa non ſecuta habere poteſt condictionem.* Dicendum enim potius erat ideò poſſe illum habere condictionem, quia paciſcendo in alios caſus, in hunc quoq; ſibi proſpexerit, idq; Accurſius ipſe præſentit, cùm ad verbum illud *proſpicere*, vt adaptet rationem quę ſequitur, notat *ſaltem tacitè, nam &c.* quaſi nihil diſtet, an quis ſibi proſpiciat, an tantummodò non noceat, cùm tamen inter has propoſitiones tãtum diſtet, quantum inter meram negationem, & puram adfirmationem, quantũ inter *velle* & *non nolle l. 3. de regul. iur.* inter *dare* & *non adimere*, aut *adimere* & *non dare.* Eſt enim medium quoddam inter *proſpicere* & *nocere* ſcilicet nec prodeſſe ſibi, nec nocere *l. error facti 8. infr. de iur. & fact. ignor.* Nec verò de illo dubitabatur in ſpecie huius legis, an extraneus qui dotem dederat, benè ſibi proſpexiſſet ad eam repetendam, nullis quoque ſecutis nuptiis, ſed potius an non ſibi in hunc caſum nocuiſſet, ob hoc ſolum, quòd in caſum ſoluti matrimonij ſibi proſpexiſſet: quod & verba illa legis demonſtrant *quia de his caſibus ſolummodo fuit conuentum, qui matrimonium ſequuntur*, quibus certè vera dubitandi ratio continetur, & quæ tamen verba non ad id pertinent, vt videatur is, qui dotem dedit, non ſatis benè ſibi proſpexiſſe, ſed vt videatur ſibi nocuiſſe, cùm ſi nullam pactionem interpoſuiſſet, dubitari non oporteret, quin nullis ſecutis nuptiis condictionem dotis iure communi eſſet habiturus: cùm igitur de illo tantùm eſſet quæſtio, an ſibi per conuentionem ita conceptam nocuiſſet, an non ſtulta reſponſio eſt, veriſimile eſſe bene illum paciſcẽdo ſibi proſpexiſſe in eum quoque caſum, qui pactione non ſit comprehenſus? An non multo melius ſibi proſpexiſſet, ſi vel hunc quoque caſum in pacto comprehendiſſet, ne quis dubitationi locus relinqueretur, vt in *l. ſi donaturus 9. inf. hoc tit.* aut nullam omnino pactionem interpoſuiſſet? Debuerat ergo ita potius ſcribi. *Et veriſimile eſt in hunc quoque caſum eum qui dat, non ſibi nocere voluiſſe.* nam vt proſpiciendo ſibi in vnum caſum cenſeatur ſibi proſpexiſſe in alium quoq; caſum, qui non modò diuerſus ſit, ſed etiã cõtradictorius dici certè nõ poteſt, caſus porrò ſecuti & non ſecuti matrimonij merè contradictorij ſunt. Denique in tota hac lege nihil video, quod iuris rationi quadret, nihil quod in ipſa verborum ſtructura bene cohæreat. Qua de cauſa iam aliàs monui in ea me eſſe opinione, vt hãc quoq; legem, non minus quàm præcedẽtem à Triboniano corruptam eſſe putem, & ad Triboniani potius quàm Vlpiani ſenſum accommodatam: in quam ſententiam mouet me ipſa quæſtionis formula ſic concepta *quærendum erit*, vbinam enim gentiũ, aut Vlpianus, aut quis alius ex prudentibus, ſic vnquam locutus eſt? Taceo quod in proponenda facti ſpecie verba illa *dos ei redderetur* ambiguitatẽ quãdam habent, vtrum ad mulierem, an ad eũ qui dotem dedit, referenda ſint, cùm pręcedentia etiam de muliere loquantur, licèt ſequentia non obſcurè inſinuent de eo, qui pro muliere dotem dedit, intelligi potius debere. Taceo etiam inconcinnam illam, ſed Triboniano familiariſſimã, caſuum & tẽporum variationem, in illis verbis *an et qui dotem dedit* quæ ſunt præteriti temporis & paullò poſt *eum qui dat ſibi proſpicere* quę ſunt præſentis, & quę in præteritum potius ſic concipi debuerant *eum qui dedit ſibi proſpexiſſe*, item quod ſequitur *qui ob matrimonium dedit matrimonio nõ copulato* pro eo quod ſcribi debuerat *matrimonio non ſecuto* aut breuius, *qui ob matrimonium dedit non ſecutum*, nec enim copulari aut coniungi matrimonium bene dicitur, ſed contrahi, perſonæ autem eæ ſunt, quæ copulantur & coniunguntur matrimonio: quamquam nec eo ſenſu copulandi verbum prudentibus noſtris vſitatum eſt, quaſi minus fortaſſe honeſtum, ſed ſoli Triboniano in iis Iuſtiniani conſtitutionibus, quæ de nuptiis primis, & ſecundis loquuntur, vt in *l. imperialis 23. §. his illud adiungemus & ſeq. & l. ſi furioſi 25. & ſeq.* C. *de nupt.* vbi & matrimonium ipſum copulam vocat, vt proinde matrimonium copulatum dicere, nihil aliud ſit, quàm dicere matrimonium coniunctum, aut, ſi ita loqui liceret, matrimoniatum. Sed quod me magis mouet, vt Triboniani manum agnoſcam illud eſt, quod exceptionis loco ſubiicit, *niſi fortè euidentiſſimis probationibus mulier oſtenderit, hoc eum feciſſe vt ipſi mulieri magis quàm ſibi proſpiceret*, nam præter id quod Triboniano familiariſſimæ ſunt huiuſmodi exceptiones, quæ probationes euidentiſſimas requirunt, tum quoque cùm aut non ſunt neceſſariæ, aut haberi nullomodo poſſunt, vt alibi ſæpe monuimus & probauimus, dico fieri non poſſe, vt in propoſita ſpecie, id eſt, cùm extraneus pro muliere dotem dedit, hoc pacto addito, vt ſi matrimonium quoquomodo finitum eſſet, dos ipſi danti redderetur, mulier probet eam conuentionem ita conceptam fuiſſe, vt mulieri potiùs quàm ipſi paciſcenti proſpiceretur, in eum caſum quo nuptiæ non ſequerentur, cùm in tota hac conuentione nullum verbum ſit de muliere, vt per argumentum à contrario ſenſu, aut aliter conceptum conuentio à perſona paciſcentis ad perſonam mulieris transferatur. Itaque nouam aliam conuentionem ſupponi & probari neceſſe eſſet, quæ pro muliere faceret, id eſt, ex qua conſtaret, eam extranei dotem dantis, atque ita vt diximus, paciſcentis voluntatem fuiſſe, vt mulieri donata eſſet dos, ſi matrimonium ſecutum non eſſet. Atqui donatio, licèt etiam tacitè fieri interdum poſſit, quamuis nõ niſi perrarò, nõ alij tamen quàm ei cui fiat traditio, *l. cuius per errorem 53.*

*de reg.*

*de reg. iur.* quia donatio ſi ius vetus inſpicias, non fit niſi per traditionem aut ſtipulationem, quamuis hodie fieri poſſit etiam nudo pacto *l. ſi quis argentum* 35. §. *vltim. C. de donat.* ideóque vix eſt, vt ex pactione inter alios facta, alij tertio donatum videri poſſit *l. donationes* 31 §. *penult. infr. de donat.* in propoſito autem extraneus, qui dotem dedit ſponſo, quaſi futuro marito, licèt mulieris nomine, neque cum muliere quicquam pactus proponitur, ſed cum marito ipſo aut qui maritus fore ſperabatur, neque de muliere quicquam in pacto dixiſſe. Qua igitur fronte aut probabilitate poſſit mulier dicere ſibi donatam fuiſſe dotem hanc ab extraneo, præſertim qui pactus ſit eam ſibi reddi, poſt finitum quoquomodo matrimonium? Quænam, rogo, iſta eſſet donatio, quæ in fauorem mulieris induceretur ex ſtipulatione, quam extraneus pro ſe non contra ſeipſum interpoſuiſſet? *arg. l. in ratione* 30. §. *tametſi verſ. ſed id non eſt veriſimile infr. ad leg. Falcid.* & per quam non ſibi legem dicere voluerit, ſed marito *argu. l. Lucius* 40. *in fin. de fidei libert.* Scio poſſe fieri, vt extraneus mulieri donaturus dotem tradat, aut numeret marito: ſed cùm id fit, iuſſu mulieris eam traditionem & numerationem ſponſo fieri neceſſe eſt, vt in *d. l. ſi donaturus* 9 *infr. hoc tit. l.* 3. §. *vlt. l.* 4. *&* 5. *& paſſ. de donat. int. vir. & vxor.* quod tamen hîc factum fuiſſe non proponitur. Sed & cùm animus abeſt donandi mulieri dotem, quæ ſponſo traditur, inauditum eſt, vt donatio fiat in eum duntaxat caſum, quo contingat non ſequi matrimonium. Nam vel donationem abſolutè fieri neceſſe eſt, ac in omnem caſum ita vt extraneus qui dotem dat & donat, eam ſibi aliquo caſu reddi non ſtipuletur, vel ſi quo caſu dotem ſibi reddi velit, eum caſum exprimat, quo nuptiæ non ſequantur potius, quàm illum quo ſequantur, vt apparet ex *d. l. ſi donaturus*, vbi opponitur caſus donationis caſu ſtipulationis interpoſitæ de dote ipſi qui dedit vllo caſu reſtituẽda: & cùm is qui dotem dat, habet animum partim donandi mulieri, partim non donandi, ponit Paulus ita cõtraxiſſe illum cum ſponſo, vt ſi nuptiæ ſecutæ eſſent, mulieri, cui donatum volebat, dos acquireretur, ſi verò ſecutæ non eſſent, ipſi qui dotem dabat, redderetur, at è contrario, ſi quis etiam expreſſim paciſcatur, vt ſecutis nuptiis, & iis poſtea quoquomodo ſolutis, dos ſibi reddatur, ſi verò ſecutæ non ſint, dos mulieri acquiratur & reddatur, inepta proculdubio & præpoſtera conuentio eſt. Prius enim dotem eſſe oportet, quàm vt mulieri acquiri & reddi poſſit, dos autem non eſt, niſi ſecuto demum matrimonio, vt ſæpius iam diximus ex *l.* 3. *& l. ſtipulationem* 21. *infr. de iur. dot.* & prius dotem aut pecuniam ſic datam, vt dotalis aliquando fieret, prius acquiſitam eſſe mulieri oportet, atque ab ea datam & traditam, vel verè vel ſaltem, vt noſtri loquuntur, interpretatiuè quàm condicere dotem mulier poſſit. Id autem non aliter euenit, quàm ſi extraneus, qui donare mulieri voluerit, cum ea cõtraxerit, hoc eſt, vel ipſi pecuniam numerauerit, aut aliam rem tradiderit, vel breuiore manu iuſſu eius ſponſo eam dederit, vt in *d. l. ſi donaturus*, vel ea ſaltem præſente, vt in *dict. l. donationes* 31. §. 1. *infr. de donat.* Quo caſu perinde habenda eſt pecunia dotis nomine data ab extraneo, atque ſi ab ipſa muliere eſſet data, cùm in hac ſpecie, vt & in aliis pleriſque iuris partibus celeritate coniungendarum actionum vna occultetur *dict. l.* 3. §. *ſed ſi debitorem de don. it. int. vir. & vxor.* ideóque nec alij, quàm mulieri condictio hoc caſu dari poteſt, at non ſimiliter, ſi non iuſſu mulieris, ſed ſua ſponte maritus dotem ſponſo dediſſe proponatur, licèt mulieris nomine, quia cùm condictio nihil aliud ſit quàm repetitio, eius eſt condicere qui dedit, & quod mulieris nomine data eſt, non facit quantum ad condictionem, vt ab ipſa muliere dos data eſſe videatur, niſi eo demum caſu, quo dos verè ſit, quæ tamen eſſe nõ poteſt ante matrimonium ſubſecutum. Prius namque eſt, vt ſit dos, quàm vt ſit dos mulieris nomine data, & conſequenter dicendum eſt, cùm data dos fuit mulieris nomine, nihil ideo acquiſitum eſſe mulieri, niſi vt ſoluto quãdocunque matrimonio, dotis actionem ſit habitura, ad dotem illam repetendam a marito, ſed nunquam condictionem: dotis, inquam, actionem, aut in omnem caſum ſi in nullum is qui dotem dedit, eam ſibi reddi ſtipulatus ſit, aut in illum ſaltem qui ſtipulatione vel pacto extranei non fuerit comprehenſus, vt in *d. l. ſi cùm dotem.* At cùm nullæ ſunt ſecutæ nuptiæ, ſicuti nulla dos eſſe, aut vnquam fuiſſe videri poteſt, ita neque data mulieris nomine; nec proinde mulieri competere vlla condictio poteſt, ſed extraneo qui dedit, niſi donatio ipſi mulieri facta probetur, aut expreſſa aut tacita, id eſt, ſecundùm ea quæ diximus, vel iuſſu, vel ſaltem præſentia mulieris interueniente. Quod cùm accidit, nulla pactione indiget mulier, vt poſſit condicere nuptiis non ſecutis *d. l. ſi donaturus*: tantum abeſt, vt indigeat pactione vlla extranei, aut probatione alia, quòd extraneus paciſcẽdo ſibi dotem reddi ſolutis quocunque modo nuptiis hoc ipſo proſpicere voluerit mulieri, vt in caſum non ſecuti matrimonij dos ei redderetur. Extra hos verò caſus, ſi mulier velit ad acquirendam ſibi condictionem oſtendere, extranei dotem dantis eam mentem fuiſſe, vt proſpiciendo ſibi per pactum appoſitum, de dote ſoluto matrimonio reſtituenda, etiam mulieri proſpicere voluerit in hunc caſum, quo nuptiæ ſequerentur, ridicula certè fuerit: voluntate enim expreſſa, id eſt, donatione in eam rem opus eſt. Implicat verò contradictionem, vt donandi animum habuerit extraneus, qui dotem quam dedit, pactus eſt ſibi reddi, ſi finitum eſſet, quoquomodo matrimoniũ: multo magis autem abſurdum fuerit, ſic eius voluntatem interpretari, vt habuerit animum donandi mulieri dotem, non eo caſu quo dos futura eſſet, id eſt, quo nuptiæ ſequerentur, ſed illo ſolo, quo nec dos vnquam fuiſſet, id eſt, quo non ſequerentur, deberet enim potius ita pactio fieri, vt in caſum ſecuti matrimonij dos mulieri donata eſſet, in caſum verò non ſecuti, non item, ſed ſalua maneret condictio ei ipſi qui dediſſet, vt in ſpecie *dict. l. ſi donaturus.* Cogitanti autem mihi, cur hanc Vlpiani diſputationem corrumpere Tribonianus voluerit, aut ſuam nobis ſub Vlpiani nomine obtrudere, ſola ratio illa occurrit, quod ille mulieribus paſſim fauere plus æquo ſolitus non potuit concoquere, quod Vlpianus ſimpliciter, vt puto, & citra quæſtionem ſcripſerat, quaſi rem indubitatam, & poſitam extra omnem prorſus controuerſiam, dotis condictionem in ſpecie propoſita, non mulieri dãdam eſſe, ſed extraneo, propoſuit primum quæſtionem de re indubitabili, ac proinde ſtultam & ineptam, cui condictio danda eſſet, an mulieri an extraneo: deinde cùm nec poſſet nec auderet apertè pro muliere reſpondere, reſpondet quidem propemodum inuitus pro extraneo, at ita vt cõtra maritũ potius, quàm contra mulierẽ reſpondere videatur,

Illa enim ratio *nam quaſi cauſa non ſecuta habere poteſt condictionem qui ob matrimonium dedit, matrimonio non copulato*, non tam probat, cur extraneo potius, quàm mulieri condictio danda ſit, quàm cur is qui accepit, condictione teneatur: ſicuti nec probat, quod probandum erat, ideò teneri illum condictiooe, quòd extraneus benè ſibi in hunc quoque caſum proſpexiſſet, ſed quia cauſa quæ fuerat dandę dotis, ſecuta ooo eſt. Mox vt intelligas id eum maximè agere, vt mulieri faueat, ſubiungi *niſi fortè euidentiſſimis probationibus mulier oſtenderit hoc eum feciſſe, vt ipſi mulieri magis quàm ſibi proſpiceret*, vt ſcilicet, ſi mulieri ius deficeret, ſupereſſet tamen prætextus aliquis litigaodi, tum accepto aliquo tranſigendi obtentu iſtiuſmodi probationum euidentiſſimarum, quas allegare ſufficiat ad iuſtam litis, & tranſactionis materiam præbendam. Sequitur *verſicul. ſed etſi pater* in quo additur, idem iuris eſſe in patre, qui dotem pro filia dedit, quod proximè dictum eſt in extraneo, nempe ſi pater pro filia nuptura pecuniam in dotē dederit, cōdictionem patri competere, idque Marcellum ſcripſiſſe, ſed additur hic quoq; eadem exceptio fauore filiæ contra patrem *niſi euidenter aliud actum ſit*, quam tamen à Marcello aut ab Vlpiano additam fuiſſe, vt non poſſim credere, illud facit, quod multo difficilius eſt, vt ex pacto patris acquiratur condictio, aut alia actio ſaltem directa filiæ, quæ eſt in poteſtate, quàm vt ex pacto extranei, cū pactum extranei in fauorem mulieris poſſit accipi pro donatione in mulierem collata, ſiue iuſſu eius dos viro data ſit, ſiue ipſa præſente *d. l. ſi donaturus inf. & d. l. donationes 31. §. 1. de donat.* at non etiam pactum patris, quia nec volens pater filiæfamilias donare poteſt, vt nec aliter cum ea contrahere *d. l. donationes §. pater filia l. ſi pater pen. eod. tit. l. ſiue emancipat* 17. *Cod. eod. leg. 2. Cod. de inoff. donat.* nec rurſum poteſt pater dotis actionem ſibi & filiæ, communem futuram per pactum etiam incontinenti, & in ipſa dotis datiooe appoſitum, in ſuam perſonam transferre, ſed ſtipulatio in eam rem neceſſaria eſt *d. l. ſi auia 6. Cod. de iur. dot. dict. leg. quoties 29. infra ſolut. matr.* qui vnus caſus eſt ex illis, in quibus non poteſt fieri per pactum incontinēti adhibitum, in contractu etiā bonæ fidei quod poſſet fieri per ſtipulationem: vt & in *l. quòd ſi locus 12. ſupr. de relig. & ſumptib. funer. l. ſeruus 7. inf. de ſeru. export.* Quanto minus ergo poterit pater per ſolum pactum, adeóque per nudam pacti interpretationem acquirere condictionem filiæ, cui nec per ſtipulationem expreſſam acquirere illam poſſet, niſi in eum ſaltem caſum, quo poſt mortem patris caſus condictionis contingeret *l. pater 23. infr. de pact. dotal. l. Caius 45. ſolut. matrim. l. quodcunque 45. §. ſi quis ita de verb. oblig.* qui tamen caſus hic contingit ſtatim, atque certum eſſe incipit non iri ſecutum matrimonium, non expectata morte patris: nec ſanè caſus vllus dari poteſt, in quo poſſit condictio acquiri filiæ ex pacto patris, quale in hac lege proponitur, non ſolùm ſi ad huius legis verba nihil addas, ſed etiamſi pro arbitrio ſuo fingas tibi & diuines donandi animum io patre: niſi ad alium illum noſtrorum errorem confugias, quo defendunt valere donationem inter patrem & filiamfamilias ex cauſa dotis, ſic enim illi vulgo ſentiunt ex *l. Pomponius Philadelphus 35. ſupr. famil. erciſc.* vbi tamen hunc errorem ex ipſius legis verbis confutauimus, & latius *lib. 7. Coniectur. cap. 12.* Quis ergo iam dubitet, quin veriſſimum ſit, quod volumus, & tam multis probauimus, totam legem hanc oon Vlpiano, aut Marcello, ſed Triboniano ſoli adſcribendam eſſe?

7. IVLIANVS libro 16. Digeſtorum.

QVi ſe debere pecuniam mulieri putabat: iuſſu eius, dotis nomine, promiſit ſponſo, & ſoluit. Nuptiæ deinde non interceſſerunt: quæſitum eſt, vtrum ipſe poſſit repetere, qui pecuniam dediſſet, an mulier? Nerua, & Atilicinus reſponderunt, quoniam putaſſet quidem debere pecuniam, ſed exceptione doli mali tueri ſe potuiſſet, ipſum repetiturum, ſed ſi cùm ſciret ſe nihil mulieri debere [a], promiſiſſet, mulieris eſſe actionem: quoniam pecunia ad eam pertineret: ſin autem verè debitor fuiſſet [b], & ante nuptias ſoluiſſet, & nuptiæ ſecutæ non fuiſſent: ipſum poſſe condicere, cauſa debiti integra mulieri ad hoc ſolùm manente, vt ad nihil aliud debitor compellatur, niſi vt cedat ei condictitia actione.

*Ad l. Qui ſe debere 7.*

Præfatur hîc Bartolus, eſſe legem hanc vnam ex difficilioribus, quas habuerit explicandas eo anno, quo titulum hunc prælegebat, nec immeritò, eſt enim ſanè perobſcura, & ni fallor, malè ab interpretibus omnibus expoſita, nec ſingulas legis partes & ſententias more noſtro perſequemur, & dubitandi, decidendíque rationes ad omnes aptabimus. Tractat Iulianus de eo qui ſe pecuniam mulieri debere putabat, quam non debebat, ſiue omnino non deberet ſiue deberet quidem ſummo iure, ſed tamen exceptione perpetua tutus eſſet: vtroque enim caſu æquè indebita pecunia eſt, &, ſi ſoluta ſit, repeti per condictionem indebiti poteſt *l. ſi non ſortem 26. §. indebitam infr. de condict. indeb. l. nihil intereſt 112. de regul. iur.* Ponit autem hunc qui ſe pecuniam debere putabat, quam non debebat, mulieri, iuſſu eius eam pecuniæ quantitatē dotis nomine promiſiſſe ſponſo & ſoluiſſe, nec tamen nuptias deinde ſecutas eſſe: quærit vtrum ipſe poſſit pecuniam repetere qui dediſſet, an mulier cuius nomine dediſſet, non quærit, an ſponſus condictione teneatur, certum enim eſt teneri, non ſecutis nuptiis, & quidem duplici ratione: vna, quoniam accepit indebitam pecuniam ab eo, qui debitor non fuit, quæ tamen ratio ſi eſſet vnica, non eſſet bona, ſi modò ſuum recepiſſet, quamuis ab alio, quàm à vero debitore *leg. repetitio 44. de cond. indeb.* altera, quia accepit, pecuniam ſibi

ipſi

ipſi indebitam, & cuius non poſſit ſe dicere creditorem, neque eius qui ſoluit, neque mulieris, cuius nomine promiſſa fuit, cùm promiſſa ſit in dotem, ac proinde ſub tacita illa conditione, ſi nuptiæ ſequerentur, quas ponimus ſequutas non eſſe *l. ſtipulationem 21. l. non enim 37. l. promittendo 41. infr. de iur. dot. l. ſi mulier 10. inf. hoc tit.* Quòd ſi ſecutæ eſſent nuptiæ, maritus neutra ratione condictionem pati cogeretur, nec magis priore quàm poſteriore, quia licet non eo magis fiat verus debitor is, qui indebitã pecuniã promiſit, quòd nuptiæ poſtea ſecutæ ſint, nullam tamen exceptionem habere poteſt contra maritum, qui ſuum recepit, quique decipiendus nõ eſt, cùm non aliter fuerit vxorem ducturus *l. ſi donaturus 9. §. 1. infr. l. purè 5. §. pen. de doli mal. except. l. doli 19. infr. de nouat. & delegat. l. Titia 62. in fin. de iur. dot.* Non ſecutis igitur nuptiis, cùm locus ſit condictioni, nec de eo dubitari poſſit, quæſtio illa ſola ſupereſt, an mulieri danda ſit condictio, an falſo debitori, qui per errorem ſoluit ignoranter, aut ſcienter. Refert autem Iulianus Neruam & Attilicinum diſtinxiſſe, an falſus hic debitor ſoluerit ſcienter, an ignoranter, ſi ignoranter, quomodo ſoluit quiſquis debitorem ſe putat, cùm non ſit, ipſum repetiturum, non mulierem, ſin ſcienter, mulierem, non ipſum. Et hic quidem apertus diſtinctionis ſenſus eſt, ſed ratio quam Iulianus adfert ex Nerua & Attilicino, ſatis obſcura eſt, & quæ præcipuas interpretibus noſtris difficultates parit, cur condictio detur falſo debitori ignoranter ſoluenti, non mulieri. Ratio his verbis concepta eſt *quoniam putaſſet quidem debere pecuniam, ſed exceptione doli mali tueri ſe potuiſſet.* Difficultas autem ex eo naſcitur, quòd non ſatis aperit Iulianus, an de ea exceptione doli mali loquatur, quam falſus debitor, & vt loquuntur, putatiuus habuerit, cõtra mulierem ipſam, cuius ſe debitorẽ putabat, cùm non eſſet, an de illa potius, quàm contra ſponſum ipſum habere potuerit, fieri ſi quidem poteſt, vt contra mulierem exceptio aliqua competierit, & quidem doli mali, quæ generalis eſt ex omnib. cauſis, ex quibus alia quælibet competit *leg. 2. §. & generaliter infr. de doli mali except.* Fieri etiam poteſt, vt nulla contra mulierem competierit, competat tamen contra ſponſum agentem ad pecuniam dotis nomine promiſſam, nullis nuptiis ſecutis. Vtronis autem modo intelligas, dubitationis materiam illud præbet, quod is qui cùm tutus eſſet, doli mali exceptione ſoluit, non repetit, quoniam licèt exceptio illa ſit perpetua non annalis, vt actio de dolo propter rationem poſitam in *dict. l. purè 5. §. vlt. de doli mal. except.* nec famoſa, quia nunquam exceptiones infamant, cùm ex iis nulla poſſit ſequi condemnatio, ſed tantùm abſolutio, attamen eſt odioſa, & apud bonos & graues viros ſuggillat exiſtimationem illius, cui obiicitur l. 4. §. *aduerſus eod. tit.* ideóque nõ poteſt obiici iis perſonis, quibus aliqua debetur reuerentia *l. licet 7. §. nec exceptiones infra de obſeq. parent. & patron. præſt.* qui autem tutus eſt exceptione perpetua, ſed odioſa, non habet condictionem, ſed is demum qui habet exceptionem, non modò perpetuam, ſed etiam fauorabilem *leg. qui exceptionem 40. infr. de condict. indeb.* Item quod in propoſita ſpecie non videtur poſſe locus eſſe exceptioni doli, quandoquidem omnis exceptio præſupponit actionem cuius nimirum illa excluſio eſt *l. 2. infr. de except.* nullam autem actionem ex huius falſi debitoris promiſſione habere poteſt is cui promiſſum eſt, cùm ſtipulatio hæc tacitam illam condicionem & neceſſariam ſemper habeat, ſi nuptiæ ſequentur *d. l. ſtipulationem 21. & ſeq. d. l. promittendo de iur. dot.* quia poſſunt non ſequi, & ex facto ponimus ſecutas non eſſe. Hinc nempe variæ à noſtris quæſitæ interpretationes & reſponſiones. Sunt qui dicant, ſcripſiſſe Iulianum *quoniam* pro *quamuis*, & *ſed* pro *tamen*, quaſi non ponatur hæc clauſula cauſatiuè, per modum rationis, vt Bartolus loquitur, ſed potiùs aduerſatiuè. Alij cum Accurſio ſic explicant, vt ratio hæc nõ tam eò pertineat, vt ſciamus, cur is qui pro muliere promiſit & ſoluit, repetat, quàm cur mulier ipſa nõ repetat, quia ſcilicet poterat hic tueri ſe exceptione doli contra mulierem, ſi non ſoluiſſet, ſed addunt cum Azone, maximè ideò repetitionem hoc caſu dari ei qui ſoluit, non mulieri, quoniam vident eo quoque caſu, quo hic qui ſoluit verus debitor fuerit, non eo minus dandam ei condictionem, & mulieri denegandam, vt Iulianus ſubiicit in *verſic. ſi autem verè debitor fuiſſet:* quamuis eo caſu nulla ipſi cõtra mulierem doli mali exceptio competere potuiſſet. Atque ita fateri cogantur neceſſe eſt, non eſſe bonam hác rationem & germanam, qua etiam ceſſante idem tamen iuris obtineat. Veram autem rationem propter quam danda ſit hoc caſu falſo debitori repetitio, illam adferunt, quòd ceſſet cauſa propter quam data fuerat pecunia, data enim fuerat dotis nomine, & cõtemplatione futurarum nuptiarum, quæ tamen nullæ interceſſerunt. Itaque quod hîc dicitur, de danda ſoluenti non mulieri condictione, intelligunt de condictione ob cauſam dati cauſa non ſecuta, de qua in hoc *tit.* non autem de condictione indebiti, & ita effugiunt obiectionem, quæ fit ex *d. l. qui exceptionem*, quæ non niſi de indebiti condictione loquitur. Latius enim certè patet condictio ob cauſam, quia ſupponit debitam fuiſſe pecuniam, quæ ſoluta eſt, nec repetitioni locum fore, ſi cauſa ob quam data eſt, ſecuta fuiſſet: condictio autem indebiti non aliter locum habet, quàm ſi ſolutionis tempore fuerit indebitum quod ſolutum eſt, non etiam ſi debitum fuerit, licèt ex poſtfacto indebitum factum ſit: quod contingit quoties ſola illa ratio condictionem inducit, quòd cauſa, ob quam datum fuit, ſecuta non eſt, nam neque ex hac cauſa competit exceptio doli ſtatim ab initio, ſed tantùm ex poſtfacto *d. l. 2. §. circa in fin. de doli mali except.* Vnde fit, vt hæ duæ cõdictionis ſpecies nunquam poſſint concurrere, quia cauſas habent non modò diuerſas & ſeparatas, ſed etiam cõtrarias, adeóque contradictorias: nam condictio indebiti reſpicit cauſam de præterito, condictio autem ob cauſam dati cauſa nõ ſecuta, cauſam de futuro, vt & Bartolus tractat. Sed præter id quod iſti malam faciunt rationem Iuliani, quæ tamen optima eſt, vt probabimus, non diluunt obiectionem aliam, quam ex eo fieri diximus, quod doli exceptio locum habere non poſſit eo caſu quo nec vlla poſſit ex promiſſione naſci actio, vt in ſpecie propoſita, ob condicionem, quæ tacitè ineſt promiſſioni cuilibet factæ dotis nomine, niſi fortè putant etiam nulla doli exceptione oppoſita repelli poſſe ſponſum, ſi agat ex promiſſione nullis ſecutis nuptiis, tanquam qui non poſſit agere ex illa ſtipulatione, quaſi condicionali ante condicionis euentum. In quo certè falluntur, ſi ſic ſentiunt: ſtipulatio enim dotis non eo minus pura dicitur, ſi nullam habeat aliam condicionem, quoniam tacita condicio nunquam facit condicionalem diſpoſitionem, ſed eum tantùm habet effectum, vt ſuſpendat & im-

pediat natiuitatem aut potius exercitium actionis, quouſque condicio impleta ſit, non tanquam formalis condicio, ſed potius tanquam condicio ſine qua non, vt ita loquar: id enim eſt, quod ſcribit Paulus in l. *interdum 73 de verb. oblig.* interdum puram ſtipulationem ex re ipſa dilationem capere, veluti ſi quis id quod in vtero ſit, aut fructus futuros, aut domum ædificari, ſtipulatus ſit: tunc enim incipit actio, inquit, cùm ea per rerum naturam præſtari poſſunt: pura ſiquidem ſtipulatio illa eſt, quæ nec diem habet, nec condicionem expreſſam, licèt habeat tacitam: expreſſa enim nocent, quæ non expreſſa, non nocent *l. ſi ſic legatum 75. § ille ſi volet de leg. 1. l. nonnunquam 52. de condic. & demonſtr.* Et aliud eſt, ſtipulationem puram capere dilationem ex re ipſa, vt Paulus loquitur in *d. l. interdum.* aliud verò ſtipulationem eſſe condicionalem, quamuis effectus idem ſit, quod ad actum ipſum agēdi, & exercitium actionis: cùm expreſſa condicio eſt, facit non ſolùm, vt incipiat agi poſſe ex quo tempore impleta eſt, ſed vt exinde tantùm incipiat deberi: ſuſpendit enim non tantùm actionem, ſed etiam obligationem, quæ actionem præcedit, & ex qua naſcitur actio *l. cedere diem 213. de verb. ſignif.* Vnde fit, vt quod ſub condicione debetur, ſi interim ſoluatur, non ſolùm repeti poſſit tanquam indebitum *l. ſub condicione 16. de cond. indeb.* ſed nec liberet debitorem, interim quandiu condicio non exiſtat *l. ſtipulatio iſta 38. § inter infr. de verb. oblig* quia impoſſibile ac præpoſterum eſt, vt liberetur is qui nondum eſt obligatus, & ſolutio quæ liberationem parere non poteſt, parit neceſſario condictionem *l. ſi non ſortem 26. § ſi centum l. cùm is 32. § 1. & vlt. de cond. indeb.* At quod debetur ex ſtipulatione pura, quamuis ex re ipſa dilationem capiat, tamen iam debetur, ideóq; nec ſolutum interim repetitur, quouſq; conſtet tacitam condicionem, quæ & actionem & exactionem ſuſpendebat, defeciſſe, nec exiſtere amplius poſſe *l. prox. infr.* vbi tractatur de hac ipſa ſtipulatione, de qua in hoc loco, & quæ facta ſit dotis nomine ex qua ſi ſolutum ſit, negat Neratius repeti interim poſſe, quandiu nuptiarum ſpes aliqua eſt, quod falſo diceretur, ſi interim eſſet omnino indebitum, quale illud eſt, quod ſub expreſſa condicione promiſſum fuit *d. l. ſub condicione.* ſtipulatio enim dotis non eo minùs pura eſt, quòd ex re ipſa dilationem capiat, id eſt, ex matrimonio quod futurum ſperatur, & ſine quo dos eſſe non poteſt *d. l. 3. de iur. dot.* & idcirco non poteſt dici dos indebita, quæ ante nuptias ſoluta fuit, pendétque ex euentu an indebita futura ſit, ſed interim tamen debita eſt, debétque hæc res in numero earum poni, in quibus ex poſtfacto apparet, quid antè fuerit, vt in *l. quis res 18. in princip & § 1. de ſolut. l. quædam 15. de reb. dub.* cui conuenit quod ſcriptum eſt in *d. l. ſtipulationem 21. de iur. dot.* tum defeciſſe condicionem ſtipulationis dotalis videri, cùm nuncius remittitur, non antea, quaſi condicio hęc non tam faciat ſtipulationem condicionalem, quomodo faceret, ſi expreſſa eſſet, quàm reſoluat eam ſub condicione contraria, ſi nuptiæ non ſequerentur, vt dici ſolet in venditione facta ſub lege commiſſoria, vel ſub pacto addictionis in diem *l. 1. de leg. commiſſ. l. 2. de in diem addict.* aut cùm quis purè à Titio pecuniam ſtipulatus, eandem à Sempronio ſub condicione nouandi animo ſtipulatur: nam & hoc caſu prior ſtipulatio non eo minùs pura remanet, quandiu poſterioris condicio pendet, & tamen reſoluitur ſtatim atque poſterioris condicio exiſtit, ideóque nec antè agi ex priore poteſt, ne ſtipulator ante tempus petere videatur *l. pecuniam 36. ſupr. de reb. credit.* Habet enim in ſe tacitam condicionem hanc prior ſtipulatio, ſi poſterioris condicio non exiſtat, & quamuis non eo minùs pura ſit, dilationem tamen capit ex re ipſa, id eſt, ex euentu poſterioris ſtipulationis. Idque apparet euidentius ex eo, quod cùm dotis datæ & promiſſæ eadem hac parte ratio ſit, vt ſcilicet non magis in datione quàm in ſtipulatione dotis neceſſaria ſit condicionis adiectio, quomodo partim ſcriptum, partim ſcribendum eſt in *l. quia autem 23. de iur. dot.* vt benè Contius & Cuiacius monuerunt, conſtat tamen ex datione dotis etiam ante nuptias facta transferri ſtatim dominium in accipientem, niſi expreſsè actu ſit, vt nuptiis demum ſecutis nec antè efficiantur eius cui traditæ ſunt *l. ſi ego 9. in princip. & § 1. eod.* vbi dicitur vindicationem ideò non competere illi qui dedit, ſed condictionem, quamuis non minùs dominia transferri ſub condicione, quàm ſtipulationes contrahi poſſint *l. omnia 7. & ſeq ſupr. de reb. credit.* quo caſu dominium interim remanet penes eum qui dedit *l. ſed interim 11. cum præced. de donat. int. vir. & vxor. l. de hereditate 19. § vlt. infr. de caſtr. pecul.* Eodem igitur modo dicendum eſt, ſtipulationem dotis interim puram eſſe, & ex ea naſci confeſtim obligationem, licèt non priùs agi poſſit, vt & in *d. l. interdum*, adeò que nec aliter, ſecutis quoque nuptiis, quàm ſi nuptiæ conſiſtant. Ita enim legendum eſt, vt puto, in *d. l. ſtipulationem*, id eſt, *conſiſtant* pro *conſtat.* Nam & verba illa *ſi nuptiæ* quæ vulgò accipiunt pro primis verbis condicionis, nullum habent ſenſum, niſi addas *ſecuta ſint* aut quid aliud ſimile, & iam in præcedentibus verbis expreſſa fuerat dictio *conſtat* quæ vna melius totam legis ſententiam regit, & elegantius quàm repetita. Fuit autem neceſſaria ea adiectio, quia, vt exactio dotis competat, non ſufficit ſecutas eſſe de facto, vt aiunt, nuptias, niſi conſiſtant, & matrimonium iuſtum ſit *l. vlt. infr. de condict. ſin. cauſ.* aut iuſtum fieri ſine vllo hominis nouo facto poſſit *l. prox. inf.* Quæ omnia eò pertinent, vt intelligamus tum quoque cùm mulier ipſa dotem, aut dedit aut promiſit, nulla expreſſim adiecta condicione, puram eſſe promiſſionem, aut dationem, præſentémque obligationem aut dominij tranſlationem, vt ſi interim ſoluatur, non poſſit dici indebitum ſolutum, multo igitur minus ſi quis mulieri promittat, aut tradat, vt ipſa det marito in dotem, vt in ſpecie *dict. leg. ſi ego in princip.* à quo non valde diſtat is, de quo in hac lege, id eſt, qui iuſſu mulieris dotem ſponſo promiſit, ſic enim ferè eſt, vt breui manu videatur pecuniam dare mulieri, & illa eam ſponſo promittere dotis nomine, niſi quod illo caſu liberaretur verus debitor, etiam non ſecutis nuptiis, qui hoc caſu non liberatur, vt dicemus poſtea, quoniam promittendo nemo liberatur, niſi promittat per delegationem, quæ nullam habeat implicitam, neque expreſſam, neque tacitam condicionem: parum námque in effectu refert, an condicione, an mora tantùm quid ſuſpendatur, cùm expectatur tale quid, quod poſſit exiſtere, & nō exiſtere, quamuis aliud iuris eſſe ſoleat, cùm interuenit mora tantum temporis, quod certum ſit, eſſe quandoque tandem euenturum, vt in *l. heres meus 79. de condict. & demonſtr.* Ergo ſi ſponſus ex ea ſtipulatione, tanquam pura velit agere, & agat de facto, eo prætextu quòd obligatio ſit præſens, quamuis nuptiæ nondum ſint ſecutæ, neceſſaria eſt doli exceptio, etiam facta delegatione,

gatione, & vtiliter opponitur, vt & cęterę exceptiones. tum quoque cùm debitor negat ſe ipſo iure teneri, aut contendit ſe ipſo iure liberatum, id enim ſemper tritius eſt *l. qui ſeruum* 34. §. 1. *de oblig. & act.* Et tamen hæc doli exceptio opponi non poſſet, ne quidem ex perſona mulieris (id eſt, ſi qua contra mulierem ipſam agentem erat competitura) ſi nuptiæ ſecutę fuiſſent *d. l. ſi donaturus* §. 1. Facit enim dolo malo ſponſus, & per occaſionem iuris ciuilis capiat lucrum ex damno alieno, qui ex ſtipulatione illa interpoſita dotis nomine agit ſtatim, tanquam ex pura promiſſione, antequam nuptiæ ſequantur, petitque proculdubio ante tempus, quod tacitè ineſt *d. l. pecuniam iunct. l. 1. §. 1. de dol. mal. except.* perinde atque is qui quod Capuæ dari ſtipulatus eſt, petit antequam Capuam perueniri poſſit, nam & hunc caſum ſuperioribus æquiparat Paulus in *d. l. interdum* 73. *de verb. oblig.* nec maior vis eſt tacitæ condicionis, quàm taciti temporis, ad impediendum ne obligatio pura ſit, quę expreſſim nec tēpus habet nec condicionem. Bona igitur ratiocinatio eſt, ob quam Iulianus ex Nerua & Attilicino defendit hūc, qui iuſſu mulieris pecuniam dotis nomine ſponſo promiſit, & ante nuptias ſoluit repetiturum, non quaſi indebitam, nec cōdictione indebiti, cùm debita fuerit ex pura ſtipulatione, ſed condictione ob cauſam dati, cauſa non ſecuta, quia licèt ſoluta fuerit ea pecunia quæ iam debebatur, exigi tamen non poterat, niſi ſecutis demum nuptiis, poteratque ſponſus repelli exceptione doli agēs ex ea ſtipulatione, antequam ſecuta eſſet cauſa ob quā facta fuerat promiſſio *d. l. 2. §. circa de doli mal. except.* Quare non eſt quod cum Accurſio diſtinguas quadruplicem doli exceptionem, vnam, quę naſcatur tempore contractus, vt ſi dolo me induxeris ad promittēda tibi decem, & quæ ideo ſit odioſa, ſecundam, quæ ſuccedat in locum exceptionis non numeratæ pecuniæ, & naſcatur tempore quo agitur, non tempore confeſſionis, vt in *d. §. circa*, tertiam, quæ in locum exceptionis pacti, & iuriſiurandi præſtiti, quas duas ſpecies exceptionis doli negat Accurſius eſſe odioſas, ideóque indebiti condictione ait ex ipſis dari poſſe, quartam verò, quæ ſuccedit in locum exceptionis facti vel intentionis, quando nec actor habet actionem, ſed de facto agit, & ſic reus quoque de facto excipit: quæ exceptio nec odioſa eſt: nec rurſū, vt cum Bartolo addas quintam, quæ cum aliis omnibus exceptionibus concurrat, de qua in *d. l. 2. §. & generaliter de doli mal. except.* quia dolo facit quiſquis id petit, quod quaque exceptione elidi poteſt, vt Vlpianus eo loco ſcribit: etſi enim fateor ex ſupradictis cauſis, & aliis variis doli exceptionem dari poſſe, dico tamen eſſe omni caſu odioſam, propter inſertum nomen *doli*, quod optimi cuiuſque ſuggillat exiſtimationem apud bonos & graues viros *d. l.* 4. §. *aduerſus eod.* ideóque nec obiici vllo caſu poſſe ei perſonæ, cui reuerentia aliqua debeatur *d. l. licèt* 7. §. 1. *de obſeq. parent. & patron. præſt.* vbi hanc ob cauſam, non de exceptione, ſed de exceptionibus doli generaliter & indiſtinctè Vlpian. loquitur: ne quis cum Accurſio ad *d. l. qui exceptionem* diſtinguat doli exceptionem generalem à ſpeciali, quaſi hęc ſola ſit odioſa, illa non item, quod certè falſum eſt. Sed tamen odioſam eſſe hanc exceptionem, cùm dico, ad ipſum doli nomen ſolum reſpicio, non ad cauſam exceptionis: cauſa enim ipſa per ſe fauorabilis eſt, etiam ex parte & perſona illius qui obiicit, cùm naturali æquitate nitatur, ne cui dolus ſuus contra naturalem æquitatem proſit *d. l. 1. §. 1. de doli mal. except.* alioqui in factum quoque exceptiones quæ ſubſtituuntur à prætore in locum exceptionum doli *d. §. aduerſus*, ſicut & actiones in factum, quæ ſubrogantur in locum actionis de dolo *l. non debet* 11. §. 1. *ſupra de dolo l. ſi ſuperſtite* 5. *C. eod.* perinde eſſent odioſæ, cū eandem habeant cauſam, originem, & rationem, ne ea dolo ſuo lucrentur ij quibus tales exceptiones opponūtur *l. ne ex dolo* 12. *ſup. eod. ult. tit.* ob idque nec magis dandæ eſſent contra parentes vel patronos quàm actio de dolo vel exceptiones doli, vt intelligamus neque actionem ipſam de dolo, neque exceptiones doli eſſe alia de cauſa odioſas, quàm quia doli & fraudis habent mentionem *l. 2. l. parens* 5. §. *vlt. & d. l. licet* 7. *de obſeq. parent. & patron. præſt.* non etiam ſi bonæ fidei mentio in actione vel exceptione fiat *d. l. non debet in fin.* niſi quod actionem de dolo illud odioſiorem facit, quòd infamiam irroget condemnato ſi modò ipſe per ſe, non per procuratorem iudicium acceperit *d. l. 2. de obſeq. parent. præſt. l. 1. & l. furti* 6. §. *ſi quis alieno ſupr. de his qui not. infam.* vbi legendum eſt ſine dubio *nec ego* pro eo quod vulgo ſcriptum eſt *nec ergo* quod à nobis cùm ad eum locū ſcriberemus, obſeruatum non fuiſſe miramur. Nam & in præcedentibus retinenda eſt dictio *meus* quæ *in Pand. Flor.* adeſt licèt lineis intercluſa, & in vulgata editione malè deeſt. Cæterùm tolle doli & fraudis mentionem, & retine cauſam atque originem exceptionis huius, nulla exceptio fauorabilior eſt quàm doli mali, adeò vt nulla replicatione poſſit elidi *l. cùm par delictum* 154. *de regul. iur.* quod in cæteris exceptionib. diuerſum eſt, quę omnes doli replicationem patiuntur. Quare nec ad doli exceptionem vllam pertinere puto, quod ſcriptum eſt in *dict. l. qui exceptionem*: non impediri repetitionem ſoluti per eam exceptionem, quæ detur odio eius cui debetur. Nam præter id quod non prætermiſiſſet Martianus exemplum exceptionis doli, quæ omnium frequentiſſima eſt, ſempérque perpetua *l. purè* 5. §. *vlt. de doli mal. except.* exemplum quod adfert ille de exceptione Senatuſconſulti Macedoniani, oſtendit ſatis de ea ſola exceptione eum intelligere, quæ nō tam ex æquitate vlla, quàm mero creditoris odio ſit comparata, & ciuili ratione magis quàm naturali: quod de doli exceptione dici nullomodo poteſt. Idque probatur optimè ex hac lege, licèt non tam de cōdictione indebiti loquatur, vt diximus, quàm de cōdictione ob cauſam dati cauſa nō ſecuta, quia doli exceptio quæ non aliā rationem habet, quàm quòd cauſa ob quam datum fuit, ſecuta non ſit, vt in *d. l. 2. §. circa de doli mal. except.* non aliam condicionem parere poteſt, quā quæ ſit eiuſdem rationis & originis. Sed tamen eadē æquitatis ratio, quæ inducit in hac ſpecie condictionē ob cauſam dati cauſa non ſecuta, inducit etiam condictionem indebiti in ſuo caſu: eſt enim hoc omnibus condictionibus commune, vt naturalem habeant æquitatem, ex eàque proficiſcantur. Sequitur apud Iulianum,

a *Sed ſi cùm ſciret ſe nihil mulieri debere.* RAT. DVB. Nemo fit debitor ex eo ſolo quòd ſciat nihil ſe alij debere: obligationes enim omnes non niſi certis, & legitimis modis contrahuntur, inter quos hic non eſt *l. obligationum ferè* 44. § *placet inf. de verb. oblig.* Ergo quamuis ille qui ſponſo ſoluit pro muliere, ſciat ſe nihil debere mulieri, non eo minus tamen habere debet condictionem: cùm reuera nihil de-

Digitized by Google

beat; ſiue veritatem inſpicias, ſiue opinionem. Alioqui perinde hoc caſu eueniet, vt quis locupleretur ex damno & iactura alterius, quod ſemper à naturali ratiooe, & æquitate abhorret, *leg. nam hoc natura 14. infr. de condict. indeb. l. iure natura 206. de reg. iur.*

Dac. Cuius per errorem ſoluti repetitio eſt, eius conſultò dati donatio eſt *leg. cuius per errorem 53. eod.* ideóque ei qui ſciens indebitum ſoluit, numquam datur condictio, nec ſi ſoluerit ea mente, vt repeteret *l. 1. l. quod quis ſciens 50. infr. de condict. indeb. l. indebitum 9. C. eod.* Ergo qui ſciens ſe nihil debere mulieri, dotem nihilominus promittit ſponſo futuro, mulieris nomine, credendus eſt donare velle, & quidē non ei cui ſoluit, ſed mulieri, cuius nomine & promiſit & ſoluit. Exinde igitur incipit pecunia illa ad mulierem pertinere ex cauſa donationis, & conſequenter cùm negare ſpōſus non poſſit, quin eam pecuniam à promiſſore acceperit ob dotis cauſam, quæ ſecuta non eſt, tenetur vtique condictione mulieri, cui donatum voluit is qui pro ea ſoluit *leg. ſi donaturus 9 infr. hoc titul.* condictione, inquam, non indebiti, ſed ob cauſam dati cauſa nō ſecuta, vt diſputauimus in præcedentibus: videtur enim hoc caſu promiſſor donaſſe primùm mulieri, & illa ſoluiſſe ſponſo futuro [illegible] e nuptiarum, quę poſtea non ſint ſecutæ, vt in *leg. 3. § ſi debitorem infr. de donat. inter vir. & vxor.* vbi dicitur in ſpecie, non valde diſſimili celeritate coniungendarum actionum vnam occultari. Sed quid ſi donator hic promiſerit quidem ſponſo ſoluere, ſed tamen nondum ſoluerit, & nuptiis renunciatum ſit? dabitúrne mulieri ex illa promiſſione actio in promiſſorem, an in ſponſum potius? De hoc enim quærit Accurſius, & reſpondet, quod & Bartolus probat, non alium, quàm ſponſum agere poſſe ex illa promiſſione, cùm ei facta ſit, ſed competituram mulieri aduerſus ſponſum condictionem, perinde ac competeret ſi pecuniam accepiſſet *argum. leg. final. Cod. ad leg. Falcid.* quæ probat optimè, paria illa eſſe promittere & ſoluere. Sed liberabitur ſponſus cedendo actione, quam habet ex cautione iſta contra promiſſorem, inquit Bartolus ad Accurſium, cùm non alia de cauſa teneatur ſponſus mulieri, quàm quòd aduerſus promiſſorem habeat actionem ex regula *leg. quod debetur 51. infra de pecul.* & exemplo eius quod mox ſubiicitur in *verſicul. ſequent.* Mihi tamen & codioſa videtur quæſtio, & mala ad quæſtionem reſponſio. Nam cum promiſſio facta ſponſo tacitam illam in ſe condicionem habeat, ſi nuptiæ ſequantur, quomodo poteſt ſponſus, poſtquam renunciatum eſt nuptiis, agere cōtra promiſſorem ex illa ſtipulatione? *d. leg. ſtipulationem 21. de iur. dot.* aut illa actione cedere, quam non habeat, aut quam ſi habet ipſo iure, ſecundū ea quæ ſuprà diſputauimus, habeat tamen inutilem & inefficacem? *l. Stichum 95. § pen. inf. de ſolut.* Niſi enim eodem Bartolo velis actionem, quæ in perſona ſponſi eſt inefficax, fieri efficacem in perſona mulieris *arg. l. vlt. in princip. C. de iur. dot. & l. Papinianus 28. mandat.* At neq; hoc dici poteſt, cùm mulieri ſit longè commodius agere propria actione, quæ nunquam extincta fuit, contra ſuum debitorē, tanquā qui liberatus nunquam fuerit *l. non enim 37. infr. de iur. dot.* Eadémque ratio facit, vt neque competere poſſit mulieri condictio aduerſus ſponſum, etiamſi mulieri donatum debitor voluerit, quia eo demum caſu debet mulier habere condictionem, quo haberet ipſe debitor ſi non donaſſet, hîc autem non haberet, quia nihil poſſit repetere is qui nihil ſoluit, ſatíſque ei eſſe debet, quòd non poſſit cogi ſoluere, ſiue quod ex ea promiſſione non poſſit dari actio ante ſecutas nuptias *d. l. 21. de iur. dot.* ſiue quod poſſit ſe tueri doli exceptione, ſi ante nuptias conueniatur, vt hæc lex ait, quæ ideò benè loquitur de debitore, qui non tantùm promiſerit, ſed etiam ſoluerit, quo caſu nullum niſi in condictione ſoluti poteſt auxilium ſupereſſe.

b *Sin autem verè debitor fuiſſet.* Non facilè poſſum mihi perſuadere verſiculum hunc eſſe Iuliani, ſed credo potius eſſe Triboniani diſtinguentis ſuo more varios caſus, eóſque vndique conquirentis, etiā illos qui ad inſtitutam diſputationem nil pertinēt, quod & in propoſito caſu ab eo factum eſt. Nā cùm Iulianus ex Nerua & Attilicino tractaret caſum illum, quo is qui nō erat debitor mulieris, pecuniam tamen pro ea dotis nomine ſponſo promiſerat, diſtinguendum fuit duntaxat, an putaret ille ſe debitorem, an verò ſciret ſe nihil debere: vt priore caſu poſſet ipſe condicere, poſteriore autem non poſſet, ſed mulier cui donaſſe ille videretur. At contrarius planè & contradictorius caſus ille eſt, ſi promiſſor ille fuerit verus debitor, de quo nihil tractaſſe Neruam & Attilicinum ex eo apparet, quod verba illa *ipſe poſſit condicere*, quib. ad propoſitam quæſtionem reſpondetur, nō poſſunt cōſtrui & regi ab illis præcedentibus, *Nerua, Attilicinus reſponderunt*, ſcribēdum enim erat conſequenter ſuperioribus in infinitiuo, *ipſum poſſe condicere*, vt paulò antea, *ipſum repetiturum*: item *mulieris eſſe actionem*. deinde quod Triboniano familiariſſimum eſt in ſuis diſtinctionibus, locutionem illam vſurpare, *ſin autem*, pro eo quod prudentes noſtri ſolent exprimere vnico articulo *ſin*, aut duabus his dictionibus, *ſi verò*, nam articulus *ſin*, idē ſignificat quod *ſi autem*. Sed manum & inſcitiam Triboniani apertius illud detegit, quod ſubiicit, *& ante nuptias ſoluiſſet, & nuptiæ ſecutæ non fuiſſent*, quomodo enim poteſt quis dici ſoluiſſe ante aut poſt nuptias, quæ numquam fuerint ſecutæ? Illud certè non nego verum eſſe, quod placet Triboniano, debitorem verum qui iuſſu mulieris ſoluit, pro ea dotis nomine ſponſo futuro, poſſe ipſum condicere, non mulierem, quia cùm per eam ſolutionem, quamuis iuſſu mulieris factam, non fuerit à muliere liberatus, nec liberari potuerit, niſi ſecutis demum nuptiis, conſequens omnino eſt, vt ſolutio quæ ipſi liberationem acquirere non potuit, acquiſiuerit ſaltem condictionem *l. non enim 37. & l. praced. infr. de iur. dot. d. l. ſi non ſortem 26. § ſi centum dedi. l. cùm is 32. § de condict. indeb.* & quidem contra eum ipſum cui ſolutum eſt, non contra mulierem, cui nec ſolutum eſt, nec ſolutio proficit *leg. his ſolu 49. eodem titul.* etſi enim iuſſu mulieris facta ſolutio eſt, ita vt perinde habendum videatur, ac ſi breuiore manu debitor mulieri eidémque creditrici ſuæ ſoluiſſet, mulier autem pecuniā ſuam in dotem ſponſo futuro dediſſet *dict. l. 3. § ſed ſi debitorem de donat. inter virum & vx. l. ſingularia 15. ſup. de reb. credit. leg. ſolutam 49. iunct. l. vero procuratori 12. § ſed etſi infr. de ſolut. leg. ſi procurator 6. infr. de condict. indeb.* ad tamen in propoſito ideò dici non poteſt, quia debitor non incepit à ſolutione, ſed à promiſſione, quam iuſſu mulieris fecit, ac proinde non tam mulieris, quàm ſuo nomine ſoluiſſe intelligitur, vt ſe ab ea promiſſione liberaret: ſuo enim nomine ſoluiſſe quiſque præſumitur potius quā alieno *l. 4. infr. de ſolut.* Quæres

res facit, vt per eam ſolutionem liberari non potuerit neque ipſo iure, neque per exceptionem *leg indebitam 7. inf. de condict. indeb. d. l. Papinianus 28 inf. mandat. l. ſi quid poſſeſſor 31. ſupr. de hered. petit.* & conſequenter, vt ipſi ſoli condictio danda ſit non mulieri, ne ſi ratam habeat ſolutionem, quamuis contrà ſentiat Accurſius, & eum ſecutus Bartolus ex *d. l. ſi procurator 6. inf. de condict indeb.* Quid enim poteſt addere ratihabitio ad iuſſum præcedentem, quem initio legis poſuit Iulianus interueniſſe? *d. l. ſi procurator verſ. Celſus*, ſiquidem non alium maiorem aut meliorem effectum habere poteſt ratihabitio, quàm vt mandato æquiparetur *d. l. vero & d. l. ſolutam l. vlt. C. ad SC. Maced.* Neque verò poteſt quis per ratihabitionem ſuum facere negotium, niſi quod ipſius nomine vel contemplatione geſtum ſit *l. ſi pupilli 6. §. ſed ſi ego & §. item quæritur ſupr. de negot. geſt.* & de hoc caſu loquitur Paulus in *d. l. ſi procurator*, non de illo, quo quis ſuo non alieno nomine ſoluerit, vt in ſpecie huius legis. Quare nec quicquam proficies, ſi cum Bartolo dicas, tractari caſum in hoc verſic. & eam ſpeciem tractari, in qua nullus mulieris iuſſus præceſſerit, quod eſt omnino commentitium, aut ſi cum eodem Bartolo ad tuendum Accurſij errorem replices, poſſe mulierẽ ratam habere ſolutionem, etiam non ſuo nomine factam à debitore, & ex ea ratihabitione acquirere ſibi condictionem contra ſponſum, ex æquitate, inquit, de qua diximus in *l. cùm fundum 31. §. ſeruum tuum ſupr. de reb. credit.* vbi defendit ille, quoties quis agendo contra Titium, non aliud conſequi poteſt, quàm vt Titius cedat iis actionibus, quas contra Sempronium habet, permittendum ei eſſe, vt rectà agat contra Sempronium: nã præter id quod traditio illa Bartoli falſa eſt, cùm eo caſu, quo actionis ceſſio neceſſaria eſt, non magis ex æquitate, quàm ex rigore iuris agi ſine ceſſione poſſit *l. Modeſtinus 76. de ſolut. l. Stichum aut Pamphilum 95. § pen. eod. l. vt fideiuſſor 36. de fideiuſſ. l. ſi res 59. l. rem hereditariam 65 inf. de euict. l. ſi res obligata 57. de legat.* 1. non puto verum eſſe, quod hîc Tribonianus ex ſuo ingenio docet, cauſam debiti manere integram mulieri ad hoc ſolùm, vt ad aliud nihil debitor compellatur, niſi vt cedat ei condictitia actione: tunc enim actionis ceſſio ſola pro iuſta præſtatione eſt, cum non alia de cauſa quis teneatur, quàm quòd aduerſus alium habeat actionem *d. l. quod debetur 51. inf. de pecul.* At in propoſito debitor mulieris etiam poſt ſolutionem ſponſo factam non ideò tenetur, quòd habeat condictionem aduerſus eum, cui pecuniam ſoluit dotis nomine, ſed quia debitor mulieris eſt ex præcedente cauſa & obligatione, fortè mutui, aut alia, quæ per ſolutionem illam ſublata non fuit *d. l. non enim 37. inf. de iur. dot.* Manet ergo cauſa debiti integra mulieri, vt debitorem ſuum vrgere omnimodo poſſit ad ſolutionem, ac ſi non ſoluiſſet ſponſo futuro, ſalua tamen ipſi aduerſus ſponſum condictione, niſi quòd ſi ſponſus, qui pecuniã accepit, non eſſet ſoluendo ad eã reſtituendam, æquum eſſet mandati iudicio conſequi eum indemnitatem à muliere, ſi modò per ignorantiam facti petentem ſponſum exceptione non ſummouerit *d. l indebitam 47. in fin. de condict. indeb.* puta quòd ſecutas fuiſſe nuptias putaret, nempe cùm iuſſu & mandato mulieris ſoluerit. Eſt igitur tota hæc clauſula Triboniani, cuius manum detegunt etiam ablatiui illi abſoluti, *cauſa debiti integra mulieri manente.* item inſulſa illa verborum multiplicatio, *ad hoc ſolùm manente, vt ad nihil aliud debitor compellatur, niſi vt cedat ei condictitia actione*, pro eo, quod paucioribus verbis dicere poterat, *ad hoc ſolum manente, vt cedat ei condictitia actione.* Quanquam nec ſtare ſimul iſta poſſunt, vt integra actio mulieri maneat, & tamen pro pecunia, quæ debetur, cogatur eſſe mulier contenta ceſſione condictionis. valde ſiquidem imminuitur, & delibatur actio, quæ ad exactionem pecuniæ antea cõpetebat, ſi ex poſtfacto incipiat non competere, niſi ad extorquendam pro pecunia actionis ceſſionem. Ex his apparet non ſine cauſa præfari Bartol., eſſe hãc vnam ex difficilioribus legib. cum explicari tota & defendi nulla ratione poſſit.

1 ¶ Fundus dotis nomine traditus, ſi nuptiæ ſecutæ non fuerint, condictione repeti poteſt: fructus quoque condici poterunt. idem iuris eſt de ancilla, & partu eius [a].

*Ad §. 1. Fundus.*

RAT. DVBIT. Condictio, de qua hîc agimus, nihil niſi repetitio eſt *leg. 1. & paſſ. hoc titul. leg. 1. infr. tit. prox. leg. 1. & tot. tit. de condict. indeb.* Repeti autem non poteſt, niſi quod datum & traditum fuit, alioqui petitio ea dicenda eſſet, non repetitio. Porrò qui fundum dotis nomine dedit, non ideò videri poteſt dediſſe fructus, qui ex eo fundo poſtea percepti ſunt, nec eorum dominium tranſtuliſſe, quod ipſe nunquam habuit *leg. 1. § cùm prædium in fin. inf. de pignor.* nec nouum eſt, vt ad vnum pertineat dominium proprietatis, ad alium verò dominium fructuum, vt cernere eſt in fructuario, & bonæ fidei poſſeſſore *l. ſi fructuarius meſſem 13. ſupr. quib. mod. vſusfruct. amitt. leg. quiſquis 15 §. & vlt. infr. de vſur. l. bonæ fidei. 8 de acquir. rer. domin.* nec permiſceri oportet cauſam poſſeſſionis, proprietatis & fructuum, *leg. penult. de acquir. poſſ.* adeoque nec vſusfructus & fructuum, etiam cùm de dote agitur *leg. ſi vſusfructus 66. de iur. dot. l. 4. de pact. dotal.* Cùm ergo fundus alicui traditus eſt, & ex ea cauſa, ex qua dominium transferri in accipientem potuerit, tranſlatum ſit, ſi quando contingat, vt ex aliqua æquitate condictioni locus ſit ſiue indebiti, ſiue ob cauſam dati cauſa non ſecuta, ſiue ob turpem vel iniuſtam cauſam: an non apertè iniquum eſt, cogi eum qui fundum accepit, fructus, quos nunquam acceperit, reſtituere, & quos dominij iure perceperit, & ex fundo tunc ſuo? An non plus iuris habere debeat eorum retinendorum, quàm ſi bonæ fidei poſſeſſor duntaxat fuiſſet, cùm plus quàm bonæ fidei poſſeſſor fuerit, qui fuit etiam dominus? quid e. amplius facere poteſt bona fides, quàm vt tantundem præſtet, quantum veritas, vbi lex impedimento nõ eſt? inquit iuris regula in *l. bonæ fides 136. de regul. iur.* Atqui hic de quo agimus, verè fuit dominus, alioqui nec condictione teneretur, cum eę demũ perſonales actiones dicantur condictiones, per quas intendimus dari quid, hoc eſt, dominium in nos transferri oportere *§. appellamus & §. ſic itaque Inſtit. de action.* dominium autem transferre non poteſt



Google

ille qui non habet *l. traditio* 20. *de acquir. rer. domin.* Fructus igitur fundi qui condicitur, in condictionem venire ipſi non poſſunt, illi ſaltem qui ante litem conteſtatam percepti ſunt: nam in fructibus poſt litem conteſtatam perceptis, ratio illa ſpecialis videtur poſſe facere, vt in condictionem veniant, quia quale quid eſt, cùm petitur, tale dari debet, nec tantùm in vindicationibus *l. præterea* 20. *l. & ex diuerſo* 35. §. 1. *l. qui reſtituere* 68. *ſupr. de rei vindic.* ſed etiam in actionibus, in perſonam, *l.* 2. *infr. de vſur.* cuiuſmodi ſunt condictiones omnes *d. §. appellamus.* Sed fructuum ante litem conteſtatam perceptorum alia ratio eſſe videtur, cùm is qui eos percepit, non ex re aliena, ſed ex ſua perceperit, adeóque quod magis eſt, ex prioris domini qui ipſe fundum tradidit, voluntate: quæ ratio etiam in malæ fidei poſſeſſoribus attendi interdum ſolet *l. de eo* 63 *in fin. iunct. l. ſi vxor* 19. *infr. de donat. int vir. & vxor.* Dec. Condictiones omnes licèt ſint ſtricti iuris non bonæ fidei, ſunt tamen ex æquitate naturali comparatæ, ne quis per occaſionem iuris ciuilis contra naturalem æquitatem ex aliena iactura locupletetur, ipſo etiam legiſlatore ciuili permittente, quod pugnaret certè cum ratione ciuili, non minùs quàm cum naturali *l. nam hoc natura* 14. *l. hæc condictio* 66. *de condict. indeb. l. iure natura* 206. *de regul. iur.* Ideóque ſicuti prætor ex ea cauſa induxit exceptiones doli & metus *l.* 1. §. 1. *infr. de doli mal & met. except.* ita & legiſlator ciuilis condictiones omnes, quæ ob eam cauſam dicuntur naturales in *l. indebiti* 15. *de condict. indeb.* non autem vt putat ibi Accurſius, quòd dentur etiam ad naturales acceſſiones. Atqui is in quem tranſlatum eſt fundi dominium, locupletaretur ex aliena iactura, & quidem ſine cauſa, ſi cum ipſo fundo quem cogitur reddere fructus, etiam omnes quos percepit, reſtituere non cógeretur, quos vnque non perceſſiſſet, ſi non ipſius fundi dominium nactus fuiſſet. Omnes igitur quos percepit, etiam ante litem conteſtatam debet reddere, vt omnia per condictionem in eum ſtatum reducantur, in quo eſſent, ſi dominium in accipientem tranſlatum nonquam fuiſſet *l. videamus* 38. §. 1. *& ſeq. infr. de vſur.* vbi tractatur ſpecialiter de fructibus fundi quoque in dotem dati, & perceptis ſiue eo tempore, quo adfinitas ſperabatur, ſiue poſteà. Cùm enim fructus non iure ſeminis percipiantur & acquirantur, ſed iure ſoli vt ſcriptum eſt in *l. qui ſcit* 25. §. 1. *de vſur.* conſequens eſt, vt ſicuti dominium quod per traditionem à priore domino abſceſſerat, ad eum redit per condictionem [de ea ſiquidem condictione loquimur, quæ non petitio eſt, vt certi condictio ex ſtipulatione, ſed repetitio eius ſcilicet rei quæ aliquando noſtra fuit, quemadmodum initio diximus] ita & cùm dominio fructus ad eum redeant, tanquam acceſſiones naturales & quas percepiſſet ille, & acquiſiuiſſet ſibi, ſi rei ſuæ dominium in alium minimè tranſtuliſſet: idque non tam ex æquitate aliqua, quod præcipuè obſeruandum eſt, quamuis condictiones ipſæ ex æquitate naſcantur, quàm ex mera iuris ratione ſuppoſita, tamen condictionis æquitate & neceſſitate, adeò vt ſi quis per errorem & imperitiam fortaſſe iudicis obtinuerit in iudicio condictionis, eodem errore neceſſe ſit obtinere illum etiam in fructibus, exemplo eius quod in rei vindicatione ſcriptum eſt in *dict. leg. & ex diuerſo* 35. §. 1. *ſupr. de rei vindic.* ne cauſa fructuum à cauſa dominij ſeparetur. Nec mirum videri debet huius poſſeſſoris, qui etiam verus dominus interim fuit, deteriorem condicionem eſſe, quod ad fructuum reſtitutionem attinet, quàm nudi bonæ fidei poſſeſſoris, huic enim bonæ fidei poſſeſſori, qui ex re aliena quidem, ſed quam ſuam putabat, & quaſi ex ſua fructus percepit, nihil eſt quod imputare poſſis, at ei qui dominium rei meæ nactus eſt, ex ea cauſa propter quam ipſam reddere illud mihi debeat, imputari poteſt, aut cur mala fide nactus ſit ex ea cauſa, quam ſciebat vel nullam, vel turpem, vel iniuſtam eſſe, aut cur hodie velit retinere ſine iuſta cauſa, ſine qua non fueram traditurus, aut ex ea cauſa, quæ iuſta quidem ab initio fuerit, ſed quæ poſteà vel finita, vel non ſecuta ſit *l.* 1. *& paſſ. infr. de condict. ſin. cauſ.* In eóque obſeruanda differentia eſt, quæ a Paulo traditur in *dict. leg. videamus* 38. §. *ſi actionem iunct. dict.* §. 1. *infr. de vſur.* inter condictionem, per quam repeto id quod meum fuit, & illam, per quam peto id quod nunquam meum fuerit, vt ſi fundum mihi dari petam condictione certi ex ſtipulatione, de qua in *leg. ſi quis certum* 24. *ſupr. de reb. credit. & §.* 1. *Inſtit. de verb. oblig.* hoc enim caſu fructus non veniunt in condictionem, niſi qui poſt litem conteſtatam, acceptúmque iudicium percepti ſunt, ſitque non niſi ex æquitate, ſi Sabino & Caſſio credimus, quos Paulus refert in *dict.* §. *ſi actionem*, quamuis Papinianus hoc ipſum videatur referre ad ſtrictam iuris rationem illam, quòd quale quid eſt, cùm petitur tale dari debeat, in *dict. leg.* 2. *eod tit.* ceſſat enim in hac certi condictione ex ſtipulatione ratio illa reſtituendorum fructuum ante litem conteſtatam perceptorum, quia is qui fundum ex ſtipulatione dare debuit, fructus ex re ſua percepit, non ex mea, ideóque ſuos fecit, nec illos ego percepiſſem, quamuis non percepiſſet ipſe, niſi eos demum, quos ei contigerit percipere poſt litem conteſtatam, qui cauſæ appellatione continentur *d. l.* 2. *& d. l. præterea* 20 *ſupr. de rei vindic.* niſi dies ſtipulationi adiectus ſit, quo caſu fructus poſt diem percepti veniunt in condictionem, iure ſaltem eius quod intereſt, ſi per promiſſorem ſteterit, quominùs eo die fundus præſtitus ſit *l. ſi fundum certo die* 114. *infr. de verb. oblig.* At in condictione rei quæ fuit aliquando mea, indiſtinctè veniunt fructus, & ex mero iuris rigore, vt dixi, non ex æquitate: nec enim æquitas & officium iudicis ad ea extendi poteſt, quæ ante acceptum iudicium contigerunt, niſi nominatim ei fuerint iniuncta, vel ſaltem per generalem clauſulam, *ex fide bona*, quæ in bonæ fidei iudiciis omnibus addi ſolebat *l. Ædiles* 25. §. *item ſciendum eſt infr. de ædilit. edict.* & ex qua peti ratio debet, cur in bonæ fidei iudiciis fructus veniant, adeóque vſuræ, non à die tantùm litis conteſtatæ, ſed etiam ex die moræ *l. mora* 32. §. *in bonæ fidei l. vſura* 34. *l. & in contraria* 37. *& d. l. videamus* 38. §. *ex cauſa &* §. *penult. de vſur.* Hæc verò Accurſius noſter non ſatis benè intellexit, qui actiones iſtas omnes videtur confundere, quantum ad fructuum reſtitutionem, id eſt, condictiones, quæ ſunt repetitiones cum iis quæ ſunt petitiones, & vtraſque cum actionibus bonæ fidei, quaſi in omnibus veniant fructus eodem modo: quod ex iis quæ diximus, apparet euidenter falſum eſſe: nam in condictionibus eius rei, quæ aliquando fuit actoris, fructus omnes veniunt, etiam qui ante litem conteſtatam, adeóque ante moram vllam percepti ſunt, vt conſtat ex hoc §. *& l. cùm quis*

12. *infr.*

*12. infr. hoc tit. l. indebiti 15. infr. de condict. indeb. d. l. videamus 38. §. 1. de vſur.* In iis verò condictionibus per quas petimus id, quod noſtrum nunquam fuit, fructus quidem veniunt, ſed ij tantùm, qui poſt acceptum iudicium percepti ſunt *d. §. ſi actionem d. l. 21 de vſur. d. l. cùm fundus 31. in princ. ſup. de reb. credit.* at in bonæ fidei iudiciis fructus veniunt, etiam qui ante litem conteſtatam percepti ſunt, ſed tamen non omnes, at illi ſoli, qui poſt moram percepti ſunt *d. l. mora §. in bonæ fidei d. l. vſura 34. d. l. & in contraria 37. de vſur.* quomodo accipi debet quod de fructibus ex iudiciis bonæ fidei omnimodo præſtandis indiſtinctè ſcriptum eſt in *d. l. videamus 38 §. ex cauſa & §. pen. eod. tit.* nec enim ex bona fide & æquitate eſt, vt illius quoque temporis fructus præſtentur, quo mora nulla cõtracta ſit, ſatiſq; eſt, quod in iis ſolis moræ ratio habeatur, & in vltimis voluntatibus *l. 3. C in quib. cauſ. non eſt neceſſ. in integr. reſtit. l. 3. in princ. de vſur. l. ſi quis ſcrtto 84. l. Titia Seio 87. §. vſuras de legat. 2.* non etiam in ſtricti iuris contractibus & iudiciis. Sunt ergo deterioris hac parte condicionis iudicia bonæ fidei, quàm condictiones, per quas repetimus id, quod noſtrum aliquando fuit: ſed viciſſim ſunt melioris in hoc, quòd non modò fructuum, ſed etiam vſurarum additamentum ex eodem moræ tempore recipiunt *d. §. in bona fides d. l. 3. Cod. in quibus cauſ.* quod in condictionibus etiam fauorabilioribus ſecus eſt *l. 1. Cod. de condict. indeb. l. quoties 4. Cod. de condict. ob turp. cauſ.* nempe qui vſuræ ſunt acceſſiones ciuiles, non naturales, nec certum eſt eas percepturum fuiſſe illum, qui pecuniam condicit, quia non natura, ſed iure percipiuntur *l. ſi nauis 62. ſup. de rei vindic.* id eſt, non ex ipſa pecunia, quæ ſui natura ſterilis eſt, ſed ex negotiatione, id eſt, ex ſtipulatione, ſine qua nec deberi poſſunt *l. 3. C. de vſur. l. Titius 24. infr. de præſcr. verb.* ſicut & precium rei venditæ non ex ipſa re vendita percipitur, ſed ex venditione & negotiatione *l. venditor 21. de hered. vel act. vendit.* Is potiò qui pecuniam condicit quæ ſua fuit, licèt potuerit ex ea negotiari ſi habuiſſet, & vſuras ſtipulari, poterat tamen etiam non negotiari, nec ſtipulari. Denique ſufficit non fuiſſe vſuras in ſtipulationem deductas, vt nullomodo debeantur *d. l. 3. Cod. de vſur.* quamuis in acceſſionibus frumenti, hordei, olei, & aliarum huiuſmodi mercium aliud ſit, vt etiam ex pacto nudo dum inconunenti appoſito deberi poſſint *l. frumenti 17. eod. tit.* propter incertam earum rerum æſtimationem, quæ per tempora variatur *l. oleo 23. eod. tit.* Nec tantùm hac parte alia ratio eſt fructuum, alia vſurarum, ſed & in eo, vt cætera taceam, quòd in iudiciis ſtrictis fructus quidem veniunt poſt litem conteſtatam *d. §. ſi actionem* at vſuræ non veniunt ob eandem rationem, quam proximè attulimus, quamuis eæ, quæ ante litem conteſtatam deberi ex ſtipulatione cœperunt, non deſinant currere lite conteſtata, nec earum curſus interrumpatur per eam nouationem neceſſariam, quam litis conteſtatio inducit. Quæ ſententia & ratio eſt *l. lite conteſtata 35. infr eod. ſit tit. de vſur. iunct. leg. delegare n. §. 1. l. aliam 29. inf. de nou* non enim ſicut vſuræ vicem fructuum obtinent *d. leg. vſura*, ita è conuerſo fructus vicem vſurarum. Illud autem circa legis huius interpretationem obſeruatione dignum eſt, quod ait *d. l. videamus 38. §. 1. eod. tit. in verſic. ſed etſi* etiamſi per mulierem ſteterit, quominus nuptiæ contrahantur, magis tamen eſſe, vt illa fructus recipere debeat: eiuſque ſententiæ ratio ſtatim ſubiicitur in hæc verba, *Ratio autem hæc eſt, quòd ſi ſponſus non conueniebatur reſtituere fructus, licuerat ei negligere fundum.* Quæ tamẽ ratio mihi videtur planè inepta & malè cõcinnata: inepta quidẽ, quoniã nõ probat reddẽdos eſſe mulieri fruct⁹ eo quoq; caſu, quo per mulierẽ ſteterit, ne nuptiæ ſequerẽtur, quod tamen maximè ꝓbandũ erat, cùm in toto iure ciuili in præiudiciũ eius per quem ſtat, ne quid fiat; pro facto id haberi debeat, tum quoque cum faciendi conditio expreſſa eſt, quanto magis ſi non ſit niſi tacita? *l. iure ciuili 24. de condic. & demonſtr l. Iulius Paulus 81. in fin. eod. tit. l. in iure ciuili 161. de regul. iur.* Quamquam reſponderi poteſt quod rationis loco addendum erat, non fuiſſe metu dotis amittendæ, quæ nũquam dos fuiſſet, conſtringẽdam libertatem matrimoniorum contrahendorum, quæ ſicut inter inuitos non contrahuntur *l. ſi patre cogente 22. de rit. nupt.* ita nec legitimè cõtracta inter inuitos olim retinebantur, cùm æquè libera eſſent diuortia, ac multo magis repudia *l. 2. §. 1. & 2. & paſſ. de diuort. & repud. l. ſi ſponſalibus 58. in princip. de iur. dot.* alioqui mulier, quæ etiam ſine cauſa ſponſalibus renunciaſſet, maneret indotata, atque ita alij nubere prohiberetur, quod non tantum à ratione & æquitate, ſed etiam à publica vtilitate alienum eſſet *d. 2. eod. l. 1. ſolut. matrim. l. intereſt 28. de reb. author. iudic poſſid. aliàs l. 3. de priuileg. credit.* Malè autem concinnata eſt, vt dixi, ratio ſupradicta, propter inſulſam temporum & verborum compoſitionem: ſic enim concipi potius debuerat, *quòd ſi ſponſus non conueniretur ad reſtitutionem fructuum liceret ei fundum negligere*, non quomodo concepta eſt per verba illa *conueniebatur* & *licuerat*. Nec rurſus Latina videri poteſt illa locutio, *conueniebatur reſtituere fructus*, pro eo quod prudentes & bonæ Latinitatis authores dicerent, *ad reſtitutionem fructuum*, éſtque hîc purus græciſmus Triboniano Græco homini, & in Latina lingua peregrino familiaris, ſicut & illa temporum immutatio, vt ex tot Iuſtiniani conſtitutionibus, quas ille Latino ſermone conſcripſit, videri poteſt: nec alius error vllus eſt, qui facilius excidat cuilibet in aliena lingua, in qua non ſatis bene ſit verſatus, ſiue loquenti, ſiue ſcribenti: Triboniano autem tanto facilius, quòd ille non tam dotibus, quàm mulieribus fauere impenſius, & plus æquo volens, maluit nouam & ſtultam rationem perquirere, quæ ſolo mulierum fauore niteretur, quàm ex iure communi eam ſumere, quæ condictionibus omnibus conueniret. Nam ſi bona ratio eſſet extra cauſam & fauorem mulieris, faceret vtique vt in cæteris quoque perſonis idem dicendum eſſet, vt condictione ob cauſam dati cauſa non ſecuta, fructus conſequi deberet is quoque, per quem factum fuiſſet, ne cauſa ſecuta eſſet: quod probabiliter defendi certè nullomodo poteſt *d. l. in iure ciuili 161. in fin. de regul. iuris.* Debuit igitur ratio ſpecialitatis ſumi ex fauore dotium & libertate matrimoniorum ac repudiorum, vt diximus. Nec rurſum video, qua ratione verendum ſit, ne maritus negligat fundum tanquam certus de fructibus non reſtituendis, quandiu incertus eſt, an matrimonium futurum ſit, cùm potius credere debeat futurum, qui certus eſt, per ſe nihil factum iri, quominus matrimonium ſequatur, quo ſecuto eſſet ille ipſe pœnas ſuæ negligentiæ luiturus, & fundum dotalem incultum, tantóque deteriorem factum habiturus. Quinimò ſi ius ita eſſet, vt ſponſus conuentus condictione fundi ob nuptias dati, quæ ſecutæ non eſſent, nullos tamen fructus reddere teneretur, hoc ipſo excitari deberet ad fundum tanto diligentius

excolendum, vt tãto vberiores fructus interim perciperet, quos ſciret nullo ſe caſu reſtituturum. Quẽadmodum è contrario quoties fructus reſtituendi ſunt, nihil prodeſt poſſeſſori, quòd per ſuam negligentiam vel nullos, vel minores perceperit, cùm in quęſtione fructuũ generaliter animaduertẽdum ſit, non an malę fidei poſſeſſor fruitus ſit, ſed an petitor fuerit fruiturus, ſi ei poſſidere licuiſſet, vt ſcriptum eſt in *d.l. ſi nauis 62. in fi. de rei vindic.* Hic autem de quo agimus, qui rem quæ mea fuit, poſſidet, ſiue ex iniuſta cauſa, ſiue nõ ex iuſta, ſiue ex cauſa iuſta quidem & honeſta, ſed quæ vel non ſecuta, vel finita ſit, aut denique ſine cauſa, plus quàm malæ fidei poſſeſſor eſt, quamuis ſit dominus, cùm etiam malæ fidei, vt ita dixerim, dominus ſit *l. 1. l. perpetuo 6. inf. tit. 1. l. 1. de cond. ſin. cauſ. l. rerum quidem 25. infr. Rer. amot.* non enim caret dolo *l. 2. §. circa infr. de doli mali except.*

a *Idem iuris eſt de ancilla & partu eius.* Rat. dvb. Partus non eſt in fructu, cùm fructus omnes rerum natura hominum gratia comparauerit *l. vetus fuit quæſtio 68. ſupr. de vſufr. l. in pecudum 28. inf. de vſur.* Ergo quamuis non ſecutis nuptiis fundus, qui dotis nomine datus fuerat, condici poſſit, ſimul cum fructibus, qui ex eo percepti ſunt, aut percipi potuerunt: aliud tamen iuris eſſe videtur, ſi ancilla in dotem data ſit, vt quamuis ea condici poſſit, partus nihilominus in condictionem non veniat, qui nec traditus fuit, ſed apud nouum dominum editus. Dec. Partus licèt non ſit in fructu, attamen perinde ac fructus acceſſio naturalis eſt, ideóque ratio eadem locum habet, quam in fructibus vſurpauimus, vt perinde ac fructus reſtituendus ſit priori domino, licet non perinde ac cæteri fructus acquiratur bonæ fidei poſſeſſori: eſt enim amplior & fauorabilior reſtitutio fructuum, quàm acquiſitio, & partus quamuis fructuum appellatione non contineatur, nomine tamen & appellatione cauſæ continetur *d. l. 2. de vſur. l. prætereà 20. ſupr. de rei vind.* quia editus fuiſſet partus apud priſtinum dominum, ſi non fuiſſet traditus ei qui nunc condicitur.

8. Neratius libro 2. Membranarum.

Quod Seruius in libro de dotibus ſcripſit, ſi inter eas perſonas, quarum altera nondum iuſtam ætatem habeat, nuptiæ factæ ſint, quod dotis nomine interim datum ſit, repeti poſſe, ſic intelligendum eſt: vt, ſi diuortium interceſſerit priùs, quàm vtraque perſona iuſtam ætatem habeat, ſit eius pecuniæ repetitio: donec autem in eodem habitu matrimonij permaneant, non magis id repeti poſſit, quàm quod ſponſa ſponſo datis nomine dederit, donec maneat inter eos adfinitas. quòd enim ex ea cauſa, nondum coito matrimonio, datur: cùm ſic detur, tamquam in dotem peruenturum: quamdiu peruenire poteſt [a], repetitio eius non eſt.

*Ad l. Quod Seruius 8.*

Rat. dvb. Certum eſt nuptias non conſiſtere inter eas perſonas, quarum altera nondum nubilem ætatem habeat, non magis quàm ſi neutra ex iis eſſet legitimæ ætatis, maſculus ſc. annorum quatuordecim, fœmina verò annorum duodecim, *Inſt. de nupt. in princ.* Arqui nõ poteſt dos eſſe ſine nuptiis *l. 3. inf. de iur. dot.* Ergo generaliter verum eſt, quod Seruius in libro de dotibus ſcripſerat, ſi inter eas perſonas, quarum altera nondum iuſtam ætatem habeat, nuptiæ factæ ſint, id quod dotis nomine datum eſt, interim repeti poſſe, & quidem condictione ob cauſam dati cauſa non ſecuta, cùm negari non poſſit, ideo datam eſſe pecuniam, vt dotis ſtatim fieret, non vt quandoque poſteà in cauſam dotis perueniret. In quo differt proculdubio hic caſus ab eo quem Neratius quaſi ſimilem adfert, de eo quod à ſponſa datum eſt ſponſo dotis nomine. Hoc enim caſu, cùm id quod ex cauſa dotis datur nondum coito matrimonio, ſic detur tãquam in dotem aliquando peruenturum, meritò placuit quandiu peruenire poteſt, licèt nondum peruenerit, repetitionem eius eſſe non debere, quia nec alia mente datum eſt, quàm vt ſuo tempore perueniret. At cùm ob nuptias iam contractas aliquid datum eſt, quaſi eo ipſo inſtanti, & ab initio futurum dotis, apparet cauſam ob quam datum eſt, neque ſecutam eſſe, neque ſequi vnquam poſſe: nunquam enim fieri poterit, vt ab initio dos fuiſſe videatur, nec ſi in eodem habitu matrimonij legitimam ætatem ambo compleant. Quidni ergo interim locus erit huic condictioni ob cauſam dati cauſa non ſecuta? Idque Seruium ſenſiſſe valde probabile eſt, neque interpretationem & diſtinctionem Neratij admiſſurum fuiſſe, ſi de ea interrogatus fuiſſet, vt conſtat ex dictione *interim* quæ oſtendit intellexiſſe Seruiũ de eo caſu, quo ſpes adhuc aliqua ſubeſſet futuri matrimonij, non quo diuortium ſiue de iure, ſiue de facto, vt Accurſius loquitur, interceſſiſſet, priuſquam vtraque perſona iuſtam ætatem compleuiſſet. Etſi non ignoro dictionem illam *interim* nõ tam ad repetitionem, quàm ad dotis dationem referri oportere: ſic enim lex habet *quod dotis nomine interim datum eſt repeti poſſe*, non autem ita *quod dotis nomine datum eſt repeti interim poſſe.* Sed tamen quis credat, ſic Seruium ſenſiſſe, vt quod interim, id eſt, ante completam nubilem ætatem datum eſt dotis nomine, repeti poſſit interim quoque, ſed poſt diuortium tamen quod ſecutum ſit, priuſquàm nubilis ætas illa compleretur? præſertim cùm ſit præpoſterum, vt diuortium ſit, vbi nullæ ſunt veræ nuptiæ *l. inter ſtuprum 101. §. diuortium l. inter diuortium 191. de verb. ſignificat.* Qua de cauſa ſolent noſtri, poſt Accurſium, dictionem hanc *diuortium* in hoc loco accipere pro repudio, ponúntque ſponſalia etiam in caſu Seruij præceſſiſſe: quod tamen neque ipſius verbis conuenit, neque ſequenti clauſulæ, in qua tractatur de eo quod à ſponſo datum ſit ſponſæ dotis nomine. Nec ſanè quicquam prohibet, nullis etiam præcedentibus ſponſalibus nuptias contrahi,

& quidem

& quidem legitimas inter eas perſonas, quæ ſint illegitimæ ætatis: illegitimas verò ſi alterutra perſona contrahentium legitimam ætatem nondum compleuerit. Et alia quæſtio eſt, an illegitimæ & feſtinatæ nuptiæ inter eos contractæ, qui ſponſalia iuſtè contrahere potuerunt, ſponſaliorum ſaltem vim habeant: quod etſi plerique putant ex *cap. 1. de deſponſ. impub. in 6.* ad hanc tamen legem nil pertinet, in qua tractatur de pecunia data ob cauſam nuptiarum, non ſponſaliorum: quæ cauſa non poteſt videri ſecuta, quandiu ſecutum non eſt verum, iuſtúmque matrimonium, nec ſufficit durare ſpem matrimonij, niſi cùm data eſt dos ſponſaliorum tempore, intuitu & cogitatione futurarum nuptiarum, quæ ſequi adhuc poſſunt, non autem cùm dos data eſt propter nuptias quaſi iam legitimè contractas, quæ tamen non valuerunt: nam eo caſu nihil fit cõtra mentem contrahentium, etiamſi repetitio interim inhibeatur, niſi expreſſim renuncietur ſponſalibus. Sed pro interpretatione Neratij illa decidendi ratio adferri poteſt, quod tum quoque cùm ſponſalia nulla præceſſerunt inter perſonas minoris ætatis, & cœptum eſt à nuptiis illegitimis, ſpes tamen probabilis eſt futuri matrimonij, ſi mulier apud virum compleuerit annum duodecimum, neque nouo vllo conſenſu opus eſt ad nouum matrimonium contrahendum *l. minorem 4. inf. de rit. nupt.* adeò vt perfici hoc caſu videatur matrimonium, quod antè fuerat inchoatum, non autem conualeſcere, quaſi quod antea irritum fuiſſet: fuit enim potius in ſuſpenſo, quouſque legitima ætas compleretur: alioqui non poſſet dotis datio conualeſcere, cuius condicio tacita ſemel defeciſſet *l. & licèt 22. inſr. de iur. dot.* Cùm ergo poſſit matrimonium perfici ac legitimum fieri ex ſola ætate legitima ſuperueniente, nullo hominis, ſed naturæ tantùm facto interueniente, vt in *l. filius 28. §. filiusfamilias in fin. infr. de liber. & poſthum.* conſequens omnino eſt, vt interim non minùs inhibenda ſit repetitio eius, quod in dotem datum eſt, quàm ſi à ſponſa ſponſo datum eſſet, quandoquidem ſponſalibus ſolis præcedentibus nouum conſenſum ſequi neceſſe eſt, vt fiat matrimonium: qui tamen non æquè neceſſarius eſt, nec noua ductio in domum viri, cùm puella præmaturè nupta duodecim annos apud virum complenit. Eſt igitur bona horum caſuum comparatio, quod pertinet ad inhibendam interim dotis repetitionẽ, quandiu ſpes eſt, peruenturam pecuniam in cauſam doris. Quamuis enim cùm cœptum eſt à nuptiis id actum videatur, vt iam tum & ab initio pecunia dotis fieret, quod nec factum eſt, nec fieri potuit, attamen ſicuti matrimonium ab initio imperfectum fit ex poſtfacto perfectum ſolo curſu temporia, ita & dos quæ ab initio dos eſſe non potuit ex euentu iam tum dos fuiſſe intelligitur, cùm matrimonij cauſam concomitetur, nec vlla noua dotis datione indigeat, ſed tam citò vera dos eſſe incipiat, quàm matrimonium eſt. Aliud dici oporteret, ſi noua datio dotis eſſet neceſſaria: quæ enim prius data fuiſſet abſolutè repeti interim poſſet. Vtcunque ſit, non puto interpretationem hanc ſiue Neratij ſit, ſiue quod facilè crederem, Triboniani fauentis more ſuo dotibus, aut potius mulieribus, ne mulier tum quoque cùm adhuc nupta non eſt, ſit tamen indotata, menti Seruij eiúſque ſenſui conuenire. Nam præter id quod iam diſputauimus, abſurdum eſſe, vt de diuortio tractetur antequàm perfectum ſit matrimonium, eſſet hæc Seruij ſententia de caſu prorſus indubitabili: cùm etiam ſi verum matrimonium, veræque dotis datio præceſſiſſet, dotem tamen ſecuto vero diuortio reddi oporteret: niſi fortè quis tam ſtultus ſit, vt ſuſpicetur maiorem vim eſſe nuptiarum imperfectarum, quàm perfectarum ad retinendam dotem, quod eſſet ridiculum. Non nego tamen Seruij ſententiam duram eſſe, nec audiri debere puellam minorem annis duodecim quæ præmaturè nupſit, & dotem dedit, ſi pœniteat eam dotis datæ, nec tamen pœniteat feſtinati matrimonij: quandiu enim in eodem habitu matrimonij permanet, nulla ratio eſt, vt quæ adhuc nupta eſſe vult, dotem repetat, ſicuti nec quod ſponſa ſponſo dotis nomine dederit, repeti interim poteſt, quandiu manet inter eos adfinitas, ſcilicet ſponſalia, quæ tamen non tam adfinitas verè eſt, quàm principium quoddam adfinitatis per futurum matrimonium contrahendæ non inter virum & vxorem, ſed inter vtriuſque cognationes *l. non facilè 4. §. ſed quoniam infr. de gradib. & adfin.* Quæ dubitandi ratio erat ad *l. non ideo 5. C. de hered. inſtit.* Vt proinde tam impropriè adfinitatem hanc dixerit hîc Neratius aut Tribonianus, quàm in pręcedentibus *diuortium* non pro repudio, cùm nec vlla præceſſiſſent ſponſalia, ſed pro nuda præmaturè contracti matrimonij pœnitentia, qua interueniente, & muliere domum viri deſerente, nullis etiam aut repudij, aut diuortij formulis vſurpatis, dubitandum non eſt, quin eius quod dotis nomine datum fuerat, condictio competat. Eſt enim hic contractus non dotis, qui non poteſt fieri ſine vero matrimonio, ſed innominatus, in quo proinde locus eſt pœnitentiæ ex parte illius qui dedit, quouſque tranſeat in verum perfectúmque matrimonium *l ſi pecuniam 5. ſup. hoc tit.* cum qua proinde non pugnat hæc lex, ſed conſentit potius, vt nec ſit neceſſe dicere cum Accurſio & Bartolo præceſſiſſe ſponſalia, quod in caſu Seruij falſum planè eſt. Sed cùm dos hæc data ſit ex cauſa quaſi pręſentis & validi iam matrimonij, non poteſt diuidi pœnitentia, vt puellam, aut eum qui pro puella dotem dedit, pœniteat quidem dotis datæ, ſed non tamen feſtinatarum nuptiarum, ita vt in eodem habitu matrimonij permaneat. Et hoc nimirum eſt, quod ad Seruium annotare Neratius voluit. Planè ſponſalibus contractis, quæ, vt nomen ipſum oſtendit, non niſi per mutuam ſponſionem ſolemnémque ſtipulationem contrahi poſſunt, cùm ſit contractus nominatus, certum eſt nihil facere nudam pœnitentiam, ſed repudij ſolemnitatem eſſe neceſſariam de qua in *l. 2 de diuort. & repud.* Simile quid à Papiniano factum obſeruaui in *l. 3. in princip. infr. de vſur.* vbi conſtitutionem Imperatoris Antonini de nullis vſuris intra iudicati tempora præſtandis, cùm dura nimis videretur, nec tamen authoritatem eius auderet vel poſſet infringere, ſic tamen reſtringit per interpretationem, vt non alio caſu locum habere poſſit, quàm ſi debitoris mora nulla ſententiam præceſſerit, quod tamen fatetur ille vix vnquam poſſe contingere, niſi vno illo caſu quem adfert, quo Falcidia interuenerit, de quo ſcripſimus *libro 7. Coniectur. cap. 1.* Idem præſtat hîc Neratius ad Seruium ſummæ authoritatis Iureconſultum, vt quia ſententiam ipſius duram improbare non audet, eam ſaltem interpretatione ſua, quamuis parum probabili, leniat ac temperet.

a *Quandiu peruenire poteſt* RAT. DVB. Poteſt fieri vt etiam miſſo poſt ſponſalia repudio, adeóque fa-

ćto, quantum fieri poteſt, ante contractas verè nuptias diuortio, eædem perſonę rurſus coeant in matrimonium, quo etiam caſu dos quę in prius matrimonium data fuerat, in poſterius conuerſa intelligitur *l. dotem 30. infr. de iur. dot.* Ergo ſi ſufficit, vt pecunia quæ dotis nomine data eſt, ſiue à puella præmaturè nupta, ſiue à ſponſa ſponſo, peruenire in dotem quandoque poſſit, conſequens erit, vt nullo caſu poſſit repeti, quandiu eædem perſonæ viuent, nec ſi mediæ aliæ interceſſerint nuptię, vt in *l. ſi ſponſalibus 58. in princip. eod. tit.* quod tamen euidenter falſum eſt, vt hæc ipſa lex probat, & *d. l. & licèt 22. eod. tit. de iur. dot.* DEC. Etſi verbum *poteſt* ſui natura ſit extenſiuum in futurum tempus quodlibet, & ad omnem caſum poſſibilem, vt Bartolus loquitur ex *l. 1. de iniuſt. rupt. Auth. cui relictum C. de indict. viduit. tollend. l. ita ſtipulatus 115. in princip. de verb. oblig. l. ſi ita quis teſtamento 51. de leg. 2.* quomodo de verbo *volet* ſcriptum eſt in *l. 1. §. ſi quis addita & l. filij 6. §. 1. infr. ad SC. Tertyll.* cùm tamen reſtrictum eſt ad certam cauſam, non debet eam cauſam egredi, ne quidem inter eaſdem perſonas, multo minus autem ad alias perſonas extendi debet, ſed interpretationem recipere ex vulgari illa clauſula, quæ in ipſis quoque conuentionibus omnibus ſubintelligenda eſt, *rebus ſic ſtantibus l. continuus 137. §. cùm quis in fi. de verb. obl. l. cùm quis 38. in princip. infr. de ſolut.* Ergo in propoſita ſpecie tandiu ceſſare debet repetitio pecuniæ in dotem datæ, quandiu ea pecunia in cauſam dotis peruenire poteſt ex eo contractu, qui celebratus fuit, ſiue ſponſalia fuerint, ſiue præmaturæ nuptiæ, non ex alia noua cauſa extrinſecus ſuperueniente: itaque ſi renunciatum ſit ſponſalibus ſolenniter, vel feſtinatis nuptiis quoquomodo, incipiet vtique competere dotis repetitio, non tanquam dotis, ſed tanquam pecuniæ quæ in cauſam dotis, nec peruenit adhuc, nec peruenire amplius poteſt ex priore cauſa *l. 1. C. de inſtit. & ſubſtit. l. vter ex fratribus 21. de condic. inſtit. l. Titio centum 71. §. Titio genero de condict. & demonſtr. d. l. ſi ſponſalibus 58. de iur. dot.* Ex quo benè infert Bartolus, quoties quis renunciat omni iuri, quod in aliqua re habet, vel habere poteſt, aut poſſet, debere renunciationem intelligi *rebus ſic ſe habentibus*, id eſt, de iure quod ſit pręſens, & iam natum vel re, vel ſpe, non de illo etiam, quod poſtea ex noua cauſa ſuperuenire poſſit, quomodo nec ſtatuliberum dicimus omnem ſeruum, qui ex quacunque cauſa poſſit in futurum conſequi libertatem, [ eſſent enim hoc ſenſu ſerui omnes dicendi ſtatuliberi ] ſed eum ſolum cui libertas iam data ſit in diem, vel ſub condicione *l. 1. & 2. infr. de ſtatulib.* Illud ſanè verum eſt, quod ex hac lege notat Accurſius, quoties aliquid in pendenti eſt, exſpectandum interim eſſe, quouſque certum eſſe incipiat, vel factum id eſſe, vel fieri amplius non poſſe ex *d. l. ſi ſponſalibus l. dotis fructum 7. §. vlt. l. ſi debitor 80. iunct. l. ſi is qui 56. §. vlt. inf. de iur. dot. l. non omnis 19. l. pecuniam 26. ſupr. de reb. credit. l. de hereditate 39. §. paterfamilias infr. de caſtrenſ. pecul. l. quædam 15. de reb. dub. l. qui res 98. in princip. & §. 1. de ſolut.* Item quod addit Bartolus ſpeciale eſſe fauore matrimonij, vt qui puellæ nomine pecuniam, aut aliam rem dedit futuro marito, non poſſit ex pœnitentia repetere quandiu ſpes eſt futuri matrimonij, ne contingat ea ratione matrimonium impediri ex *l. ſi ego 9. in prin. & §. 1. inf. de iur. dot.* Quod & nos ſcripſimus ad *l. prox. in prin. ſup.*

9. PAVLVS libro 17. ad Plautium.

SI donaturus mulieri, iuſſu eius, ſponſo numeraui, nec nuptiæ ſecutæ ſunt: id mulier condicet. Sed ſi ego contraxi cum ſponſo [a], & pecuniam in hoc dedi, vt, ſi nuptiæ ſecutæ eſſent, mulieri dos adquireretur, ſi non eſſent ſecutæ, mihi redderetur: quaſi ob rem datur: &, re non ſecuta, ego à ſponſo condicam.

*Ad l. Si donaturus 9.*

RAT. DVB. Cùm quid datum fuit ob cauſam, quæ ſecuta non eſt, condictio ei competit qui dedit: nam & condictio hæc nihil aliud eſt, quàm repetitio, vt diximus ad §. 1. *l. qui ſe debere 7. ſupr.* Repetere autem is demum poteſt qui ſoluit. Atqui pecunia quam ponimus ſponſo numeratam eſſe, non à muliere numerata eſt, ſed à donatore, quamuis iuſſu mulieris, vt lex ponit. Ergo mulieri danda condictio non eſt, ſed donatori, ſi nuptiæ ſecutæ non ſint. DEC. Quod quis donaturus mulieri iuſſu eius ſponſo numerauit, non tam à donatore ipſo, quàm à muliere datum videtur, ad quam pecunia ex donatione pertinet: celeritate enim coniungendarum actionum vna occultatur *l. 3. §. ſed ſi debitorem infr. de donat. int. vir. & vxor. l. ſingularia 15. ſupr. ſi cert. pet. l. vt mihi 21. §. 1. inf. de donat.* condictio igitur mulieri danda eſt, non donatori *dict. l. qui ſe debere verſi. ſed ſi cùm ſciret.* nec nouum eſt vt alius ſoluat, alius repetat *l. nec nouum eſt 5. cum duab. præced. infr. de condict. indeb.* vbi dicemus, neque pugnat *d. l. 7. verſ. ſin autem ſup.* vt ibi ſcripſimus.

a *Sed ſi ego contraxi cum ſponſo.* RAT. DVB. Quoties quis cum ſponſo contrahit, & pecuniam ei dat in hoc, vt ſi nuptiæ ſequantur, mulieri dos acquiratur, negari non poteſt, quin dos mulieri donata videatur, non minus quàm in ſuperiore caſu. Ergo perinde dicendum eſt, non ſecutis nuptiis dandam eſſe condictionem mulieri, non ei, qui pecuniam dedit. DEC. Conuentio facta in vnum caſum, porrigi ad alium caſum contrarium & contradictorium nunquam poteſt, etiamſi eſſet caſus ille omiſſus *l. ſi dotem 22. in princip. inf. de ſolut. matr.* multo minus ſi in caſum illum contrarium alia pactio facta eſſet, in fauorem præſertim donatoris, cuius liberalitas nec ei captioſa eſſe debet, cùm donatio, ſi contractus eſt, non bonæ fidei contractus ſit, ſed ſtricti iuris *l. eum qui 22. infr. de donat.* atqui ponimus eum qui pecuniam dedit, ita cum ſponſo contraxiſſe, vt ſi quidem nuptię ſecutæ eſſent, mulieri dos acquireretur, ſi verò ſecutæ non eſſent ipſi redderetur. Conſequens igitur eſt, vt in eum caſum quo nuptiæ ſecutæ non ſint, mulier non ſit donataria, ac proinde, vt non mulieri condictio danda ſit, ſed ei qui cum ſponſo contraxit, cùm in eum caſum expreſſa conuentione ſibi proſpexerit, quæ etiamſi tam expreſſa non eſſet, ſufficeret tamen meo iudicio, pars illa conuentionis qua cautum eſt, vt ſi nuptiæ ſecutæ eſſent,

ſecutæ eſſent, mulieri dos acquireretur, bona enim conſecutio eſt, vt eo igitur caſu quo nuptiæ ſecutæ non ſint, reddenda ſit dos alij quàm mulieri *arg. leg. inter ſocerum 26. §. cùm inter de pact. dotal.* Cui vero alij, quã ei ipſi qui dedit? negotium enim contractum eſt inter eum & ſponſum, vt loquitur *l. 2 inf. de cond. indebit. & leg. iuris gentium 7. §. 1. ſupr. de pact.* quod Paulus noſter exprimit his verbis *quaſi ob rem datur* ex quo negotio ſequitur dandam eſſe ciuilem actionem, id eſt, condictionem ei qui dedit, etiamſi nulla ſpecialis pactio de eo facta ſit, alioqui erit quæſtio de indubitabili, ſi quæras, an habere debeat condictionem non ſecutis nuptiis ille, qui dedit ea lege expreſſim adiecta, vt ſi nuptiæ ſecutæ non eſſent, dos illi ipſi qui dedit, redderetur. Qua de cauſa putabam aliquando, quod etiamnum videtur mihi probabile, ineptiuſa eſſe verba illa *ſi non eſſent ſecutæ, mihi redderetur*, & ex gloſſa interpretis alicuius in textum inuecta, non ob id tantùm quòd non ſoleat Paulus de iure tam aperto reſpondere, ſed etiam, quia ſic inita conuentione non competeret condictio ob cauſam dati cauſa non ſecuta, ſed condictio certi ſiue ex ſtipulatione ſi interpoſita eſſet ſtipulatio, ſiue ex contractu incerto & innominato ſi non eſſet interpoſita *leg. certi condictio 9. leg. ſi quis certum 24. ſupr. de rebus credit.* ad repetendam ex conuentione pecuniam ea lege datam. Nunquam enim condictiones iſtæ concurrunt cum aliis ſpecialioribus ex conuentione expreſſa deſcendentibus, tanquam quæ ſubſidiariæ ſint, & à iure ciuili, aliis omnibus deficientibus comparatæ, ne iniquitas illa occurrat, vt quis ex aliena iactura locupletetur, quomodo alioqui locupletaretur. Et certè verba Pauli dantis condictionem ei, qui numerauit pecuniam non ſecutis poſtea nuptiis, oſtendunt non illa ratione eum moueri; quòd ita conueniſſet nominatim, ſed quia ob rem datum eſſet, quæ ſecuta non fuiſſet, vt & in *l. ſi ego 9 in princip. infr. de iur. dot.* Cætera quæ ad huius loci interpretationem adferri poſſent, pete ex iis, quæ ſcripſimus ad *leg. ſi extraneus 6. & ad leg. qui ſe debere ſeptim. in princip. ſuprà.*

1 ¶ Si quis indebitam pecuniam, per errorem, iuſſu mulieris, ſponſo eius promiſiſſet, & nuptiæ ſecutæ fuiſſent: exceptione doli mali vti non poteſt. maritus enim ſuum negotium gerit, & nihil dolo facit, nec decipiendus eſt. quod fit, ſi cogatur indotatam vxorem habere. Itaque aduerſus mulierem condictio ei competit: vt aut repetat ab ea, quod marito dedit: aut vt liberetur, ſi nondum ſoluerit. Sed ſi ſoluto matrimonio maritus peteret: in eo duntaxat exceptionem obſtare debere, quod mulier receptura eſſet.

*Ad §. 1. Si quis indebitam.*

RAT. DVB. Sponſus, cui mulier delegauit dotis nomine, quaſi debitorem eum qui debitor non erat, plus iuris contra eum habere non poteſt, quàm ipſa mulier, cùm ſecundus creditor cui delegatio facta eſt, non plus iuris habere debeat, quàm is qui delegauit *vulg. l. nemo plus iuris 54. de reg. iur.* niſi quod habet hunc promiſſorem ex propria ſua promiſſione obligatum: quæ res facit equidem, vt cõtra eum habeat ſummo iure actionem, ſed quam tamen æquum ſit repelli exceptione doli mali, quia licèt ab initio nihil dolo malo fecerit, cùm dotem ab eo ſtipulatus eſt, tanquam à mulieris debitore, nunc tamen dolo facit, qui perſeuerat ex ea ſtipulatione agere cõtra eum, qui ſe probet nihil mulieri debuiſſe, atque ita contractam eſſe obligationem ex falſa cauſa *l. 2. §. circa infr. de doli mal. except.* Neceſt, quod quis obiiciat, promiſſorem hunc poſtquam ſoluerit ſponſo tantundem à muliere repetiturum, atque ita indemnitatem conſecuturum, intereſt namque ipſius non ſoluere, potius quàm ſolutum repetere *l. 3. de compenſat. leg. ſi ſtipulatus 15. in princip. de fideiuſſ.* Permittendum igitur eſt, vt ſe doli exceptione tueatur, vt & in ſpecie *l. 2. §. aliud iuris eſt infr. de donat. l. Iulianus ait 7. inf. de doli mal. except.*

DEC. Exceptio doli contra eos comparata eſt, qui per occaſionem iuris ciuilis lucrum captant ex damno alieno *l. 1. §. 1. eod. ill. titul.* Atqui ſponſus hic, idémque maritus (ponimus enim ſecutas eſſe nuptias) non captat lucrum ex damno alieno: nec n. cauſa dotis lucratiua eſt, ſed onéroſa, cùm deſeruiat onerib. matrimonij ad maritum pertinentibus *l. ex promiſſione 19. infr. de oblig. & action. l. dotis fructum 7. in princ. de iur. dot. l. pro oneribus 20. C. eod. l. vlt. §. 1. infr. quæ in fraud. credit. l. 1. Cod. de impon. lucrat. deſcript. lib. 10.* nec proinde mulieris negotium gerit, cùm petit dotem, ſed ſuum. itaque nihil dolo facit propter quod doli exceptione repelli debeat; tantùmque abeſt, vt quemquam decipiat, vt deciperetur potius ſi exigere prohiberetur, atque ita vxorem aut omnino indotatam, aut minus dotatam habere cogeretur, quam neque nulla, neque minore dote fuerat ducturus *l. purè 5. §. ſi eum infr. de doli mal. except.* Et in eo ſimilis eſt cauſa patris & extranei *leg. quemadmodum 46. § vlt. de iur. dot. l. apud Celſum 4. §. ſed etſi mulier 21. de dol. mal. except.* Multóque magis dicendum eſt, ſi delegatus debitor mulieri quidem debebat, ſed vel doli, vel qua alia exceptione ſummoueri poterat, non poſſe exceptionem illam habere locum in perſona eius cui debitor delegatus eſt *l. doli exceptio 19. inf. de donat.* eſt enim hic delegatus ſimilis ei qui donat, quoniam exceptionem remittere intelligitur, quã ſibi competere nõ ignorauit. Quòd ſi per ignorantiam promiſerit creditori, nihilo magis equidẽ exceptione aduerſus creditorem vti poterit, quia ille ſuum recipit, ſed is qui delegauit tenebitur cõdictione vel incerti, ſi pecunia ſoluta nondum ſit, vel certi ſi ſoluta ſit, ideóque poſtquam ipſe præſtiterit pecuniam, aget etiam mandati iudicio, vt eleganter idem Paulus noſter tractat in *leg. ſi quis delegauerit 12. eod. tit.* Idque eſt quod in hac lege idẽ Paulus ſcribit, aduerſus mulierem competere ei condictionem, vt aut repetat ab ea quod marito dedit, condictione ſcilicet certi, aut vt liberetur ſi nondum ſoluerit, condictione nimirum incerti: quomodo accipi etiam debet quod ſcriptum eſt in *l. 1. Cod. de*

*condict. indeb.* Nihil ergo intereſt hac parte, an omnino indebita fuerit pecunia, quam quis iuſſu mulieris in dotem ſponſo promiſit, an verò debita quidem fuerit ipſo iure, ſed cuius petitio excludi potuerit per exceptionem doli *l. nihil intereſt 112. de regul. iur.* Vtroque enim caſu maritus ſecurus eſt, ſiue per errorem & ignorãtiam, ſiue ſponte quis ei promiſerit, nemo enim dolum facit qui ſuum commodum iure perſequitur, inquit Accurſius ex *l. 3. §. 1. de liber. hom. exhib. l. iniuriarum 13. §. 1. de iniur. l. ſi pupillus 41. de acquir. hered. l. pen. §. vlt. ad leg. Iul. de vi public. l. delator 44. de iur. fiſc. l. ſi duorum 52. de action. empt.* Aliud iuris eſt, ſi promiſſio facta ſit ei qui lucratiuam cauſam habeat, puta donationis, non oneroſam, vt in *d. l. 2. §. aliud iuris eſt & d. l. Iulianus ait 7. de donat.* Aliud item ſi quis non ſuo nomine, ſed quaſi tutor puellę & ratione officij dotem ampliorem promiſerit, quã cui præſtandæ poſſint facultates puellæ ſufficere: excuſandus enim eſt propter neceſſitatem officij ex *leg. cùm poſt mortem 43. §. 1. verſicul. quòd ſi mulier infra de admin. & peric. tutor.* Quamquam locus ille valde à Triboniano corruptus eſt, vt docui *libro 6. Coniectur. capite 18.* vbi vide. Iunge *leg. tutorem 22. infr. de his qua vt indign.*

2 *Sed ſi ſoluto matrimonio.* RAT. DVB. Exceptio doli obſtat ei qui petit id quod redditurus eſt illi ipſi à quo petit, at non etiam ei qui petit id quod restituturus eſt alij *l. dolo facit 8. infr. de doli mal. except. l. in condemnatione 73. §. vlt. de reg. iur. l. ſi ſocer 44. §. Lucius ſolut. matr.* Atqui cùm ſoluto matrimonio maritus petit dotem quæ ante contractas nuptias promiſſa ei fuerat, petit quidem id quod redditurus eſt, ſed mulieri, non ei ipſi à quo petit. Ergo exceptionem doli pati non debet, ne de eo quidẽ quod mulier ex dote receptura eſt, ſi fortè conuenerit, quomodo conuenire olim plerũque ſolebat, vt ſoluto matrimonio præſertim per diuortium, maritus partem dotis lucraretur, alia verò pars mulieri reſtitueretur, ſi mulieris culpa diuortium factum eſſet, aut etiam citra conuẽtionem propter liberos ex eo matrimonio ſuſceptos retentis in ſingulos liberos ſextis ad dimidiam vſque partem dotis, vt Vlpianus in Fragmentis refert *titul. de dotib.* & nos ſcripſimus in libris Coniecturarum.

DEC. Maritus exigens dotem ſoluto matrimonio quam ex parte ſibi retinere, & ex parte mulieri reſtituere debet, partim ſuum, partim mulieris negotiũ gerit: ſuum, quatenus ex ea dote retenturus eſt, mulieris quatenus ei reſtituturus. Et ſicuti quatenus ſuum negotium gerit, nulla doli exceptione repelli poteſt, quia nihil dolo facit, nec decipiendus eſt, vt proximè diximus, ita quatenus mulieris negotium gerit, non eſt audiendus ſi pro muliere indebitam pecuniam petat, quam illi ipſi ſiue ſtatim ſiue ex interuallo reſtituere debeat: nullus enim hac parte mariti fauor eſt, ſed in ſolius mulieris vtilitatem ea res cederet, cui ſolutum intelligeretur, quicquid ipſi marito ſolutum eſſet, vt ei redderetur: quid enim referre poteſt, an mulier ipſa petat, an alius pro muliere? Repellendus igitur eſt hoc caſu maritus doli mali exceptione, nec adiuuandus eo prętextu, quòd non ſtatim reſtituere dotem mulieri debeat, ſed ex interuallo, id eſt, annua bima trima die ſecũdùm ius vetus, iure autem nouo poſt annum *l. vnic. §. exactio C. de rei vxor. act.* Etſi enim ita futurum eſt, vt priuetur interuſurio medij temporis, nihil tamen in eo abſurdi eſt, aut iniqui, cùm id tempus ad reſtituendam dotem ei datum ſit, non tam obligationis iure aliquo, quàm ex mera iuris indulgentia, ſicuti de tempore quod iudicatis datur, ſcriptum eſt in *l. cùm milites 16. §. 1. de compenſat. l. vlt. C. de vſur. rei iudic.* nec tam vt lucrum faciat maritus ex interuſurio illo medij temporis, quàm ne ex præcipiti ſolutionis neceſſitate damnum ſentiat: non enim tam facilè pecunia reſtituenda in numerato eſt & in expedito *l. ſi dubitet 10. de fideiuſſ.* nec tam amarè, & vt inter infeſtos ius reſtituendæ dotis tractandum eſt, ſed vt inter eos qui aliquando coniuges & maximo affectu coniuncti fuerunt, quomodo de donationibus inter virum & vxorem prohibitis ſcriptum eſt in *l. ſi id quod 28. §. ſi quas de donat. int. vir. & vxor.* Cæterùm nulla fit iniuria marito, etiamſi prohibeatur fructũ vllum ex dote conſequi totius illius temporis, quo maritus amplius non eſt. Quidni ergo doli exceptione repellatur pro ea dotis parte quam mulieri reſtituere debeat ex interuallo, perinde ac ſi ſtatim reſtituere cogeretur? ne alioqui mulier, cui nihil debetur, per mediam mariti perſonam conſequatur quod ex ſua conſequi nõ poſſet. Nec quod poſt factam ſolutionem ſuccurri poſſet debitori delegato, data ei aduerſus mulierem condictione, vt diximus, æquitatem tollere poteſt obiiciendæ exceptionis doli, cùm interſit eius qui cùm nihil deberet, delegatus tamen eſt, tanquam debitor, non ſoluere potius quàm ſolutum repetere *leg. 3. de compenſ. l. ſi ſtipulatus 15. in princip. de fideiuſſ.* Extra hunc caſum non eſſet repellendus doli exceptione is, qui id peteret quod etiam illi ipſi à quo peteret, reſtituturus eſſet ex interuallo, propter commodum ſcilicet medij temporis, quod actori auferendum non eſſet, *argu. l. debitor 82. de leg. 2.* Bartolus more ſuo diſtinctionem adſert multiplicem, multáſque habẽtem partes, quam tamen pluribus hîc perſequi non conuenit, cùm in ea quid verum quidve falſum ſit ex iis quæ ad *l. qui ſe debere 7.* & ad hanc legem ſcripſimus, intelligi facilè poſſit.

9. IAVOLENVS lib. 1 ex Plautio.

SI mulier ei, cui nuptura erat, cùm dotem dare vellet, pecuniam, quæ ſibi debebatur, acceptam fecit, neque nuptiæ ſecutæ ſunt: rectè ab eo pecunia condicetur: quia nihil intereſt, vtrum ex numeratione pecunia ad eum ſine cauſa, an per acceptilationem peruenerit.

*Ad l. Si mulier 10.*

RAT. DVB. Licèt verum ſit dotem poſſe conſtitui per acceptilationẽ *l. promittendo 41. §. accepti quelatione infr. de iur. dot.* id tamen ita intelligi debet ſi nuptiæ ſecutæ ſint, cùm in qualibet dotis conſtitutione ſiue per promiſſionem, ſiue per traditionem, ſiue denique per acceptilationem fiat, ex conditio tacitè intelligatur *d. l. promittendo in princ. l. ſtipulatio-*

*pulationem* 21.*& ſeq.eod.tit.* Idque eſt quod Scæuola dicebat, & Vlpianus probat in *l.licet* 43.*eod.*acceptilationem matrimonij cauſa factam non ſecutis nuptiis nullam eſſe, ideoque priſtinam obligationem perinde ſaluam & integram remanere ac ſi nulla acceptilatio facta eſſet *l.debitor* 36.*& ſeq.eod.* Atqui in hac ſpecie in qua ponimus mulierem ei, cui nuptura erat, cùm dotem dare vellet, pecuniam quæ ſibi debebatur acceptam feciſſe, nõ fuerunt ſecutæ nuptiæ. Ergo non valuit acceptilatio, nec proinde pecunia condici poteſt, quæ nec vlla numerata fuit, ſed ex priſtina obligatione tanquam quæ extincta non ſit, agere mulier poteſt & debet, aut ſi priſtina obligatio extincta eſſet, agere in id mulier deberet, vt obligatio illa reſtitueretur, nec tam condicere pecuniam quæ data non eſt, quàm liberationem ex *l.4.ſupr.hoc tit.* quam ita intelligere noſtri ſolent.

DEC. In arbitrio mulieris eſt quæ debitori ſuo acceptam fecit dotis cauſa pecuniam, vt dicat nullam eſſe acceptilationem, agátque ſi malit ex prima obligatione, ac ſi nulla acceptilatio interueniſſet *d.l.licet & d.l. debitor & ſeq.* Sed tamen ſi non ſecutis quoq; nuptiis malit ratam facere acceptilationem, non eſt prohibenda: nec querelæ occaſionem vllam habet debitor, qui ex cauſa conuenitur in qua ipſe ſe conſtituit, ſtipulando acceptilationem, & quam mutare ipſe non poteſt niſi mulier velit *arg.l. ſi index* 41.*in fin.ſupr.de minor.* Porrò ſatis ratam habet mulier acceptilationem, cùm pecuniam, quam acceptam fecit, mauult condicere, quàm ex priſtina obligatione petere: condictio enim præſupponit validitatem acceptilationis, vt & alterius cuiuſlibet actus ex quo condictio naſcatur *leg. ſi non ſortem* 26. *§.ſi centum l.cùm is* 32.*§.1.infr. de cond.indebit. iunct. l.* 3. *§.falſus procurator l.ſi ſine iudice* 22.*l.vlt.§.1.infr.rat.rem. haber.* Permittendum igitur ei eſt, vt poſſit hoc caſu pecuniam cõdicere, non liberationem, tametſi pecuniam nullam dederit, quia vt Iauolenus hîc ſcribit, nihil intereſt vtrum ex numeratione pecunia ad debitorem, an per acceptilationem peruenerit, nec alius Vlpiani ſenſus eſt in *d.l. 4.ſup.hoc tit.* vt ad eam docuimus. Neque eſt quod cum Accurſio & Bartolo dicas, fuiſſe hîc debitum præſens & liquidum, ibi verò in diem vel ſub condicione, nec rurſus, vt cum Bartolo comminiſcaris actum hîc fuiſſe, vt acceptilatio non haberet tacitam illam condicionem, ſi nuptiæ ſequerentur: ſed nodus hic, quem diſſoluere illi non potuerunt, eo quo diximus modo diſſoluendus eſt. Benè autem Iauolenus hîc æquiparat acceptilationem numerationi, cùm acceptilatio vim ſolutionis habeat, & nihil aliud quàm ſolutio imaginaria ſit *§.1.Inſtit.quibus mod.tollit.obl.l.penul. infr. de ſolut.* Sic & præſtari & peti intelligitur æquipollenter, quod compenſatur, inquit Accurſius ex *l.ſi filiofamilias* 25.*in pr.infr.ſolut.matrimon.l.amplius non peti* 15.*infr.rat.rem haber.*

10. IVLIANVS libro 11. Digeſtorum.

SI hæres arbitratu liberti certa ſumma monumentum iuſſus facere, dederit liberto pecuniam, & is accepta pecunia monumentum non faciat: condictione tenetur.

*Ad l.Si heres* 11.

RAT.DVB. Cùm heres arbitratu liberti certa ſumma monumentum facere iuſſus eſt, & ex ea cauſa pecuniam liberto dedit, non tam cum eo contraxiſſe certa lege videri debet quàm voluntati teſtatoris ſui ſatisfeciſſe, nec tam dediſſe pecuniam ad libertum obligandum quàm ad ſe liberandum, denique ad diſtrahendum negotium potius quàm ad contrahẽdum, vt de eo ſcriptum eſt, qui indebitam pecuniam ſoluit, quam putat ſe debere *l.5.§.is quoque infr.de oblig.& action.* Hic enim re vera debet quod ſoluit, & ſoluendo liberatur, ne actione ex teſtamẽto cõueniri amplius poſſit. Non ergo poteſt habere condictionem etiamſi libertus accepta pecunia monumentum non faciat, aut in monumẽtum minus eroget quàm erogari teſtator voluerit, ſolutio enim quæ liberationem parit, nunquam poteſt parere condictionem, *l.ſi non ſortem* 26.*§.ſi centum l.cùm is* 32.*§.1.inf.de cond.indeb.* Ideóq; nõ debuit heres pecuniam illam dare liberto, quin prius ſatiſdediſſet libertus ſe monumentum ex ea pecunia facturum *l.quibus diebus* 40.*§.vlt.inf.de condict.& demonſtr.* vt fieri aliàs ſolet quoties alicui legatur ſub modo: cauere enim legatarius debet de modo implendo, vt ſi non impleat legatarius, poſſit heres habere actionẽ ex ſtipulatu quã alioqui nullã habere poſſet: nam neque olim competebat pro modo actio ex teſtamento quam Gordianus tandem conceſſit in *l.2.C. de his quæ ſub mod.* Et tamen implendus omnino modus non minus quàm condicio, vt non circumueniatur voluntas teſtatoris: id enim eſt quod dici ſolet in legatis & fideicommiſſis etiam modum adſcriptum pro condicione obſeruari *l.1.eod.tit. iunct.l. ſi cui legatum* 92.*de condict.& demonſtr.* quamuis reuera modus à condicione differat *leg.libertas* 17. *§. hac ſcriptura leg.Mæuia* 44.*de manum.teſtam.* in eo maximè quod condicio ſuſpendit, modus non ſuſpendit & condicio fit per *ſi*, modus autem per *vt*, *l. cùm ab eo* 41.*infr.de contrab. empt.* Ergo in propoſita ſpecie ſi ſatiſdationem non exegerit heres à liberto de monumento extruendo cùm pecuniam ipſi in hanc rem dedit, imputare ſibi debet, nec ideò danda ei condictio eſt.

DEC. Non tantùm hæredis, ſed ipſius etiam teſtatoris maximè intereſt, adeóque Reipublicæ ne defuncti voluntas, præſertim tam iuſta circũueniatur *d.l.ſi cui legatum iunct.l.vel negare* 6.*inf.teſtam.quemadm.aper.* nec minus cùm teſtator modum, quàm ſi condicionem adſcripſerit *d.§.hac ſcriptura & d.l.Mæuia.* Neq; permittendum eſt liberto, vt impunè fraudem faciat voluntati teſtatoris, quod tamen cõtingeret, ſi acceptâ pecuniâ ad monumentum extruendum, aut omnino non faceret, aut in eam cauſam minus erogaret quã erogari teſtator iuſſit. Non enim legata ei eſt pecunia, ſed vt nudus miniſter & executor electus videtur, vt in *l.ſi quis Titio* 17. *de legat.2.* ad ſuſcipiendam curam condendi corporis, & monumenti extruẽdi, vt in *l.Lucius* 88.*§.à tepero eod. tit.* vbi hanc ob cauſam dicitur, ſi in monumentum ædificandũ minus impẽſum ſit, reliquam ſummam

by Google

heredis commodo proficere debere non eius cui ſummam dari teſtator noluit, vt monomentum extrueretur. Neque repugnat quod in ſpecie huius legis *arbitrata liberti* monumentum fieri teſtator voluit. Non enim ideo videri debet eius arbitrio permiſiſſe, vt ex ea pecunia monumentum faceret vel non faceret, eámque pecuniam aut totam, aut pro parte ſibi retineret, ſed vt grati liberti vtrique boni officium in ea re pręſtaret: quod ſi non fecerit, condictione illum teneri æquum eſt, ne teſtatoris voluntati impunè illuſerit. Accipiendo enim pecuniam ab herede ad extruendum monumentum, negari non poteſt quin aliquod negotium gerat per quod contrahitur συνάλλαγμα, & ex quo naſcitur condictio, vt in *l. a. infr. de condic. indeb. l. iuris gentium 7. §. 1. ſup. de pact.* præſertim cùm nec ſatiſdationem heres ab eo exigere potuerit aut debuerit qui non ſui commodi cauſa, ſed tanquam nudus miniſter & executor eam pecuniam accipiebat, quę nec fuerat ei legata, nec per fideicommiſſum relicta, ita vt nec liberatio vlla heredi per eam ſolutionem acquiratur, vt proinde, nec imputari quicquam heredi poſſit, qui tamen etiamſi non ſatis prudenter ſibi ab initio proſpexiſſet, non idcirco ſibi ex poſtfacto proſpicere prohibendus eſſet *arg. l. ſi res obligata 57. in fin. de legat. 1.* vt ſecundum voluntatem teſtatoris monumentum ei extrueret, quod libertus non extruxiſſet. Aliud eſſet, ſi quis per ſtipulationem aliquid dare vel facere arbitratu alterius promiſiſſet *l. ſi quis arbitrata 43. & ſeq. de verb. oblig.*

12. PAVLVS libro 6. ad legem Iuliam & Papiam.

CVm quis mortis cauſa donationem fecerat, cùm conualuiſſet donator condicit: fructus quoque donatarum rerum, & partus, & quod adcreuit rei donatæ, repetere poteſt.

*Ad l. Cùm quis 12.*

RAT. DVB. Donatio quælibet liberalitas eſt, nec ad negotij contracti cauſam pertinet *l. interdictam 14. infr. de precar.* vbi donatio contractui opponitur, & negotio geſto. Atqui non niſi ex aliquo negotio geſto poteſt naſci condictio *l. iuris gentium 7. §. 1. ſupr. de pact. l. a. infr. de condict. indeb.* Ergo ſi quis donationem etiam mortis cauſa fecerit, licèt conualuerit donator, condictio tamen locum habere non poteſt, cùm imputare ſibi donator debeat, cur non melius ſibi proſpexerit interpoſita ſtipulatione, vt in eum caſum quo conualeſceret res donata ſibi redderetur, aut ſaltem danda potiùs ei eſt ciuilis actio præſcriptis verbis quæ & ex negotio geſto naſci ſolet *d. l. iuris gentium §. . l. naturalis 5. & §. 1. & ſeq. l. ſi dominus 8. & paſſ. infr. de præſcript. verb.* quàm condictio. DEC. Is qui mortis cauſa donat in hoc diſſimilis eſt ei qui purè & abſolutè donat, quod non tantùm de donatatio cogitat & de liberalitate in eum exercenda, ſed etiam de ſeipſo, vt ſi ex ea infirmitate conualuerit reddatur ſibi: mauult enim habere ſe quàm donatarium, & amore vitæ recepiſſe potius quàm dediſſe, porrò qua parte ſe cogitat negotium gerit. Proinde ex illo negotio æquum eſt naſci condictionem, de qua in hoc Tit. ob rem dati re non ſecuta, vt ex Caſſianorum ſententia eleganter Paulus noſter diſputat in *l. Senatus 32. §. ſed mortis cauſa & ſeq. infr. de mort. cauſ. donat.* quæ lex ſumpta eſt ex eodem Pauli *libro 6. ad legem Iuliam & Papiam* ex quo & hæc lex. Et quamuis donatio cauſa mortis æquiparari ſoleat vltimis voluntatibus, magis quàm contractibus, cùm dicatur capi ad inſtar legati *l. etiam 15. l. illud 37. eod. tit. l. vltim. Cod. eod.* habet tamen hoc ſimile cum contractu, quòd negotium geſtum continet, ſiue fiat per traditionem, ſiue per ſtipulationem, quia ſemper fit certa lege, non illa quidem, vt ſi teſtator conualuerit, reddatur id quod donatum eſt, ſed vt vel illo, vel aliquo ſaltem alio caſu ſit repetitio *dict. l. Senatus §. mortis cauſa in fin. iunct. l. ſi alienam 13. §. 1. eod. tit.* Nam vbi ita donatur mortis cauſa, vt nullo caſu reuocari poſſit donatio magis donandi cauſa mors eſt, quàm mortis cauſa donatio, vt eleganter Marcianus ſcribit in *l. vbi ita donatur 27. eod.* Sed & in donatione facta inter viuos, poteſt interdum contingere, vt negotium aliquod geratur, ſcilicet cùm facta eſt certa lege & ſub modo, quod cùm accidit, etiam ex ea datur condictio, ſi modus non impleatur *l. 1. & 3. C. de donat. quæ ſub mod. l. vlt. C. de rer. permut.* quàmuis detur etiam præſcriptis verbis actio donatori ſi eam eligat in id quod ſua intereſt legem donationis impleri *d. l. vlt. l. legem 9. l. cùm res 22. Cod. de donat.* Mirum igitur non eſt ei qui mortis cauſa donauit, dari condictionem quaſi re non ſecuta ſi conualuerit, nec tantùm ſi donationi hanc legem expreſsè dixerit, ſed etiamſi nihil dixerit, niſi ſe donare mortis cauſa, cùm eſſet in infirmitate conſtitutus, ſicut & qui donauit peregrinaturus, vbi à peregrinatione redierit, condicere poteſt. Eſt enim hoc commune omnibus mortis cauſa donationibus, vt condicionem & ſpem redhibendi aliquam habeant, in quo differunt à donatione inter viuos, quæ ideo pura, ſimplex & abſoluta dicitur à Papiniano in *l. Seia 42. in princ. & §. 1. de mort. cauſ. donat.* Denique tum demū condictioni ex donatione locus eſt, cùm certa lege donatio facta eſt, ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa, non ſi abſolutè, quamuis facta ſit à moriente, niſi moriens etiam mortis cauſa donare ſe addiderit, *d. §. 1.* vbi eleganter dicitur aliud eſſe ſi moriens quis donet, aliud ſi mortis cauſa. An verò condicatur donatio ipſa, an res donata, de quo laborat Accurſius, parum curandum eſt, etſi non dubito quin cōdictio fiat ipſius corporis quod donatum eſt *arg. l. in re furtiua 8. infra de condict. furt.* ideóque nimirum & fructus & partus in hác condictionem veniunt, vt ſequitur in hac lege, quia ſunt acceſſiones naturales non ipſius donationis quę aliam donationem parere non poteſt, ſed rei donatæ, vt Paulus docet verbis illis ſequentibus *fructus quoque donatarum rerum.* Circa quem verſiculum dubitandi, & decidendi ratio eadem eſt quæ ad *§. fundus l. qui ſe debere ſup.* vbi diximus. Iunge *l. videamus 38. §. 1. verſic. idémque eſt ſi mortis infr. de vſur.*

13. MARCIANVS

13. MARCIANVS lib 3. Regularum.

SI filius contulerit fratri, quaſi agniturus bonorum poſſeſſionem, & non agnouit: repetere eum poſſe, Marcellus libro quinto Digeſtorum ſcribit.

*Ad l. Si filius 13.*

RAT. DVB. Cùm filius emancipatus præteritus contulit fratri in poteſtate retento, quaſi agniturus bonorum poſſeſſionem contra tabulas patris, ad quam alioquin admitti ex prætoris edicto non potuiſſet *l. ea demum 6. & paſſ. C. de collat. l. prætor 3. § emancipatus & ſeq. infr. eod. ill. tit.* verum quidem eſt factam eſſe collationem ob cauſam, & eam cauſam ſecutã non eſſe, ſi poſtea idem filius qui contulit, malit bonorum poſſeſſionem contra tabulas repudiare: ſed tamen illud quoque verum eſt, non niſi per filium ipſum ſtare quominus cauſa ſequatur, cùm facta collatione potuerit agnoſcere bonorum poſſeſſionem. Perinde igitur haberi debet quod ad ipſum pertinet, ac ſi bonorum poſſeſſionem agnouiſſet ex regulã *l. iure ciuili 24. de condict. & demonſt. l. in iure ciuili 161. de reg. iur.* nec quod conſilium mutauerit in fratris fortaſſe iniuriam, condictionem ei debet acquirere *leg. nemo poteſt 75. eod.* ſibi enim imputet qui conferre maluit, cùm non cogeretur: debuerat enim prius benè explorare vires hereditarias, & an ſibi expediret bonorum poſſeſſionem agnoſcere, an repudiare cùm ſciret futurum, vt agnoſcendo bonorum poſſeſſionem hereditariis oneribus implicaretur *l. ſi duo 38. infr. de acq. hered. l. 4. ad SC. Treb.*

DEC. Collatio quæ ab emancipato fit filio in poteſtate retento, habet tacitam illam condicionẽ, ſi emancipatus agnoſcat bonorum poſſeſſionem, vel contra tabulas ſi factum ſit teſtamentum, in quo emancipatus fuerit præteritus vel vnde liberi, ſi pater inteſtatus deceſſerit. Nam & ad hũc caſum hęc lex pertinet, quamuis eam malè Accurſius coarctet ad bonorum poſſeſſionem cõtra tabulas. Eſt enim introductum à prætore ius collationis vtroque caſu ex ſumma illa æquitate, quòd conueniens ſit, vt ſua conferant, qui appetunt aliena *leg. 1. § 1. & paſſ. de collat. bonor.* ne alioqui læderetur filius in poteſtate retentus, ad quem ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato patris ſucceſſio ipſo iure tota pertinet, ſi per concurſum fratris emancipati partem ſucceſſionis amitteret, nec viciſſim ab ipſo conſequeretur partẽ bonorum, quæ frater emancipatus ſibi acquiſiit beneficio emancipationis, & quæ non ſibi, ſed patri acquiſiuiſſet, ſi emancipatus non fuiſſet, atque ita reperirentur hodie in patris communis hereditate ac inter fratres ex æquis partibus diuiderẽtur *l. cùm duobus 52. aliàs l. ſi fratres §. idem Papinianus inf. pro ſocio.* vt quemadmodum prætor cùm admittit filium emancipatum cum fratre in familia retento ad bonorum poſſeſſionem, ſiue contra tabulas, ſiue vnde liberi, reſcindit emancipationem *l. 3. §. ſi emancipatus de bonor. poſſ. contr. tabul.* ita in diuidendis bonis paternis eandem obſeruet rationem, quam obſeruaret ſi emancipatio nulla interueniſſet. Atqui nulla fit iniuria fratri in poteſtate retento, ſi malit emancipatus bonorum poſſeſſionem repudiare, nec proinde ſubeſt hoc caſu neceſſitas, aut æquitas vlla faciendæ collationis: neque poteſt frater in familia retentus conqueri ſi emancipatus à auxilio & beneficio iuris prętorij vti nolit, cùm liceat vnicuique iuri prò ſe introducto renunciare *l. pen. C. de pact.* nec potuerit frater in familia retentus quicquam iuris habere aut ſpetare in bonis emancipati fratris, ſi is quaſi agniturus bonorum poſſeſſionem collationis neceſſitatem ſibi ipſi non impoſuiſſet *leg. ſi iudex 41. ſupr. de minor.* Quare nec vllam ex huius mutatione conſilij frater iniuriam recepiſſe videri poteſt, cui ſeruãtur eadem ipſa iura integrã omnia, quæ habuiſſet, ſi emancipatus prætoris auxilium ab initio abieciſſet. Quòd ſi collatio aliquod ei lucrum erat allatura, quia fortè plus contuliſſet bonorum frater emancipatus, quàm ex agnita bonorum poſſeſſione fuerat recepturus, lucrum equidem hoc amittit filius in poteſtate retentus, ſed non ideo damnum vllum incurrit. Aliud enim eſt lucrum non percipere, aliud verò damnum incurrere *l. quod autem 6. §. ſimili modo infr. quæ in fraud. credit. l. 3. in princip. vnde vi.* Prætoris autem propoſitum in edicto de collationibus non illud eſt, vt liberis in familia retentis lucrum aliquod adferatur, ſed ne damnum ita vllum ex agnitione bonorum poſſeſſionis, nulláque iniuria per emancipatos inferatur, quæ inferretur ſi ea ſaltem quæ ſibi propter emancipationem acquiſiuerunt, conferre non cogerentur, prætor enim nemini vult beneficium ſuum eſſe captioſum *leg. Paulus notat 8. infr. de ſtipulat. prætor.* Ergo cum emancipato repudiante bonorum poſſeſſionem deficiat condicio tacita, quæ inerat collationi, ſi emancipatus conferens agnoſceret poſſeſſionem, conſequens omnino eſt, vt competat ex ea cauſa condictio bonorũm collatorum *l. 1 §. 1. l. qui ſe debere 7. ſupr. hoc titul.* quamuis non niſi per eum ſtet quominus cauſa ſequatur, perinde ac ſi ſtaret per fratrem in familia retentum, quia emancipati arbitrio relictum voluit prætor, an bonorum poſſeſſionem mallet agnoſcere an repudiare, *leg. ſi filius 12. de vulg. & pupill. ſubſt.* Nec quòd filius emancipatus parum cautè ab initio deſtinauerit agnoſcere bonorum poſſeſſionem facit, vt hoc ipſo ſtatim agnouiſſe illam videatur, cùm in eam rem adeundus eſſet olim prætor *l. 3. §. acquirere de bonor. poſſ.* vt & hodie iudex quilibet competens *l. vlt. C. qui admitt. ad bonor. poſſeſſ.* quod quandiu factum non eſt, ſunt omnia integra, ideóque & pœnitentiæ locus eſt *l. 5. ſupr. hoc titul.* non enim ſola voluntas agnoſcendæ bonorum poſſeſſionis facit bonorum poſſeſſorem. Aliud ergo eſſet, ſi agnita iam bonorum poſſeſſione vellet emancipatus ex pœnitentia condicere: hoc enim ei non liceret, ſolúmque ſupereſſet ipſi beneficium reſtitutionis ſi fortè captus & minor proponeretur *leg. nam poſtea quam 9. §. ſi minor ſupr. de minor.*

14. PAVLVS libro 3. ad Sabinum.

SI procuratori falſo indebitum ſolutum ſit, ita demum à procuratore repeti non poteſt, ſi dominus ratum habuerit, ſed ipſe dominus tenetur, vt Iulianus ſcribit. quod ſi dominus ratum non habuiſſet, etiam ſi debita pecunia ſoluta

fuiſſet, ab ipſo procuratore repetetur: non enim quaſi indebitum datum repetetur: ſed quaſi ob rem datum, nec res ſecuta ſit, ratihabitione non intercedente: vel quòd furtum faceret pecuniæ falſus procurator, cum quo non tantùm furti agi, ſed etiam condici ei poſſe.

*Ad l. Si procuratori 14.*

Valde ſe torquent interpretes in huius legis explicatione, vt ex gloſſis Accurſij & commentariis Bartoli videre eſt. Nam cùm procuratorum alij ſint in rem ſuam, alij ſimplices, alij verò nudi miniſtri ac nuncij, & rurſum alia ſit condictio indebiti, alia ob cauſam dati cauſa non ſecuta, alia furtiua, de quib. omnib. hæc lex loquitur, alij denique ſint veri procuratores, alij verò falſi, ſed qui veri fiunt per ſubſecutam ratihabitionem, emergũt varij caſus, in quibus ſolutione facta falſo procuratori tractandum eſt de condictione, quænam, & contra quem poſſit cõpetere: nam ſi facta ſit vero procuratori, hoc eſt, qui pręcedens & ſufficiens mandatum habeat, certum eſt acquiri ex ea ſolutione liberationem *leg. vero procuratori* 12. *inf. de ſolut.* Idémque eſt ſi mandatum aliquando habuit, nũc verò non habet, quia reuocatum fuerit, ſi modò ſolutio facta ſit bona fide, ac priuſquam ſciret debitor mandati reuocationem *l. ſi ſeruus 32. l. qui hominem 34. §. ſi Titium l. cùm quis 38. §. 1. infr. de ſolut.* ne bona fides ei noceat cui nihil imputari poteſt, cùm imputari potius poſſit ei qui mãdato reuocato non citius reuocationẽ debitori denunciauerit, niſi iuſtam debitor habuerit cauſam aliquam ſuſpicandi mutatam fuiſſe creditoris volũtatem, vt in *l. ſi cùm Cornelius 82. eo. tit.* neque hoc caſu expectanda eſt ratihabitio, cùm mandatum præceſſerit *l. ſi procurator 6. verſ. Celſus infr. de condict. indeb.* Nam & qui aliquem præponit aut exigendis pecuniis aut ſuis negotiis omnibus, etiam debitoribus mãdare intelligitur, vt ei ſoluant *d. §. ſi Titium.* quãuis aliquando contingat, vt ob malam fidem eius qui ſolutionem accipit, impediatur liberatio ne cõtingat ipſo iure, ſed tantùm ope exceptionis *d. l. cùm quis §. 1.* At cùm falſus procurator eſt, cui ſolutũ fuit, quia non poteſt liberatio cõtingere *d. l. qui hominem §. ſi nullo de ſolut. l. creditoris 8. C. de cond. indebit.* neceſſe eſt, vt cõdictio cõpetat *d. l. creditoris*, ex illa iuris regula quę habet, ſolutionẽ, quę ad liberationẽ non proficit, proficere ad condictionem, & contrà, *leg. ſi non ſortem 26. §. ſi centum l. cùm is 32. l. Neratius 63. de condic. indeb. d. l. cùm quis 38. §. 1. & ſeqq. de ſolut.* De illo tantũ dubitari poteſt contra quẽ ea condictio danda ſit, an contra verum creditorem, an contra procuratorem falſum, qui veri creditoris nomine ſolutionem accepit, nimirũ ſi verè debitum fuit quod ſolutũ eſt: alioqui non de vero creditore tractãdum eſſet, ſed de falſi creditoris procuratore, qui rurſum aut verus aut falſus eſſe poteſt. An autem verus ſit an falſus nil attinet quærere, quãtum ad liberationem, cùm verus creditor nullus eſt, nec enim liberatio vlla poteſt contingere, ſi nullum debitum, nulláq; obligatio præceſſerit, poteſt tamen hoc etiam caſu circa condictionem quæri & diſtingui, an verus procurator fuerit, an falſus. Hæc verò lex de falſo tantùm procuratore loquitur, non de vero, ſed de falſo procuratore creditoris ſiue falſi ſiue veri, ac primùm de falſo procuratore falſi creditoris, id eſt, de eo qui fingens ſe procuratorem, cùm non eſſet, indebitam pecuniam alterius nomine recepit: de hoc autẽ ſic Paulus ſcribit, ſi procuratori falſo indebitũ ſolutũ ſit, ita demum à procuratore repeti nõ poſſe, ſi dominus, id eſt, is qui creditor putabatur, ratũ habuerit, ſed hoc caſu dominum teneri, ergo ſi è contrario dominus ratum non habeat, teneri procuratorem. Quamuis enim Paulus hanc ſecundam propoſitionem ex prima non inferat, ſed ad aliũ caſum tranſeat de pecunia debita à falſo procuratore exacta, id tamen priori propoſitioni conſequens omnino eſt, nec vllam admitrit dubitandi ſatis probabilem rationem. Quis enim alius indebiti condictione teneri poteſt, quàm falſus procurator, cùm indebitum ſolutũ fuit, nec ſecuta vlla ratihabitio eſt? Nam nec vero procuratori mandare vnquam dominus intelligitur, vt indebitam pecuniã exigat, quod nec ſine dolo malo mandari poſſet *dict. l. ſi procurator 6. §. 1. de cond. indeb.* doli autem mãdatum nullum eſſe poteſt, vt nec alterius cuiuſlibet rei quæ iure fieri non poſſit *l. ſi pater filiofam. 12. inf. quæ in fraud. cred. l. creditor 60. §. vlt. inf. mãd.* Sed quod ad priorem propoſitionem, quã hîc Paulus ex Iuliano exprimit, ratio dubitandi adferri illa poteſt, quòd ratihabitio ſecuta falſi creditoris facere non poſſit, vt quod ſolutum eſt indebitũ, fiat debitum. ergo neq. poterit mutare cauſam condictionis, vt alius ea condictione teneatur quàm procurator, qui ſolutionem indebiti accepit, quiq; proculdubio indebiti cõdictione teneretur, ſi ratihabitio nulla ſecuta eſſet, præſertim cùm his ſolis condici poſſit pecunia quib. quoquomodo ſoluta eſt, non quib. ſolutio proficit *l. his ſolis 50. de cond. indeb.* Quid verò aliud addere ratihabitio domini poteſt quàm vt ei proficere incipiat ſolutio, quæ alioquin ſoli procuratori fuerat profutura? Sed decidẽdi ratio fortior hæc eſt, quòd ratihabitio æquiparatur mandato *l. qui in aliena 6. §. 1. de acq. hered. l. vlt. C. de SC. Maced.* facitq; negotium illius qui ratũ habet etiãſi re uera ipſius non erat, ſi modò eius contẽplatione geſtum fuerit *l. ſi pupilli 6. §. ſed ſi ego & §. itẽ quæritur ſup. de negot. geſt.* etiam inuito eo qui ſoluit *l. ſi ego 24. eod. tit.* Secuta ergo domini ratihabitione, cuius nomine falſus procurator indebitũ accepit, perinde haberi debet ac ſi ſolutionẽ ipſe accepiſſet *l. cùm indebitũ 57. §. 1. infr. de cond. indeb. & d. l. ſi procur. 6. §. 1. eo. l. ſi quis offerenti 58. de ſol.* Sed quænam condictio hoc caſu dabitur ſiue cõtra dominũ, ſiue contra procuratorem? An indebiti? An ob cauſam dati cauſa nõ ſecuta? An ſine cauſa? An denique furtiua? Et quidẽ de condictione indebiti non poteſt dubitari quin cõpetat, cùm pecunia verè ſit indebita *d. l. ſi procur. §. 1. & d. l. cùm indeb. 57. §. 1. de cond. indeb. l. ſi indeb. 16. in pr. & l. ſi ſine iudice 22. infr. rat. rem. hab. l. qui hominem 34. in pr. de ſol. l. ſi vendidero 80. §. ſi Titius & §. vl. de furt.* niſi ſoluta fuerit ab eo qui ſciebat falſum eſſe procuratorẽ, quo caſu videtur donata, & quidẽ procuratori ipſi non ei, cuius ſe dicebat eſſe procuratorem: quẽadmodũ ſi ſciẽter ſoluta eſſet vero procuratori falſi creditoris, non procuratori, ſed creditori falſo donata videretur: in traditionibus enim omnibus, ſed maximè in donationibus voluntas eius potiſſimum ſpectanda eſt, qui donat, cuius gratia & cõtemplatione tradat, non autem eius qui accipit *leg. qui mihi donatum 13. infr. de donat. iunct. leg. cuius per errorem 53. de regul. iur. leg. 1. l. quod quis ſciens 50. infr. de condict. indebit.*

Sed

Sed & condictio ſine cauſa hoc caſu competit, quę valde generalis eſt, & cum indebiti condictione facilè concurrit *l. & vlt. & paſſ. de condict. ſin. cauſ.* idque ſiue falſo procuratori ſoluerim ob eam cauſam vt ſtatim liberet, ſiue vt ille reddat pecuniam vero creditori, vt eo demum caſu contingat mihi liberatio, veluti *in d. l. ſi quis offerenti 58. de ſolut.* nulla enim cauſa eſt conſequendæ liberationis per ſolutionem, cùm nulla ſubeſt obligatio, quam in neceſſarium antecedens omnis liberatio præſupponit. Sed an & condictio ob cauſam dati cauſa non ſecuta? Minimè verò. Nec enim illa concurrit vnquam cum condictione indebiti, à qua diuerſam omnino & diſparatam cauſam habet, vt diximus ad *l. qui ſe debere 7. in principio ſupr.* Multò minùs cum condictione cauſa, cui contradictoriè opponitur. Poteſt tamen interdum fieri, vt condictio ob cauſam dati cauſa non ſecuta hoc quoque caſu locum habeat, non etiam condictio indebiti, nec condictio ſine cauſa, nimirum ſi falſo procuratori ſolutum ſit eâ lege, vt falſus creditor, qui verus putabatur, ratam habeat ſolutionem intra certum tempus. Nam ſi non ſequatur intra illud tempus ratihabitio, quæ fuit cauſa faciendæ ſolutionis, condici vtique poteſt condictione ob cauſam dati cauſa non ſecuta, quamuis nec per ſubſecutam ratihabitionem poſſit contingere liberatio, quia ſatis eſt per ratihabitionem factum iri, vt poſſit condici pecunia falſo creditori, cui alioquin condici non poſſet *d. l. ſi indebitum 6. in princi. ratam rem haber.* ſicuti nec poſſet condici falſo procuratori, ſi ratihabitio ſequeretur *d. l. ſi quis offerenti & d. l. vero procuratori. De ſolut. d. leg. ſi procurator. de condict. indeb. l. ſi tibi dederim 25. infr. De donat. & hac ipſa lege.* quoniam, vt diximus, ratihabitio ſemper æquiparatur mandato, parum ſiquidem intereſt, an interueniſſet ſtipulatio, Rem ratam dominum habiturum, vt in *d. l. ſi in debitum*, an verò ſolutio facta ſit ea lege, vt ratihabitio ſequeretur. Non enim pactum nudum videri debet quoties certa lege datum aliquid probatur *leg. ſi domi minus 8 de præſcript. verb. leg. vltim. Cod. de rerum permutat.* quod ſufficit ad producendam condictionem, adeóque interdum actionem præſcriptis verbis, *leg. naturalis 5. §. 1. & ſequenti inf. de præſcript. verb. leg. ſecund. in princip. infr. de condictio. indeb.* Itaque ſi nullum tempus ratihabitioni præſcriptum ſit, agi tamen adhuc poterit, vt certum tempus præfiniatur, intra quod ratihabitio proferatur, vt eo elapſo, ſi nolit dominus ratum habere, condictionem procurator patiatur. Interim namque dum pendet ratihabitio, condictionem quoque pendere neceſſe eſt, cum ex pacto ſolutioni adiecto appareat non id egiſſe ſoluentem, vt ſtatim liberaretur, ſed vt ratihabitione demum ſecuta *dict. l. ſi quis offerenti.* De condictione furtiua dubitari minus poteſt, quin competat aduerſus falſum procuratorem vt in fine huius legis disertè ſcriptum eſt, eo ſcilicet caſu, quo etiam furti actione tenetur, vt hîc & in *leg. falſus procurator 19. Cod. de furt.* nempe cum intercipiendi & lucrandi animo accepit ſolutionem, vt in *leg. cùm quis 38. §. 1. infr. de ſolut.* non enim furtum fit ſine furandi & lucrandi conſilio. *§. placuit Inſtit. de obligat. quæ ex delict. naſc. leg. 1. §. pen. l. ſi quid fur 22. leg. falſus 43 §. leg. ſi is qui ſimulabat 75. infr. de furt.* Euenire autem interdum poteſt, vt falſus quoque procurator accipiat ſolutionem bona fide, etiamſi ſe falſum procuratorem ſciat, ſed eius tamen quem putat eſſe verum creditorem, ſi putet ratam eum habiturum ſolutionem, nec intercipiendi animo id faciat. Et ita intelligi debet quod ſcriptum eſt in hac lege, *& in dicta leg. falſus 19. Cod. de furt.* Quo caſu cùm nummi maneant debitoris, quia furtum non eſt modus acquirendi dominij *dict. leg. cùm quis 38. §. 1. De ſolution.* condictionem quoque furtiuam ei competere certum eſt, quæ non datur niſi domino *leg. prim. De condict. furt. leg. vltim. ſupr. vſufruct. quemadmodum caueat.* Sed an aliæ quoque condictiones competant, de quibus diximus, difficilius eſt dicere. Primùm, quia non ſolent cum furtiua condictione concurrere, cùm illę non competant niſi non domino, hæc autem ſoli domino. Sunt verò illa contradictoria, dominum quem eſſe, & non dominum *dicta leg. vltima.* Deinde quia quo caſu dominium non transfertur in procuratorem, nec condictio indebiti, nec ob cauſam dati, nec ſine cauſa competere poteſt: ſed ſola furtiua ſi furtum factum ſit. Et tamen videtur Paulus in hac lege dare contra falſum procuratorem, qui nummos accipiendo furtum fecerit, non minus condictionem ob rem dati re non ſecuta, quàm condictionem furtiuam, & actionem furti. Atque ita Vltramontanos noſtros olim ſenſiſſe pro tuenda Martini opinione, Bartolus refert, probatque, quia (inquit) omnis condictio degenerat contra furem. Sed hoc falſum eſt. Sola enim condictio furtiua degenerat, vt contra naturam cæterarum condictionum omnium detur domino, adeóque ſoli domino, cùm cæteræ omnes dentur non domino aduerſus dominum: nec ſicut odio furis hoc receptum eſt, quo pluribus, & quidem contrariis & contradictoriis actionibus teneatur, *§. ſic itaque Inſtit. de action.* Ita & illud aut receptum aut recipiendum fuit, vt aliæ quoque condictiones aduerſus furem competerent, etiam illi qui dominus eſſet. Alioqui non fuiſſet neceſſe ſpeciali iure condictionem furtiuam inducere, ſi in cæteris condictionibus idem iuris eodem furis odio poſſet obtinere. Verius itaq; eſt, quod Accurſius credidit, id quod in hac lege ſcribitur de danda ei qui falſo procuratori ſoluit & condictione ob rem dati re non ſecuta, & condictione furtiua, ad diuerſos caſus referri debere, vt nunquam poſſint illæ condictiones concurrere, quomodo poteſt furtiua condictio cum vindicatione, ſed vno caſu locum habeat condictio ob rem dati re non ſecuta, alio autem condictio furtiua: illa quidem ob rem dati re non ſecuta, eo demum caſu, quo dominium tranſlatum ſit in falſum procuratorem, cui ſolutio facta eſt, id eſt, quo non habuerit falſus procurator animum intercipiendæ pecuniæ & furti faciendi, nec rurſum is qui ſoluit, animum retinendi dominij, quouſque vel liberatio, vel ratihabitio ſecuta eſſet, ſed alienandæ ſtatim pecuniæ & liberationis ſtatim conſequendæ. Neque enim per ſolutionem acquiri poteſt liberatio, quin nummi alienentur, & in accipientem eorum proprietas transferatur *dict. l. ſi quis offerenti l. is qui 55. l. ſi alienis 78. eod. titul. De ſolut.* condictio autem furtiua eo tantùm caſu quo nummorum furtum factum ſit à falſo procuratore ob id quòd animus furandi interuenerit, vt in *dict. leg. falſus procurator 19. Cod. de furt.* impoſſibile namque eſt, & implicat contradictionem, vt ex qua ſolutione quis fit dominus, etiam fur fiat, cùm eos nummos falſus procurator contrectet ex domini voluntate, vt ſubtiliter ratiocinatur Vlpianus in *leg. falſus creditor 43. §. 1. iunct. dict. leg. ſi vendi-*

*dero* 80. *ſi Titius & vlt. infr. de furt. & leg. prox. ſequen. in fin. hoc tit.* Et ideo quoties legimus condictionem furtiuam competere ei qui ſoluit, ponendum eſt, dominium tranſlatum non fuiſſe in accipientem, ſiue falſo creditori ſolutum ſit, vt in l. *quoniam* 18. *infr. de condict. furt. & in dict. l. falſus creditor* 43 *in princip. de furt.* ſiue falſo procuratori, vt in hac lege. Sicque Paulum noſtrum ſenſiſſe ex eo clariſſimè apparet, quod poſtquàm dedit ſoluenti condictionem ob rem dati re non ſecuta, ſi ratihabitio nulla intercedat, ſubinde dat condictionem furtiuam alternatiuè & diſiunctim non coniunctim illis verbis, *Vel quòd furtum faceret pecuniæ falſus procurator, cum eo non tantùm furti agi, ſed etiam condici ei poſſe*, ſic enim legendum eſt *cum eo*, vt in *Pand. Florent.* non vt in vulgaribus *cum quo*. furti verò actionem & condictionem furtiuam coniunctim non diſiunctim, quia ad eundem caſum, licèt ad diuerſos effectus, vtraque actio pertinet *l. ſi pro fure* 7. §. 1. *infr. de condict. furt.* At hîc rurſus illa incurrit hæſitatio, quòd cùm quis procuratori quamuis vero ſoluit pecuniam quaſi debitam, creditori etiam vero non transfert dominium in procuratorem, quia nec id agit is qui ſoluit, quia de creditore cogitat, non de procuratore, nec procurator ipſe ſiue verus, ſiue falſus ſit, quia negotium creditoris gerit non ſuum l. *ſi ego* 24. *ſupr. de negot. geſt.* Quomodo igitur condictionem habere poteſt is, qui ſoluit procuratori etiam falſo, cùm poſt ſolutionem remaneat dominus, condictio autem, ſi ſolam furtiuam excipias, nunquam detur domino, ſed tantùm vindicatio? Hac nimirum obiectione victus Bartolus cogitur dicere, legem hanc qua parte dat condictionem non modò indebiti ſi falſo procuratori indebitum ſolutum ſit, ſed etiam ob rem dati re non ſecuta ſi ratihabitio nulla interuenerit veri creditoris, reſtringendam eſſe ad eum caſum, quo non ſolùm furandi animus non fuerit, ſed etiam conſumptione pecuniæ ſolutio conciliata ſit, vt ea conſumptio non minùs proſit ad condictionem ob rem dati re non ſecuta, quàm ad condictionem certi & indebiti ex *l.* 3. §. *ſubtilius ſupr. hoc tit. l. certi condictio* 9. §. *ſi nummos l. rogaſti* 11. §. *vlt. & l. ſeq. ſupr. de reb. credit.* Sed vereor ne nimis magna ſit hæc reſtrictio, parùmq; probabilis, cùm in tota lege nulla cõſumptionis mentio fiat, nec niſi dationem pecuniæ Paulus intueri videatur. Malo ego reſtringere ad eum caſum quo facta ſit ſolutio falſo procuratori ſiue debitæ pecuniæ, ſiue indebitæ, eo animo, vt confeſtim liberaretur ſoluens ab ea obligatione qua vel reuera tenebatur, vel teneri ſe putabat. Hoc enim ipſo neceſſe eſt, vt cogitauerit de dominio in procuratorem, aut in creditorem, quem verum eſſe credebat, ſtatim transferendo: cùm ſine tranſlatione dominij eius rei, quæ ſoluitur, non poſſit contingere liberatio. Quæ res facit, vt tum quoque, cùm per procuratorem acquiri proprietas creditori non poteſt, quod tunc accidit, cùm procurator vel falſus eſt, vt in ſpecie huius legis, vel ſpeciale mandatum non habet, vt in d. l. *ſi ego* (aliud enim eſſet in procuratore ſpeciale mandatum habente, vt ad eam legem ſcripſimus ex l. *ſi procurator* 13. *infr. de acquir. rer. domin. l. per procuratorem* 8. *Cod. de acquir. poſſ.*) acquiratur illa procuratori ipſi, ac proinde condictio ſoluenti contra procuratorem, quouſque creditor ratum habuerit; & contra dominum ipſum ſecuta ratihabitione, cùm ab eo tempore ſecutæ ratihabitionis proprietas creditori acquiratur *dict. l. ſi ego*. Nihil autem vetat transferri dominium in procuratorem etiam qui ſit falſus, cùm ea fuit voluntas ſoluentis, quemadmodum & ex ſtipulatione quam abſentis procurator fecerit, actio procuratori ipſi acquiritur, non ei cuius fuit procurator, licèt actione mandati cogatur ea cedere l. *poſſeſſio* 49. §. 1. *infr. de acquir. poſſ. l.* 1. *Cod. per quas perſon. nob. acquir.* Nec quod dici ſolet neminem errantem ſuam rem amittere l. *ſi procurator meus* 35. *de acquirend. rer. domin.* ad hunc caſum pertinet, in quo non errans dominus pecuniæ, ſed animo & propoſito eius alienandæ ſoluit eam falſo procuratori, quamuis erret ac labatur in perſona procuratoris aut domini, qui error non poteſt impedire tranſlationem dominij, *arg. l. ſi quis cum exiſtimauerit* 29. *in fin. principij ſupr. Commun. diuid.* ſicuti nec error in cauſa alienationis impedit alienationem, nec obligationem error in cauſa obligationis, vt Bartolus quoque tractat ad *l.* 2. *C. de error. aduocat.* probátque ex omnibus his Titulis qui tractãt de condictionibus, quarum pleræque ſupponunt errorem aliquem in perſona tradentis, nec eo minùs ſecuram eſſe tranſlationem dominij, præſertim verò condictio indebiti, & condictio ſine cauſa. Hoc igitur ſaltem caſu fatendum eſt, condictionem indebiti poſſe aduerſus procuratorem, quamuis falſum, competere, & quidem ſtatim, non exſpectato eo an ratihabitio ſecututa ſit, néene, itémque condictionem ob rem dati re non ſecuta ſi ſolutio facta ſit ea quidem mente, vt dominium ſtatim transferatur in accipientem, ſed ea tamen prætereà lege, vt ratihabitio ſequatur, quæ poſteà ſecuta non ſit: condictionem denique ſine cauſa, ſi quis falſo procuratori ſoluerit indebitam pecuniam, cauſa hac adiecta, vt ſtatim liberetur, nulla enim poteſt eſſe, vt diximus, cauſa liberationis, vbi nulla obligationis cauſa præcedit. Et hæc quidem omnia ad primam huius legis ſpeciem potiſſimùm pertinent, quæ eſt de ſolutione indebitæ pecuniæ falſo procuratori facta: quamuis idem iuris ſit, etiamſi pecunia quæ falſo procuratori ſoluta eſt, debita fuiſſe proponatur, niſi quod eo caſu non poteſt tractari de condictione ſine cauſa, ſed tantùm de condictione indebiti aduerſus procuratorem, ſi facta ſit ſolutio animo conſequendę ſtatim liberationis *dict. l. ſi quis offerenti & dict. l. creditoris* 85. *de furt.* aut ſi ea mente, vt ſequeretur liberatio, cùm dominus ratum habuiſſet, nec eo magis tamen dominij tranſlatio differretur, aut de condictione ob rem dati re non ſecuta, ſi ratihabitio nulla ſequatur, aut denique de condictione furtiua, ſi furandi animum falſus procurator habuerit: id enim eſt quod Paulus ſubiicit, ab illis verbis, *Quòd ſi dominus ratum non habuiſſet*, ad finem vſque legis, quæ tota ex iis quæ diximus, ſatis explicata relinquitur. Nec attinet diſputare cum Bartolo, an hic procurator fuerit in rem ſuam, an ſimplex procurator, an denique nudus miniſter, & nuncius. Nam in falſum procuratorem cadere non poteſt hæc diſtinctio, ſed in eum ſolum qui verus ſit, qui porrò nulla indiget ratihabitione. Ideóque verba legis ſuadere videntur potiùs, vt intelligatur hæc lex de eo qui ſoluit falſo procuratori tanquam procuratori ſimplici, quod & Bartolus concludit, cum Paulus hîc det condictionem ob rem dati re non ſecuta, ſi non interueniat ratihabitio. Quanquam nec abſurdum, aut nouum eſt exigi, etiam ab eo qui ſe ſimulet procuratorem in rem ſuam, vt curet ratam rem haberi à domino cuius mandatum nullum profcratur, quod nec habere poteſt is, quem poſuimus falſum

eſſe

eſſe procuratorem: intereſt enim ſoluentis, vt poſſit agentem poſtea directis actionibus creditorem repellere *leg. Cod. de nouat.* licet non ipſius nomine, ſed ſuo ſolutionem accipiat falſus in rem ſuam procurator, quod non ſatis bene videtur obſeruare Bartolus, allegans *leg. debitor 59. §. vltim. infrà ad Senatuſconſultum Trebellianum*, qui tamen locus de herede grauato loquitur, non de procuratore in rem ſuam. Nec enim heres procurator eſt fideicommiſſarij *dict. leg. poſtulante 44. ad fin. eod. tit.* Cætera igitur quæ hîc Bartolus tractat de procuratore in rem ſuam, vel de nudo miniſtro ac nuntio, prætermittimus conſultò tanquam ad hanc minus pertinentia, alio fortaſſis commodiore loco, cùm ſe præbebit occaſio, tractaturi.

15. POMPONIVS libro 22. ad Sabinum.

CVM ſeruus tuus in ſuſpicionem furti Attio veniſſet, dediſti eum in quæſtionem ſub ea cauſa, vt, ſi id repertum in eo non eſſet, redderetur tibi. is eum tradidit præfecto vigilum, quaſi in facinore deprehenſum. præfectus vigilum eum ſummo ſupplicio adfecit. ages cum Attio, dare eum tibi oportere[a], quia & ante mortem dare tibi eum oportuerat. Labeo ait, poſſe & ad exhibendum agi: quoniam dolo fecerit, quominus exhiberet. ſed Proculus dari oportere ita ait, ſi feciſſes eius hominem. quo caſu ad exhibendum agere te non poſſe, ſed ſi tuus manſiſſet, etiam furti te acturum cum eo, qui re aliena ita ſit vſus, vt ſciret ſe inuito domino vti, aut dominum, ſi ſciret prohibiturum eſſe.

*Ad l. Cum[a] ſeruus 15.*

De huius legis interpretatione quomodo accipienda ſit & concilianda cum *leg. ſi dominus 8. infrà de præſcriptione verborum* tam multa ſcripſimus contra Accurſij, Cuiacij & aliorum omnium ſententias, *in error. 5. & 6. decad. 83. de error. pragmaticorum* vt nihil adnotandum hîc ſuperſit, aut monendum. Adſeremus tamen ad ſingula legis capita, quæ tria ſunt, ſuas dubitandi & decidendi rationes tanto breuiores.

a *Ages cum Attio dare eum tibi oportere.* RAT. DVB. Impoſſibilium nulla obligatio eſt, vt habet iuris regula: atqui impoſſibile eſt dari ſeruum qui iam periit, & ſummo ſupplicio affectus eſt. *l. ſi homo mortuus 69. de verb. oblig.* Ergo agere cum Attio non potes dare eum tibi ſeruum oportere: præſertim cùm id quod Ædilis authoritate factum eſt, tanquam vi maiore factum impediri abs te non potuerit, quia Magiſtratui licèt per iniuriam aliquid facienti reſiſtere nec potuiſti, nec debuiſti. Conſtat autem peremptam te, quæ debebatur, obligationem extingui niſi mora debitoris aliqua præceſſerit: quam porrò hîc ponimus nullam præceſſiſſe, *l. ſi ex legat. 23. & ſeq. eod. ill. tit.* DEC. Quicquid datum eſt ob cauſam aliquam ſi cauſa ſecuta non ſit, repeti poteſt condictione illa, de qua in hoc tit. Atqui ponimus, te ſeruum tuum dediſſe Attio in quæſtionem, id eſt, vt ille ipſe de eo quæſtionem haberet ſub ea cauſa, quòd is in ſuſpicionem furti Attio veniſſet, ſed ea lege addita, vt ſi id repertum in eo non eſſet, tibi redderetur: & nulla de eo per Attium habita quæſtione, nulliſque aliis contra eum prolatis furti probationibus, Attium hunc tuum ſeruum tradidiſſe præfecto vigilum caſtigandum, quaſi in facinore deprehenſum, præfectúmque vigilum per ſummam iniuriam ex ſola ſuſpicione contra iuris regulam (quamquam non aliud eſſet, etiamſi furti probationes ex fuiſſent) ſummo illum ſupplicio affeciſſe, quaſi parum referret, an ſeruus, an quadrupes occideretur *leg. 2. ad legem Aquiliam*, & quòd iniquitas illa magni exempli publica vtilitate compenſari poſſet ad cæteros ſeruos deterrendos, ne tale quid committerent per nequitiam ſeruilis ingenij, cui nihil erat procliuius, quàm vt furta, ſceleráque omnia maiora paſſim perpetrarent, vt apud Cornelium Tacitum dicebat ille, qui ob percuſſum occiſumque vno ictu dominum, quingentos ſeruos ſub eodem tecto commorantes ſummo ſupplicio affici debere clamabat in Senatu, tandémque vt ita conſtitueretur, obtinuerat. Alioqui certum eſt furti crimen in capite libero capitale nunquam fuiſſe, licèt de eo criminaliter quoque agi iam olim potuerit *leg. interdum 56. §. 1. & leg. vltim. infr. de furt. iunct. leg. capitalium 18. §. vltim. de pæn.* nec ſi atrociores fures eſſent, id eſt, expilatores nocturnique effractores *leg. 1. & 2. infr. de effract. & expilat.* licèt contrà ſcripſerit vir doctiſſimus Iacobus Cuiacius *lib. 9. Obſeruationum, cap. 37.* Sicut & illud certum eſt, præfectum vigilum de capitalibus cauſis cognoſcere non potuiſſe, ſed ad præfectum vrbi cognitionem remittere debuiſſe *leg. 1. Cod. de offic. præfect. vigilum leg. 3. §. 1. ſupr. eodem illo titulo.* Sed non poterat cauſa eſſe capitalis in ſeruum, qui caput nullum in ciuitate habere credebatur *leg. 3. ſuprà de capitis minutione, leg. nullomodo 7. infrà ad leg. Corneliam de falſ.* Ergo cùm res ſecuta non ſit, ob quam tu ſeruum tuum Attio dederas, nec vnquam compertum ſit furtum ab eo factum fuiſſe, conſequens eſt, vt eo iam adhuc viuo cœperit tibi quæſita eſſe condictio ob rem dati re non ſecuta. Ab eo ſcilicet tempore, quo ſeruus deſijt reddi poſſe, id eſt, à quo primo inſtanti ſummo ſupplicio affectus eſſe & mori cœpit: inſtans enim mortis vitæ tribuitur, cùm mortuus nemo moriatur, ſed viuus *l. vltim. de condit. Inſtit. l. qui duos 18. §. 1. de mortuum. teſtam.* Porrò quæ tibi quæſita condictio eſt viuo ſeruo, ea morte ſerui intercidere non potuit,

cùm non fato ſuo naturali perierit, ſed facto Attij, qui eum præfecto vigilum tradidit non quaſi ſuſpectum, vt de eo haberetur quæſtio, quomodo conueniat, ſed quaſi deprehenſum in crimine, vt citra aliam inquiſitionem ex ſola ſuſpicione tua ſummo ſupplicio afficeretur, non enim æquè apud te fuerat periturus ſi tu eum Attio in quæſtionem non dediſſes, vt in *leg. ſi pecuniam 5. in finem ſupr. hoc titul.* Benè igitur Pomponius concludit, Agere te poſſe cum Attio dare eum tibi ſeruum tuum oportere; id eſt, poſſe te illum condicere (hoc enim demum eſt intendere dari oportere *§. appellamus Inſtit. de action.*) & quidem condictione illa de qua nunc tractamus, id eſt, ob cauſam dati cauſa non ſecuta, vel potiùs ob rem dati re non ſecuta, *Quia & ante mortem dare eum tibi oportuerat.* Nam ſi condictio hæc nata non fuiſſet ante mortem ſerui tui, vtique poſt eius mortem naſci & incipere non potuiſſet, ſiquidem ad eum caſum res perueniſſet, à quo non potuiſſet actio incipere, *ex reg. leg. quia in eum caſum 16. ſupr. ad leg. Aquil.* cùm homo mortuus in obligationem & actionem deduci non poſſit *dict. leg. ſi homo mortuus*, niſi cum periit poſt moram *leg. ſi ſeruum 91. §. vlt. de verbor. obligat.* Sed quomodo, inquies, agetur ad hoc, vt ſeruus ipſe detur, ac non potiùs ſerui mortui æſtimatio? vt in condictione furtiua *leg. in re furtiua 8 in princip. iunct. §. vltim. legis præcedentis 7. ff. de condict. furtiua leg. 1. Cod. eod. leg. ſi pecuniam 5. §. primo ſupr. hoc titul.* Bartolus diſtinguit obligationes dandi & reddendi ab obligatione reſtituendi, vt ex hac poſſit agi non tantùm ad rem, ſed etiam ad rei æſtimationem *ex dict. leg. in re furtiua & leg. ſi ſeruus 14 §. boue ſubrepto infr. de condict. furtiua & auct. leg. 1. Cod. eod.* ex illis verò agendum ſit ad rem præcisè, quamuis & condemnatio & executio poſſit fieri in æſtimatione, *ex leg. Iulianus 3. infr. de confeſſ. & leg. vlt. infr. quæ ſentent. ſin. appell. reſcind.* In quo miror certè ingenium Bartoli, qui leges illas, quæ loquuntur de condictione furtiua, intelligit de obligationibus reſtituendi, eo fortaſſis prætextu, quòd per condictionem furtiuam dominus rem ſuam petat, cùm tamen certum ſit per condictionem furtiuam non minùs, quàm per cæteras condictiones, actorem intendere dari ſibi rem oportere *§. ſic itaque Inſtit. de action.* in eóque ius ſingulare elucere, quod in condictione furtiua odio furis inductum eſt. Sed & in eo errat Bartolus, quòd non videt actionibus omnibus commune illud eſſe, ſiue ad dandum, ſiue ad reddendum, ſiue ad reſtituendum, aut aliquid denique faciendum dentur, vt litem æſtimari per ſententiam ſemper oporteat, nec niſi æſtimationem in condemnationem deduci, vt iudicatum fieri facilè, ac citra vim & impreſſionem executio poſſit inuito etiam condemnato, vt docuimus in *Chiliade noſtra de error pragmat. ex leg. 4. § ait Prætor infr. de re iudic. leg. 3. & vlt. infr. de condict. tritic. l. vinum 22.* vbi diximus *ſupr. de reb. cred.* Et ita hic quoque locus intelligi debet, quamuis nullum in eo verbum ſit de æſtimatione, nihil enim ſpeciale hac parte poteſt habere condictio, ob rem dati re non ſecuta, & diſſimile à cæteris condictionibus, tantóque minùs cùm agitur de condicendo homine iam mortuo, qui niſi in æſtimatione præſtari iam nullo modo poteſt. Videtur tamen à Pomponio noſtro diſſentire Papinianus in *l. ſi dominus 8. infr. de præſcr. verb.* vbi in eadem, vt videtur ſpecie dat domino actionem Præſcriptis verbis, non etiam cōdictionem. Noſtri poſt Accurſium & Bartolum reſpondent diuerſas eſſe ſpecies, quòd apud Pomponium ſeruus non fuiſſet æſtimatus, apud Papinianum verò fuiſſet. Quod veriſſimum quidem eſt, & Papiniani verbis comprobatum, ſed tamen ad rem omnino non pertinet, vt probauimus in *dict. Error. 5. & 6. decad. 83. de error. pragmat.* longéque alia conciliationis ratio quærenda eſt, quam ibi attulimus:

b *Labeo ait poſſe & ad exhibendum agi.* Refertur hæc Labeonis ſententia à Pomponio vt reprehendatur, non in eo quidem abſolutè quod dabat in propoſita ſpecie actionem, ad exhibendum quaſi abſolutè dari non debeat, ſed in eo tantùm quod abſolutè ac ſimpliciter eam dabat, id eſt, non adhibita diſtinctione illa, quæ tamen omnino neceſſaria eſt, an tu dominium ſerui tui in Attium tranſtuleris, cùm ei ſeruum tuum tradidiſti, vt ipſe de eo quæſtionem haberet, an verò non tranſtuleris, vt ſi tranſtuleris, condictio tibi competat, quam dat Pomponius, ſed non æquè actio ad exhibendum, quæ cum condictione nunquam poteſt concurrere: ſi verò non tranſtuleris, condictio tibi competere non poſſit, quoniam non alius condictione teneatur quàm qui dare poſſit, id eſt, dominium trāſferre, quod porrò transferre non poteſt qui non habet *l. traditio 20. de acquir. rer. dom.* Sed vindicatio tibi danda eſſet, ſi ſeruus adhuc extaret: quo perempto quia ſummo ſupplicio adfectus eſt, non alia tibi actio ſupereſſe poſſit quàm ad exhibendum, quæ præparatoria vindicationis eſt *leg. 1. ſupr. ad exhibend.* Non igitur in alio reprehenditur Labeo à Pomponio, quàm in eo, quod credidit poſſe actionem ad exhibendum etiam cum condictione concurrere, ſi tamen ita eſt, vt actionem ad exhibendum dandam putauerit, eo quoque caſu quo cōpetere poſſet condictio. Quod ego certè non puto probabilé, ne cogamur dicere tantum Iureconſultum quantus Labeo fuit, id ignoraſſe quod ex principiis iuris ſcire quilibet poſſit ac debeat. Ratio tamen dubitandi ſiue pro Labeone, ſiue pro alio quolibet qui contra Pomponium ſentire vellet, illa adferri poteſt, quòd actio ad exhibendum detur omnibus, quorũ ex iuſta & honeſta cauſa intereſt, puta ſi interdicto aliquo ſint vſuri vel optaturi, vel noxali aliqua actione experturi, quamuis non ſint vindicaturi *leg. 3. §. ſciendum eſt & §. ſed & ſi quis cum ſeqq. & §. ſi moueris eod. illo titulo.* Atqui non poteſt negari quin eius qui condicturus eſt, interſit maximè rem exhiberi, & quidem ex iuſta & honeſta cauſa. Quidni ergo etiam actio ad exhibendum ei dabitur? Etſi enim datur regulariter contra eum ſolum, qui exhibendæ rei facultatem habet *dict. leg. 3. §. vltim. & ſeq. l. Celſus 5. in princip. eod.* datur tamen etiam contra eum qui fecit quominus exhibere poſſit, alioqui nec daretur contra eum qui dolo malo poſſidere deſiiſſet *dict. leg. Celſus §. idem Iulianus leg. Iulianus 9. in princip. eod. titul.* Sed decidendi ratio pro Pomponio eſt, quod actio ad exhibendum non niſi propter vindicationes aliaſque actiones, in quibus de poſſeſſione quæritur, comparata eſt, quia non poteſt res poſſideri, niſi quæ ſit præſens *leg. hæc ſi res 47. de rei vindication.* In condictionibus autem omnibus de iure ac dominio quæritur, non de poſſeſſione *dict. §. appellamus, & §. ſic itaque, Inſtitutionibus de actionibus.* non poteſt igitur teneri ad exhibendum is qui condictione aliqua tenetur, ſi furtiuam excipias, quia contra furem, qui rem

furtiuam

furtiuam occultat, vel peremit, etiam actio ad exhibendum datur perinde atque condictio *dict. leg. ſi pro fure 7. §. 1. de condict. furt. leg. 1. §. vlt. inf. de tign. iunct.* ſed non iure aliquo ſingulari & odio furis, vt condictio, at iure communi & ordinario, quo tenetur etiam fur rei vindicatione, tanquam poſſeſſor, ſicut & alius quilibet, ac proinde etiam ad exhibendum ſiue poſſideat, ſiue dolo malo deſierit poſſidere. Tenetur ergo non quia condici ei poſſit, ſed quia vindicari ab eo res poteſt. Et hoc benè Proculus ad Labeonem annotauit, Proculíque notam meritò Pomponius probat.

c *Sed ſi tuus manſiſſet.* RAT. DVB. Etiam illo caſu quo ſeruus, quem Attio in quæſtionem tradidiſti, tuus manſit, quia ſcilicet non eo animo tradidens, vt dominium in Attium transferres, ſed ſolam poſſeſſionem, non eſt tamen bona conſecutio, vt Attius furtum tibi fecerit, ideóque etiam furti actione teneri debeat, & condictione furtiua, cùm ſine affectu furandi & lucrandi furtum non fiat §. *placuit Inſtit. de oblig. quæ ex delict. naſcuntur.* In propoſito autem non habuit Attius animum furti lucrive faciendi, ſed damni potiùs quod ex furto paſſus fuerat, reparandi. DEC. Species lucri eſt, & quidem iniuſti, animo ſuo nihil niſi vindictam & minas ſpiranti ſatisfacere ex damno alieno, in eamque rem abuti re illa, quam à domino in alios vſus quis acceperat, ſicut & ſpecies lucri eſt itidem iniuſti acquirere ex alieno beneficij debitorem *leg. ſi pignore 54. §. 1. infr. de furt.* vt eleganter ac ſubtiliter Accurſius noſter hîc ratiocinatur. Atqui in propoſita ſpecie Attius, cui tu ſeruum tuum tradideras in quæſtionem, retento tamen penes te dominio, cùm eum te ignorante Præfecto vigilum caſtigandum tradidit, quaſi in furto deprehenſum, vſus eſt re aliena, & quidem ita vt ſciret ſe inuito domino vti, & dominum ſi ſciret prohibiturum eſſe. Furtum ergo tibi fecit, nec poteſt videri dolo carere, qui tantam tibi fecit iniuriam, propter quam, etiamſi ſeruus non deceſſiſſet, iniuriarum tamen actione tibi Attius tenetur *leg. ſed ſi vnius 17. §. 1. infrà de iniuriis.* & improbum lucrum eſt, quod non benè pieque agendo percipitur. *Nouell. 1. de hered. & Falcid. cap. 2. §. vltim.* Conſequenter tenebitur Attius hoc caſu etiam condictione furtiua, licet non hoc addat Pomponius, quia furtiua condictio ſemper conſequens eſt actioni furti, quoties furti actio iure dominij defertur, quomodo Papinianus loquitur & diſtinguit in *leg. ſi vendidero 80. §. primo de furt.*

16. CELSVS libro 3. Digeſtorum.

DEdi tibi pecuniam, vt mihi Stichum dares. vtrum id contractus genus pro portione emptionis & venditionis eſt [a], an nulla hîc alia obligatio eſt, quàm ob rem dati re non ſecuta? in quod procliuior ſum. & ideo ſi mortuus eſt Stichus, repetere poſſum [b]: quòd ideò tibi dedi, vt mihi Stichum dares. finge alienum eſſe Stichum [c], ſed te tamen eum tradidiſſe: repetere à te pecuniam potero: quia hominem accipientis non feceris. & rurſus ſi tuus eſt Stichus [d], & pro euictione eius promittere non vis: non liberaberis, quo minùs à te pecuniam repetere poſſim.

*Ad l. vlt. Dedi tibi.*

Hanc quoque legem fuſiſſimè & ex profeſſo explicauimus *libr. 6. Coniectur. cap. 10.* Sed tamen explicabimus nunc more noſtro per dubitandi, & decidendi rationes, ne quid de Rationalium noſtrorum methodo ac inſtituto detrahatur. Iunge tamen quæ ſcribemus *ad leg. 1. in fin. inf. de rerum permutat. & ad leg. naturalis 5. §. 1. infr. de praſcr. verbis.*

a *Vtrum id contractus genus pro portione emptionis, & venditionis eſt.* RAT. DVB. Cùm dedi tibi pecuniam, vt mihi Stichum dares, atque ita ex vna parte interuenit res, ex altero autem pecunia, contractus adeò ſimilis eſt emptioni & venditioni, in qua ſemper neceſſe eſt interuenire ex vna parte mercem, ex altera precium *leg. 1. infr. de rer. permut. leg. 1. de contr. empt.* vt Paulus ſcripſerit, quod plus eſt, emptionem & venditionem eſſe in *leg. naturalis 5. §. prima de praſcr. verb.* Ergo debet habere vel omnia, vel ſaltem quàm plurima, ſimilia venditioni, non omnia ferè diſſimilia: qualia ſunt ea maximè quæ in hac lege Celſus tradit. Nam & contractus innominati cæteri qui ſimilitudinem aliquam habent cum emptione, & venditione, multa ex eius natura mutuantur, vt cernere eſt in rerum permutatione *l. 2. infr. de rer. permut. l. 1. & 2. C. eod.* & in æſtimatoria, de qua in *l. 1. inf. de æſtimat. action.* quod & in aliis cõtractibus innominatis obtinet, ſimilitudinem & adfinitatem aliquam cum alio quolibet innominato contractu habentibus *d. l. naturalis §. penult. & l. Titius 24. eod. tit. de praſcr. verb.* DEC. Non poteſt emptio eſſe aut venditio, niſi de certo precio conuenerit *dict. leg. 1. de rerum permutat. leg. 2. §. 1. & dict. leg. 1. de contr. empt.* Subſtantia enim emptionis conſiſtit ex precio *leg. pacta conuenta 72. verſic. Paulus notat eod. tit.* precium autem licet in pecunia numerata & taxata conſiſtere debeat, §. *precium Inſtit. de empt. & vendit.* non adeò tamen conuertitur cum pecunia numerata, vt quoties pecunia interuenit etiam quæ pro re detur, dicendum ſit emptionem eſſe. Nec enim precium eſſe poteſt, niſi id demum de quo inter contrahentes conuenit, vt ſit precium, cùm emptio & venditio ex iis contractibus ſit qui conſenſu ſolo, non etiam traditione perficiuntur, nec poſſint à datione incipere. Cùm ergo contractus incipit à datione, vt in ſpecie huius legis, in qua dedi tibi pecuniam vt mihi Stichum dares, nõ poteſt videri cõtracta emptio, nec rurſus permutatio, quæ proximè

ad venditionem accedit, quia permutatio non eſt contractus do vt des, ſed do quia dediſti, vt pluribus probauimus *eod. libr. 6. Cõiect. cap 8. & 9.* niſi cùm præceſſit placitum permutationis, vt in *l. ex placito 3. C. de rer. permut. d. l. 1. infr. eod. ill. tit.* Non ergo poteſt hoc contractus genus eſſe pro portione, id eſt, ad ſimilitudinem emptionis & venditionis, ſed magis eſt, vt nulla hîc alia obligatio ſit, quàm ob rem dati re non ſecuta: ex qua proinde certum eſt naſci condictionem, ob rem dati re non ſecuta, de qua in lege etiam præcedente, & in toto hoc titulo, quæ tamen actio non excludit aliam actionem, quæ perinde naſcitur ex contractu, do vt des, ad id quod intereſt eius qui dedit eam rem, quam alius viciſſim dare debuit, accepiſſe *dict. leg. naturalis §. 1. & §. at cùm do.* Et ideo benè hîc Celſus ita loquitur. *an & hic nulla alia obligatio eſt.* vt intelligamus vnicam quidem eſſe obligationem, ſed ea qua tamen duplex actio naſci poſſit, condictio ſcilicet & actio Præſcriptis verbis, at non etiam actio ex empto, vel ex vendito, id enim duntaxat agit Celſus tota hac lege, vt probet contractum hunc neque emptionem eſſe, neque ſimilem emptioni: probat autem tribus non rationibus, vt malè ſcribit Accurſius, ſed effectibus potiùs, qui diſſimilitudinem horum contractuum conſequuntur. Nec repugnat quod Paulus ſcribit in *dict. leg. naturalis §. 1.* ſi pecuniam tibi dem, vt rem accipiam, emptionem & venditionem eſſe. Id enim debet intelligi ſuppoſitis terminis habilibus, *l. tutor 35. §. 1. ſup. de iureiur.* id eſt, ſi conuentio de precio præceſſerit, aut ea pecunia precij nomine data ſit, nam, vt diximus, omne quidem precium conſiſtit in pecunia numerata: ſed non è conuerſo pecunia omnis numerata precium eſt, nec proinde neceſſe eſt, vt cum Ioanne diuines datam fuiſſe pecuniam, quaſi ſpeciem, puta decem quæ in illa arca ſunt, vt in *l. planè 31. § ſed ſi non corpus, verſ. ſed hoc ita de legat. 1.* aut cum Azone, quem Accurſius & Bartolus ſequuntur, totam huius legis rationem ad id referas, quod de dando non de tradendo Sticho conuenerat. Etſi enim verum eſt non teneri venditorem ex vendito, vt det rem venditam, id eſt, vt dominium eius in emptorem transferat, ſed tantùm vt tradat *l. 1. & 3. l. ex empto 11. §. 1. de action. empt.* magis tamen admodum contractus ineundi reſpexit Celſus, quàm ad verbum *dandi* vt apparet ex prima illatione, quæ his verbis continetur, *Et ideo ſi mortuus eſt Stichus, repetere poſſum, quod ideo tibi dedi, vt mihi Stichum dares.* Nemo enim non videt eandem rationem locum habituram eſſe, tametſi verbum *tradendi* pro verbo *dandi* in conuentione adpoſitum fuiſſet: perinde namque dici poſſet, permittendam mihi repetitionem pecuniæ, quam ideo tibi dederim, vt mihi Stichum traderes, cùm hoc caſu æquè verum ſit, non eſſe rem ſecutam ob quam data fuit à me pecunia: quamuis non negem reliquas rationes duas non aliunde, quàm ex *dandi* verbo pendêre.

b *Si mortuus eſt Stichus, repetere poſſum.* RAT. DVB. Periculum rei venditæ ſolet pertinere ad emptorem, etiamſi res nondum ei tradita ſit *§. cùm autem Inſtit. de empt. & vendit. l. 1. & 2. C. de peric. & commod. rei vend.* Ergo & hoc caſu periculum Stichi ad me pertinere debet, qui ſi non emptor ſaltem emptoris loco ſum. Atque ita videtur Paulus concludere in *d. l. naturalis §. 1. verſ. ſed ſi ſcyphos.* RAT. DEC. Non debet eſſe melior condicio eius qui contractum innominatum ex ſuâ parte non impleuit, quàm eius qui impleuit: quæ durior è contrario eſſe debet, vt eſt in eo quod ex parte illius, qui impleuit, locus eſt pœnitentiæ, non etiam ex parte illius qui nondum impleuit *l. ſi pecuniam 5. ſupr. hoc tit.* Ergo ſi pecuniam tibi dederim, vt mihi Stichum dares, periculo tuo debet Stichus viuere, non meo, nec aliud Paulum ſenſiſſe putandum eſt, niſi eo demum caſu, quo ſic eueniret, vt periculo duplici onerateris, & eius rei quam à me accepiſſes, & Stichi præterea quem nondum mihi dediſſes: vt in ſpecie *d. verſ. ſed ſi ſcyphos.* Tam enim facilè amitti poſſunt ſcyphi quàm Stichus perire. Quod non ſimiliter euenit, ſi dederim tibi quid immobile, quod vel nullo modo, vel longè difficiliùs perire poſſit, aut pro Sticho pecuniam, quæ licèt & ipſa tanquam mobilis valde lubrica & fragilis res ſit, *l. ſi chorus 79. §. 1. de leg. 3.* facilè tamen eo periculo eximere ſe poteſt, qui pecuniam accepit, ſiue conuertendo eam in nomina, ſiue in emptionem prædiorum. *Auth. nouiſſimè C. de adm. tutor.* Atque ita locos iſtos qui alioquin valde pugnare inuicem videntur, conciliandos eſſe ſcripſimus *dict. cap. 10.* probabiliùs ni fallimur, quàm ſi cum Ioanne comminiſcaris non fuiſſe te diſtracturum Stichum in ſpecie huius legis, quem diſtracturus fueras apud Paulum, quod planè diuinatorium eſt: nec diſtinctio ipſa valde probabilis, tanquam deſumpta ex *l. 3. § ſed ſi tibi dedero & d. l. ſi pecuniam 5. §. vlt. ſupr.* quos locos Triboniani potiùs quàm Iureconſulti eſſe oſtendimus. Non enim ſolent prudẽtes diſtinguere, an diſtracturus fueris necne, quod in animi tui deſtinatione ſola poſitum eſt, ſed an potueris diſtrahere necne, quod ex rerum ſtatu conſtitui ac diſcerni facilè poteſt *l. cùm res 47. §. vlt. de legat. 1.* Mihi tamen probabilius nunc videtur, & conuenientius verbis Pauli, vt diſtinguamus an per te ſteterit, vt Stichum dates, à quo tempore pecuniam meam accepiſti, an non, vt ſi per te ſteterit, quia cùm primùm dare potuiſti non dediſti, hoc ipſo videaris eſſe non ſolùm in mora, ſed etiam in culpa, quamuis nulla interpellatio præceſſerit, quæ neceſſaria eſſe ſolet ad moram contrahendam *l. mora 32. infr. de vſur.* quaſi ſit hic vnus ex caſibus in quibus mora contrahitur, re ipſa & ipſo iure citra vllam interpellationem, vt in *l. 3. C. in quib. cauſ. non eſt neceſſ. in integr. reſtit. l. curabit 5. C. de action. empt. l. Titia Seio 87. §. vſuras de legat. 2.* An non enim ſatis interpellaris, vt mihi des Stichum hoc ipſo, quod à me pecuniam accipis, vt Stichum mihi des? Hoc igitur caſu Stichum periculo tuo viuere æquum eſt non meo, cùm tibi imputare debeas, cur nõ citius Stichum mihi dederis, cùm dare poſſes, vt te ab eo periculo liberares. At ſi per te nõ ſteterit, fortè quòd à me pecuniã acceperis, vt mihi Stichũ dares, qui tum erat in prouincia, & Stichus priùs deceſſerit, quàm in poteſtatẽ meam perueniſſet, vt eũ mihi dare poſſes, æquiùs certè eſt periculo meo eum viuere, nec quicquam præſtare te debere niſi culpam, vt Paulus loquitur, id eſt, vt neque culpa tua Stichus perierit, neque poſt culpam & moram tuam in eo non ſoluendo cõtractam, Sic enim Paulũ intelligo, & quod generaliter ſcriptum eſt in *l. pecuniam 10. C. hoc tit.* Pecuniam à me datam ſi hæc cauſa pro qua data eſt, non culpa accipientis, ſed fortuito caſu non eſt ſecuta, minimè repeti poſſe, nec enim caſus fortuitus excuſat, quem ſine culpa, ſiue mora aliqua præceſſit *l. 3. §. 1. verſ. ſed ſi Stichus* vbi diximus *ſupr. hoc tit.* Ex quo textu apparet, id quod à Celſo hîc ſcriptum eſt, ſi mortuus ſit Stichus repetere me poſſe pecuniã quã ideò tibi dedi, vt mihi Stichum dares, ſic intelligi debere, ſi non dederis

Stichum

Stichum quamplurimum dare potuiſti. Neque hæc valde magna, vel improbabilis ſupplerio eſt, quam & prima quæ apud Accurſium eſt ſolutio, confirmat: qua enim fronte poſſis dicere periculo meo Stichum & viuere & mori; ſi qua tibi culpa imputari poſſit? Sequitur,

e *Finge alienum eſſe Stichum.* RAT. DVB. eadem eſt quæ ad verſicu um præcedentem, quòd hic contractus, ſi emptio non eſt, ſimillimus tamen ſit emptioni, cùm ex vna parte pecunia, ex alia verò merx interueniat. Atqui venditor non ad aliud tenetur, quàm vt rem venditam emptori tradat: per quam traditionem fit, vt ſi dominus eſt, dominium transferat, ſin minus vſucapiendi condicionem, ſeque de euictione obliget *l. ex empto 11. §. 1. de action. empt. l. ſi ambus 74. de contr. empt.* nec idcirco quod rem quæ vendita fuit, alienam eſſe appareat, precij repetitio emptori datur: numquam enim ex contractu nominato datur condictio, niſi cùm certæ rei contemplatione contractus initus eſt, qui alioquin initus non fuiſſet, & cauſa illa finalis ſecuta non eſt dolo malo emptoris, vt in *l. cùm reſcindendum 6. C. de pact. inter empt. & vendit. iunct. l. ea condicione 14. C. de reſcind. vendit. iunct. 3. 5 & alijs paſſ eo. tit.* Ergo & in propoſita ſpecie dicendum eſt, ſi alienus fuit Stichus quem tu mihi tradideris, non ideò repetere me à te pecuniam poſſe, ſed ſatis mihi eſſe debere quòd te habeam de euictione obligatum.

DEC. Contractus quis & qualis ſit, & an nominatus an innominatus ex modo ineundi dignoſcendum eſt *l. ſi procuratorem 8. in princ. infr. mandat. l. non tantùm 6 de SC. Maced.* Innominati autem ſunt omnes qui incipiunt à datione, nominati enim omnes incipiunt à conuentione *l. iuris gentium 7. in prin: & §. 1. ſupr. de pact.* atqui in contractibus innominatis locus eſt non ſolùm pœnitentiæ ex parte illius, qui dat, ſed etiam cõdictióni ſi cauſa ob quam datum vel factum aliquid fuit, ſecuta non ſit tot. *hoc tit.* Ergo ſi Stichum alienũ mihi tradideris, poſſum à te repetere pecuniam. quia verum eſt te Stichum non dediſſe, cùm eum non feceris meum, dare ſiquidem nihil aliud eſt, quàm dominium transferre *l. vbi autem 75. §. vlt. infr. de verb oblig. l. non videntur data 167. de regul. iur.* nec proinde ad dandum ſufficit tradere, ſi is qui dat non ſit dominus, quia tradere nihil aliud eſt quàm poſſeſſionem transferre *l. traditio 20. de acquir. rer. domin. l. 3. & d. l. ex empto 11. §. 1. & paſſ. de action. empt.*

d *Et rurſus ſi tuus eſt Stichus.* RAT. DVB. Si tuus eſt Stichus, dubitari non poteſt, quin eum mihi tradẽdo eius dominium in me transtuleris *d. l. traditio 20. de acquir. rer. domin.* Feciſti ergo quod ex contractu facere debuiſti, nec proinde permittendum mihi eſt, vt pecuniam poſſim repetere, quam tibi dedi, etiamſi de Stichi euictione nolis promittere ſiue ſatiſdationem à te exigam ſiue nudam repromiſſionem, cũ in contractu nihil de eo dictũ aut actũ ſit: aut ſi ex hoc contractu etiã obligari te de euictione æquum eſt, agere contra te debeo, vt mihi caueas de euictione ſaltem per nudam repromiſſionem non pecuniam repetere quomodo in venditione ſeruaretur *l. 2. infr. de euict.*

DEC. Non videtur datum etiam id cuius dominium in alium tranſlatum ſit niſi quod ita datum eſt, vt auocari nullo caſu poſſit. Quid enim ſi priuſquam Stichum mihi dares eum alij obligaueris qui poſtmodum iure pignoris ſit à me auocatus, vt in *l. ſi rem meam 20. l. ſi quis aliam 46. l. qui res 98. de ſolut.* Euictio ſi quidem non vna tãtùm eſt, ſi quis dominium rei petierit, & euicerit, ſed & ſi quis actione Seruiana experiatur *l. ſi mancipium 34. § & l. ſeq. infrà de euict.* quod autem euincitur in bonis non eſt. *leg. quod euincitur 190. de reg. iur.* Ergo vt plenum dominium, & irreuocabile in me tranſtuliſſe videri poſſis, non modò tranſlatum à te Stichi dominium eſſe oportet, ſed etiã promiſſam mihi abs te euictionem nuda ſaltem cautione: cùm aduerſus periculum dubij euẽtus nullum niſi cautionis remedium adferri poſſit *l. ſi poſt acceptum 18 ſupr. de rei vindic.* Proinde ſi nolis de euictione te obligare, cùm hoc ipſo dubium facias an Stichum irreuocabiliter meum feceris, perinde haberi debes ac ſi meum non feciſſes, & conſequenter teneri eâdem condictione ob rem dati re non ſecuta: nec enim vlla mihi contra te poteſt actio competere ad hoc, vt caueas mihi de euictione, cùm de eo nihil in contractu dictum ſit, nec veniat ex natura contractus quomodo veniret ex contractu venditionis *d. l. ex empto 11. §. 1. de action. empt. d. l. 2. l. ſi dictum 56. l. ſi in venditione 60. de euict. l. pacta conuenta 72. de contr. empt.* Quamuis ſi ex hac quoque cauſa eſſet interpoſita duplæ ſtipulatio, non minus quàm ex cauſa venditionis committeretur *l. ſciendum eſt 32. de euict.* Igitur ex hoc quoque intelligimus differre contractum hunc à contractu emptionis, vt & in alijs duobus, de quibus diximus. Cæterùm obſeruandum eſt, quod & Accurſius noſter hic notat, & nos iam in præcedentibus monuimus, non ex omni contractu innominato naſci poſſe condictionem, ſed ex eo tantũ qui à datione incipiat ſiue tibi dem vt des, ſiue vt facias *d. l. naturalis 5. §. 1. & 2. de praſcript. verb. & l. 1. §. vltim. de rer. permut.* aut ne facias, puta ne quid alienes *l. ea lege 3. C. hoc tit.* non etiam ex contractu facio vt des, & facio vt facias *d. l. naturalis 5. §. quòd ſi faciam & ſequ.* facta enim ſicuti pro infectis haberi non poſſunt, ita neque condici *l. pen. eod. iunct. leg. in bello 12. § facti autem cauſa infr. de capt. & poſtlim. l. ſi non ſortem 26. §. libertus infr. de cond. indeb.* Illud difficilius eſt, cur etiam ex donatione facta ſub modo & certa lege detur condictio hæc ob rem dati re non ſecuta, ſi donatarius non impleat, quod promiſit *l. 1. & 3. C. de donat. quæ ſub mod.* quamuis ex hac cauſa etiam præſcriptis verbis actio competat *l. legem 9. l. cùm res 22. Cod. de donat. l. vlt Cod. de rer. permut.* cùm donatio videatur eſſe contractus nominatus, non ab eo ſolùm tempore quo Iuſtinianus conſtituit, vt nudo conſenſu perficiatur in *l. ſi quis argentũ 35. §. vl. C. de donat.* dum ne confundamus pactum de donando cum donatione, ſed vetere quoque iure inſpecto, cùm ſuum nomen proprium & elegans habuerit, ſi Bartolo credimus, qui cõtra Accurſiũ ita diſputat. Sed dicendum eſt, meo iudicio, donationem licèt habeat, habueritque iam olim nomen elegans, in modo tamen ineundi ſimilem eſſe & fuiſſe ſemper contractui innominato quatenus non à conuentione vlla incipit, ſed à datione & traditione (de hac enim loquimur, non de illa quæ fit per ſtipulationem, quæque nihil niſi ſtipulatio eſt habens donationem pro cauſa *leg. cùm enim 6. infra de donat.*) fitque nullo tractatu præcedente, quia nec niſi liberalitatem & beneficium continet ex parte donantis *l. interdictum 14. infr. de precar. leg. Ariſto 18. de donat.* vbi hanc ob cauſam diſtinguitur donationis cauſa à negotio & à contractu, vt intelligamus nullum inter donantem & eum cui donatur, geri negotium quod tractetur primum, deinde con-



Digitized by Google

trahatur, nam & inde contractus nomen fluxit, vt beuè Iacobus Cuiacius obſeruauit. Itaque ſi propriè & partitè loqui volumus, donatio pura cum nullomodo contractus ſit, neque nominatus contractus dici poteſt, neque innominatus, & ſtulta eſt quæſtio, an contractus nominatus, an innominatus ſit, ſi neque contractus eſt. nam cui nomen generis non conuenit, nec nomen ſpeciei conuenire poteſt, quamuis, quatenus obligat donantem ne pœnitere poſſit, contractus vim habeat. Quid enim aliud efficere contractus poteſt, niſi vt inducat obligationem? *dict. l. iuris gentium in princip. & §.1. ſupr. de pact.* Vnde eſt quod pater filiofamilias donare non poteſt *l. 2. C. de inofficioſ. donat. leg. ſiue emancipatis 17. C. de donat.* quòd inter patrem & filiumfamilias nulla poſſit contrahi obligatio *l. imperator 50. infr. ad SC. Trebellian.* Eóque videtur reſpexiſſe Modeſtinus in *l. eum qui 22. infr. de donat.* cùm ait in bonæ fidei contractibus donationis ſpeciem non deputari, ſic innuens quodammodo, eſſe igitur contractum quatenus omnis obligatio pro cõtractu habẽda eſt *l. omnem obligationem 20. ſupr. de iudic.* ſed ſtricti iuris. Quãquam obſeruandum eſt, quod nemo obſeruat, in ea lege non de ea donatione agi quæ facta ſit per traditionem, quam nos ſolam negamus contractũ eſſe, ſed de ea quæ per ſtipulationem, quæ cùm nihil aliud ſit quàm ſtipulatio facta ex cauſa donationis, vt diximus, vtique non poteſt non eſſe contractus, & quidem ſtricti iuris, vt ſtipulationes omnes *l. quicquid adſtringendæ 99. de verb. oblig.* At cùm donatio per traditionem quidem facta eſt, ſed certa lege & ſub modo, non autẽ purè & abſolutè, negari certè non poteſt quin contractus ſit, cùm pariat obligationem & actionem ciuilem, quia nimirum eo caſu negotium aliquod geritur inter donantem & donatarium, *d. l. Ariſto 18. de donat.* ſed actionem vtique non aliam, quàm duplicem illam, quæ ex contractu do vt facias, naſci ſolet, id eſt, condictionem ob rem dati re non ſecuta, & præſcriptis verbis ad id quod intereſt donatoris *d. l. 1. C. de donat. quæ ſub mod. d. l. vlt. C. de rer. permut. d. l. leg 9. & leg. cùm res 22. Cod. de donat.* quia nec alia inter huiuſmodi donationem & contractum do vt facias, differentia eſt, niſi quæ inter hæc verba *Do* & *Dono*, quoniam quiſquis donat dat, ſed nõ è conuerſo, quiſquis dat, donat: nec eo minus tamen retinet donatio hoc etiam caſu ſuũ nomen donationis, quia non minus donat qui certa lege donat, quã qui purè & abſolutè, cùm æquè ſua ſponte liberalitatem hic exerceat, quamuis minorem & certæ rei contemplatione, ſine qua non fuerat donaturus: quo caſu diximus etiam ex contractu nominato, vt puta venditionis, poſſe locum eſſe cõdictioni *d. l. cùm te fundum 6. C. de pact. int. empt. & vendit.* neque tantùm donationis nomen retinet donatio, quæ fit certa lege & ſub modo, ſed etiã donationis ſimplicis & inter viuos, niſi cùm facta eſt ſub lege & condicione redhibendi: quo cauſa ſumit nouam denominationem, & dicitur donatio cauſa mortis *l. Seia 42. in prin. & §. 1. de mort. cauſ. don.* ex qua tamen ſola condictio naſcitur ad rem repetendam, cũ caſus euenerit, non etiam actio præſcriptis verbis *l. Senatus 32. §. 1. eod.* quia nec aliam legem & condicionem habet, quàm vt aliquo caſu res donata reddatur, quaſi reuocata donatione *l. vbi ita donatur 27. eod. tit.* non quomodo in aliis donationib. ſub modo factis, vt donationi ſatisfiat & donationis lex impleatur, nec. n. donatio ſub modo facta reuocari magis poteſt, aut alias leges & condiciones recipere, quàm ſi purè & abſolutè facta eſſet, quia perfecta donatio nouas condiciones non admittit *l. perfecta 4. C. de donat. quæ ſub modo*, & deliberare donatorẽ oportuit priuſquam donaret, an donare vellet necne, non ex pœnitentia donationem reuocare *l. poſſeſſionem 3. l. velles necne 6. & paſſ. C. de reuoc. donat.* non. n. beneficio decipi donatarium, ſed iuuari oportet *l. in commodato 17. §. ſicut autem infr. cõmod.* ſatiſque debet eſſe donatori, quod habeat donatarium obligatum naturaliter ad ἀντίδωρα *l. ſed etſi 25. §. conſuluit ſupr. de hered. petit.* licèt ea obligatio non poſſit facere, vt eo magis donatio videri debeat cõtractus, quia non ciuilis obligatio eſt, ſed tantùm naturalis *d. l. Ariſto.* nec aliter parit obligationem ciuilem, quàm ſi donationi aliud mixtum ſit negotiũ, vt ibidem ſcriptum eſt: mixtum autem eſſe intelligitur, quoties quis donauit lege certa, quod aliter non fuerat donaturus, nõ etiam ſi donatio cauſam duntaxat aliquam impulſiuam habuerit, ſolius enim cauſæ finalis defectus nõ etiam impulſiuæ parit condictionem. Finalis autem cauſa ea demum eſſe intelligitur quæ fauorem donatoris reſpicit, nõ quæ donatarij *l. 2. §. vlt. & l. 3. eod. l. cùm tale 72. §. falſam cauſam de condict. & demonſtr.* Planè addito donationi pacto aliquo in fauorem donatoris poteſt donator mutare voluntatem, ſed non reuocare liberalitatem, vt Bart. hîc tractat ex *d. l. Ariſto & l. quæſitum 8. infr. de ſeru. export.*



Google

# DE CONDICTIONE OB TVRPEM, VEL INIVSTAM CAVSAM.

## TIT. V.

1. PAVLVS libro 10. ad Sabinum.

OMNE quod datur, ob rem datur, aut ob cauſam, & ob rem, aut turpem, aut honeſtam: turpem autem, aut vt datis ſit turpitudo, non accipientis: aut accipientis duntaxat, non etiam dantis, aut vtriuſque. Ob rem igitur honeſtam datum ita repeti poteſt, ſi res propter quam datum eſt, ſecuta non eſt. Quòd ſi turpis cauſa accipientis fuerit [a], etiam ſi res ſecuta fuerit, repeti poteſt.

*Ad l. 1. Omne quod.*

RATIVS. Quicquid ob rem datur, etiam datur ob cauſam, cùm res illa dandi cauſa ſit, & ſimiliter quicquid ob cauſam datur, etiam ob rem aliquam datur, cùm non poſſit cauſa eſſe ſine re aliqua *l. 2. §. circa infr. de dol. mal. except. l. cùm enim 6. infr. de nouat.* Ergo non debuit Paulus diſtinguere id quod datur ob cauſam, ab eo quod datur ob rem, quaſi ſit duplex condictio, vna ob rem dati re non ſecuta, altera ob cauſam dati cauſa non ſecuta.

DEC. Vidi ego qui dicerent latius patere nomẽ rei quàm cauſæ, nõ enim omne quod datur ob rem aliquam, ob cauſam etiam datur, licèt quod ob cauſam datur, etiam ob rem detur, ſi rei nomine intelligas omnia, etiam quæ in faciendo conſiſtunt: ſed ſi ea tantùm quæ dari poſſunt, habebunt ſe res & cauſa tanquam excedentia & exceſſa. In propoſito autem videtur rei nomen ſumi ſtrictius pro re danda, non etiam pro re facienda, nomen verò cauſæ pro re facienda tantùm, nõ etiam pro re danda. Horum tamen ſententia improbabilis mihi ſemper viſa eſt: ita enim fieret vt condictio ob rem dati re nõ ſecuta naſceretur ex ſolo contractu Do vt des, non etiam ex illo Do vt facias, & è conuerſo, vt ex contractu Do vt facias, naſceretur tantùm cõdictio ob cauſam dati cauſa non ſecuta, non item ex cõtractu Do vt des: quod vtrumque tamen falſum eſt, vt cõſtat ex *l. ſi procuratori 14 ſupr tit. prox.* vbi datur condictio ob rem dati re non ſecuta, cùm ratihabitio ſecuta non eſt quæ tota facti eſt, itémque ex *tot. tit. de condict. ob cauſ. dator. C.* Ex quo apparet quantum ad condictionem pertinet, nihil intereſſe an ob rem an ob cauſam datum aliquid ſit, ſi modò de re futura vel de cauſa futura intelligas. Sed ſi de re futura, & de cauſa præterita, quomodo Accurſius noſter benè hanc diſtinctionem interpretatur ex *l. damus 52. infr. tit. prox.* ſicuti cum cauſam opponimus condictioni, vt in *l. 2. §. vlt. & l. 3. de donat.* ant pœnæ, vt in *l. ſi iam facta ſint 11. de cond. & demonſtr.* multum intereſt, an ob rem futuram aliquid datum ſit, an ob cauſam præteritam. Priore caſu locus eſt condictioni ob rẽ dati re non ſecuta, de qua in *tit. praeced.* quę & condictio dicitur ob cauſam dati ſcilicet futuram cauſa non ſecuta, quoniam inter rem & cauſam futuram nihil diſtat, quemadmodũ nec inter rem futuram & condictionem, ſed hoc ita ſi res ob quam datũ fuit, & quæ ſecuta non eſt, ſit honeſta, vt ſequitur in hac lege. At poſteriore caſu cùm ob cauſam præteritam aliquid datum eſt, quæ falſa inuenitur, nõ eſt locus repetitioni, vt diſertè ſcriptum eſt in *d. l. damus*, vbi dicemus. Quòd ſi datum ſit nõ quidem ob cauſam præteritã, ſed ob rem futuram, at quæ tamen turpis ſit vel iniuſta, æquè locus eſt repetitioni per condictionem, de qua ſpecialiter in *hoc tit. & tit. C. ob turpẽ vel iniuſtam cauſam.* Separat enim hic titulus duas illas cauſas tanquam diuerſas (quamuis quod pertinet ad vim condictionis, eundem habeat effectum) quas tamen Accurſius noſter malè confundit. Turpis enim res dicitur, quæ eſt contra bonos mores, iniuſta verò quæ contra ius & leges, vt in *l. condictiones 14. & l. filius 15. de condict. inſtit.* neq; verò quicquid eſt contra ius & leges, ſtatim eſt contra bonos mores, quamuis è contrario quicquid eſt cõtra bonos mores, ſit etiã cõtra ius ciuile, cuius primum ac potiſſimum præceptum eſt quo reliqua duo includũtur, honeſtè viuere. Adeò latius patent fines honeſtatis, quàm iuris aut etiam æquitatis *l. non omne 144. de reg. iur. l. ſemper 42. de rit. nupt.*

a *Quòd ſi turpis cauſa accipientis fuerit.* Benè diſtinguit Paulus, cùm ob rem turpem aliquid datũ eſt, an turpitudo ſit ex parte accipientis tantùm, an ex parte dantis ſolùm, an ex parte vtriuſq; : aliud enim atque aliud iuris in his caſibus conſtituitur. Incipit autem ab eo caſu, quo turpitudo ſit ex parte ſolius accipientis; & ait, eſſe hoc caſu repetitionẽ, etiamſi

res ſecuta ſit: in eóque differre condictionem hanc ab illa de qua in Tit. ſuperiore, quæ neceſſariò requirit, vt cauſa ſecuta non ſit, niſi proponatur ſecuta poſt moram, aut poſt pœnitentiam, vt apud Accurſium Ioannes notat ex *l. 3. §. ſed etſi tibi dedero & l. 5. §. ſi ſeruum ſupr. tit. prox.* Exemplum eſt huius verſiculi in princip. *l. prox. ſeq.* ſi dederim tibi decem ne ſacrilegium facias, aut furtum, aut ne hominem occidas. RAT. DVB. Turpe eſt ſacrilegium, aut furtum facere, aut hominem occidere, cùm ſint hæc omnia non modò contra leges, ſed etiam contra bonos mores, & publicam honeſtatem lædant *l. generaliter 26. & ſeq de verb oblig. l. condiciones 14. & ſeq. inſr. de condit. inſtit.* Ergo ſacrilegium, aut furtum non facere, & hominem non occidere honeſtum eſt, ac proinde quod eam ob cauſam datum eſt, ob turpem cauſam datum videri non poteſt. DEC. Honeſtè quidem facit quiſquis à furto, ſacrilegio, & homicidio ſe abſtinet: ſed turpiter, qui vt ſe abſtineat, pecuniam ab aliquo accipit. Debet enim ſua cuique innocentia ſibi eſſe præmium, nec amore pecuniæ, ſed ſolius virtutis, adeóque nec pœnæ formidine à ſceleribus abſtinendum eſt, & ad publicam vtilitatem maximè pertinet, vt ſola legum authoritate coerceantur homines, ne delinquant, qui ſolo virtutis amore ad innocentiam inuitari non poſſunt, quæ nunquam venalis eſſe debet *l. iuris gentium 7. §. ſi ob maleficium ſupr. de pact.* qui enim pecuniam accipit ne maleficium faciat hoc ipſo teſtatur ſe facturũ fuiſſe ſi pecuniam non accepiſſet, quod ipſum per ſe ſolũ turpe eſt. Turpitudo enim delictorum omnium non tam in delictis ipſis, quàm in voluntate delinquendi conſiſtit, quamuis cogitationis ſolius pœnam nemo patiatur *l. qui iniuria 53. in princip. inſr. de furt. iunct. l. cogitationis 18. de pœn.* Sic Papinianus dicebat liberos ad paterna obſequia meritis prouocandos, non pactionibus adſtringendos, vt Iuſtin. refert in *l. ſi quando 35. C. de inoff. teſtam.* Similiter è contrario accidit aliquãdo, vt accipiatur quid honeſtè ob id quoque, quod tamen turpiter fiat, vt in pecunia, quæ meretrici datur. Etſi enim turpiter facit quòd ſit meretrix, honeſtè tamen accipit cùm ſit meretrix *l. 4. §. ſed & quod meretrici inf. hoc tit.* Porrò quod turpiter accipitur, honeſtè iuſtéque condicitur, cùm ex parte ſolius accipientis turpitudo verſatur. Nam ſi vel ex parte ſolius dantis, vel ex parte vtriuſque, aliud dicendũ eſt, nec vlla dari poteſt cõdictio *l. 3. & 4. §. quoties inſr. hoc tit. l. 4. & l. pen. C. eod. l. 1. ſupr. de calũniat.*

2. VLPIANVS libro 26. ad Edictum.

VT puta, dedi tibi, ne ſacrilegium facias, neu furtum, néve hominem occidas. in qua ſpecie Iulianus ſcribit, ſi tibi dedero, ne hominem occidas condici poſſe. Item ſi tibi dedero, vt rem mihi reddas depoſitam apud te, vel vt inſtrumentum mihi redderes.

### *Ad l. Vt puta. 2.*

Adferuntur in hac lege ab Vlpiano exempla duorum generum in quibus pecunia non datur turpiter, ſed accipitur tamen turpiter, ita vt ex parte ſolius accipientis turpitudo verſetur, ideóque & condictioni locus ſit, de qua in hoc tit. *ob turpem cauſam.* Priora illa ſunt de quibus proximè diximus, ſi pecuniam tibi dederim, ne maleficium facias puta ſacrilegium aut furtum, aut homicidium. Poſteriora verò hæc duo, ſi pecuniam tibi dedero, vt mihi rem apud te depoſitam reddas, vel vt meum inſtrumentum. RAT. DVB. & DECID. eadẽ ferè quæ ad finem legis præcedentis: qui enim depoſitum reddit vel inſtrumentum, licèt accepta pecunia, facit tamen quod debet. Nihil ergo turpiter: ſed tamen verum eſt, illum accipere pecuniam ob turpem cauſam, cùm accipiat ob id tantùm ne ſit perfidus qui alioquin, ſi pecuniam non accepiſſet, perfidus futurus fuiſſet. Nam quid aliud eſt, pecuniam te accipere, vt depoſitum mihi reddas, quàm facto ipſo teſtari te nolle reddere, ſi nulla detur tibi pecunia? Atqui parùm diſtat à fure, qui depoſiti reſtitutionem denegat, cùm hoc ipſo furtum faciat, ideóque etiam furtiua condictione teneatur *l. ſi quis inficiatus 13. §. 1. inſr. depoſ.* neque ergo valde intereſt, an accipias à me pecuniam ne furtum facias, an vt depoſitum mihi reddas, licèt vno caſu cauſa dandæ pecuniæ ſit affirmatiua, alio autem negatiua: quoniam effectu ipſo res tota eodem recidit. Et vtroque caſu turpitudo verſatur, non quidem ex parte dantis, ſed ex parte accipientis tantùm, ideóque non impeditur condictio *l. vlt. in princip.* quę ita accipienda eſt, quomodo benè interpretatur Accurſius licèt verba illa repugnare videantur, *tamen turpiter datum eſt inſr. hoc tit.* Nec tantùm condictio pecuniæ hoc caſu competit, ſed etiam actio depoſiti ſi pecuniam acceperis, vt depoſitum redderes *d. l. vlt. in fin. inſr. l. vlt. inſ. depoſit.*

1 ¶ Sed ſi dedi, vt ſecundùm me in bona cauſa iudex pronunciaret: eſt quidem relatum, condictioni locum eſſe. ſed hic quoque crimen contrahit: iudicem enim corrumpere videtur. & non ita pridem Imperator noſter conſtituit, litem eum perdere.

### *Ad §. 1. Sed ſi dedi.*

Duplex huius §. ſenſus adfertur ab interpretibus. Vnus ille, vt ſi quis iudici pecuniam dederit, vt ſecundum ſe pronunciet, diſtinguendũ ſit, an bonam cauſam habuerit, an verò malam, & iniuſtam, & quidem ſi bonã cauſam habuerit, poſſit cõdicere quod dedit, quaſi hoc caſu turpitudo verſetur ex parte accipientis tantùm, vt in aliis exemplis, de quibus dictum

ctum prius eſt, ſi verò malam & iniuſtam, non poſſit condicere, quòd eo caſu turpitudo verſetur non minus ex parte dantis, quàm ex parte accipientis. Alter ſenſus eſt, vt neutro caſu condictio locum habeat, quia in vtroque turpitudo interueniat ex parte vtriuſque. Priorem interpretationem quam Bartolus probat, coniunctio legis ſequentis adiuuat, in qua tractari incipit de eo caſu quo & dantis & accipientis turpitudo verſetur quaſi de eo caſu nondum tractatum ſit in lege præcedente, ſed de illo tantũ quo ex parte ſolius accipientis adſit turpitudo: item quod in dictæ legis ſequentis fine ſcriptum eſt *veluti ſi pecunia detur, vt malè iudicetur.* Quid enim faceret dictio illa *malè* ſi non aliud dicendum eſſet, quamuis data eſſet pecunia, vt benè iudicaretur? At in contrarium & pro poſteriore interpretatione illud vrget fortiter, primùm quod Vlpianus poſtquam varios caſus attulit, in quibus condictio locum habere debeat, quia in iis nulla turpitudo ſit, niſi ex parte accipientis, ſubiungit hunc caſum per aduerſatiuam, *ſed ſi dedi*, tanquam non modò diuerſum, ſed alio etiam iure cenſendum, & in quo nullus condictioni locus eſſe debeat, propter mixtam ex vtraque parte turpitudinem. Deinde, quòd poſtquam retulit Vlpianus, non defuiſſe ex prudẽtibus, qui reſponderint dandam ei condictionem, qui iudici pecuniam dedit, vt ſecundùm ſe in bona cauſa pronunciaret, quaſi nulla in eo eſſet turpitudo niſi ex parte iudicis, ſtatim contrariam ſuam opinionem ſubiicit, cùm adfert rationem propter quã contrà ipſe ſentiat, illis verbis, *ſed hic quoque crimen contrahit.* Senſus enim eſt, non illum duntaxat, qui dat pecuniam iudici, vt malè iudicet, ſed hunc quoque qui dat vt pro ſe in bona cauſa iudex pronunciet, crimen contrahere. Non enim minus hic, quàm ille iudicem corrumpere videtur, adeò vt ab Imperatore Antonino conſtitutum ſit, litem eum perdere, & actionem amittere, quòd diffidentia iuſtæ ſententiæ in pecuniæ corruptela ſpem negotij repoſuerit, vt habet *l.1. Cod. de pœn. iudic. qui mal. iudic.* Nec ſanè video quid ad hanc rationem pro Bartolo reſpondere quis poſſit, non enim negari poteſt, quin crimen contrahat & delinquat etiam hic, qui pecuniam dat vt benè pro ſe iudicetur, cùm nihil vetet & bonam cauſam illum habere, & tamẽ quia de victoria certus eſſe non poteſt, in pecuniæ corruptela potius ſpẽ negotij reponere. nam quemadmodum qui malam cauſam habet, poteſt tamen caſu obtinere, vt loquitur *l. poſthumus 6. §. 1. ſupr. de inoff. teſtam.* (vnde eſt quod noſtri ſententiam iudicis ſiue bonam ſiuè malam, inter caſus fortuitos nõ malè enumerant) ita & qui bonam cauſam habet, ſuccumbere facilè poteſt, non tantùm per ſordes, aut per gratiam vel imperitiam iudicis, ſed etiã caſu, id eſt, per imprudentiam iudicis ad facti circumſtantias non ſatis prudenter attendentis *l. ſi per imprudentiam 51. infr. de euict. l. exceptione 67. de fideiuſſ. leg. ſeruo 65. §. cùm prætor inf. ad SC. Trebell. l. & ex diuerſo 35. §. 1. ſupr. de rei vindic.* Portò delictum & crimen vbicũq. eſt, ibi etiam vt turpitudo ſit neceſſe eſt. Quòd ergo data ſit iudici pecunia pro bona cauſa, facere nõ poteſt vt eo magis cõdictioni locus eſſe debeat, cũ nec poſſit facere, vt eò minus turpitudo ex parte dantis quoque verſetur. Atq. ita omninò cõtra Bartolum pro Vlpiano ſentio. Nec me mouet quod in *l. prox. ſeq.* Paulus tractãs de eo caſu quo turpitudo ex parte vtriuſq. verſetur, ponit datã eſſe iudici pecuniã vt malè iudicetur, nõ quia putẽ Paulum ex eorum numero eſſe quos Vlpian. perſtringit, cùm nec Antonini cõſtitutionem, nec ratiocinationẽ Vlpiani ignorare potuerit, ſed quia cùm alius caſus eſſet cõtrouerſus quo data ſit pecunia iudici ad benè iudicãdum, maluit & debuit Paulus exemplũ adferre quod poſitũ eſſet extra controuerſiã de pecunia data iudici, vt malè pronuncietur, quo caſu nemo dubitat, quin turpitudo ſit ex parte vtriuſq. nec proinde quin ea ratione cõdictio impediatur: ſed qui diligentius rẽ perpendũt, idẽ iuris eſſe vident, tametſi pecunia data ſit iudici, vt benè iudicetur. Nam nec pœna iacturę litis, quã induxit Antoninus, ad alium pertinere poteſt, quã ad eũ qui bonã cauſã habeat, cùm in iactura malæ & iniuſtæ litis dãnum nullum eſſe poſſit. Etſi verò aliud eſt litẽ principalem amittere, aliud verò condictionẽ non habere, quis tamẽ æquum putet quod vult Bartolus, vt qui ob crimen quod cõmiſit dãdo iudici pecuniã, amittit litẽ, habeat nihilominus datæ pecuniæ condictionẽ? An nõ hoc eſſet frui minorib. eũ, qui careret maioribus? quomodo Papinianus loquitur in *l. cui pacto 5. de ſeru. export.* Sunt qui putent hunc §. cum *l. ſeq.* ſic coniungẽdũ eſſe, vt vtroq; loco vnus quaſi ſyllogiſmus cõtineatur, cuius prima propoſitio ſit in hoc §. ſecũda verò in *l. ſeq.* in hũc modum: cũ quis vt in bona etiã cauſa ſecundũ ſe iudicetur, dat iudici pecuniã, crimẽ contrahit, ac proinde turpiter facit dãdo, nõ minus quã iudex accipiendo. Atquin vbi & dãtis & accipiẽtis turpitudo verſatur, dicimus nõ poſſe repeti, veluti ſi pecunia detur, vt malè iudicetur, ſola deeſt cõcluſio quæ tamen ex dictis propoſitionib. colligi facilè ac ſuppleri põt. Sed ne hãc quoq. interpretationẽ probare poſſim, illud facit nõ ſolũ ꝙ diuerſorũ Iureconſultorũ hę leges ſunt, ſed etiã ꝙ lex ſeqẽs lõgè melius cũ fine legis primę, quę eiuſdem Pauli eſt, quã cum fine legis huius cõnectitur. Nec rurſus huic interpretationi cõuenire poſſũt verba vltima legis ſequentis, *veluti ſi pecunia detur vt malè iudicetur.* Nã cum prima propoſitio ſit de eo qui pecuniã dedit, vt benè iudicetur, mutarentur termini ſi minor propoſitio eſſet de eo qui dediſſet pecuniã, vt malè iudicaretur, conſtarétq. hic ſyllogiſmus ex quatuor terminis, quod non ferunt Dialectici, neq. bonum eſſet argumentũ ab eo qui pecuniam dedit pro obtinenda ſententia in mala cauſa, ad eum qui dediſſet in bona, niſi præſupponeres, & probares ex parte illius quoque turpitudinem verſari: quod certè ita eſt. *Ratio* igitur *dubitandi* ad hunc §. illa eſt, quòd cùm dedi pecuniam iudici, vt ſecundum me in bona cauſa pronunciaret, nulla videatur ex parte mea eſſe turpitudo, quæ impedire debeat cõdictionem. Sed *decidendi* fortior illa, quod imò ex mea quoque parte turpitudo eſt, quandoquidem hîc quoq. crimen contrahitur, (ſic enim legendũ eſt, non vt vulgo *cõtrahit* cùm de me in prima perſona locutus eſſet Vlp.) ſaltem poſt ſupradictam Antonini conſtitutionem in *d. l. 1. C. de pœn. iudic. qui mal. iudic.* quæ ſanè videtur vt & aliæ pleræque Imperatorum cõſtitutiones ex non delicto feciſſe delictum: vt ante eã non valde errauerint, qui condictioni locum dederunt. Nec mirum videri debet, quod Bartolus obiicit pro abſurdo, vt lex ſequens nihil addat ad hanc legem ſi noſtra interpretatio recipiatur. Fateor enim ita eſſe: ſed addidit Antoninus ad ius vetus, eiúſque rationẽ hac parte immutauit, non principaliter (nec enim de danda vel deneganda condictione quicquã conſtituit) ſed per neceſſarias tamẽ cõſequẽtias, quia delictũ nullũ etiã quod tale factũ ſit

ex non delicto, poteſt eſſe ſine turpitudine: nec turpitudo ex parte dantis cum condictione vnquam concurrere. Denique ſufficit vt hæc lex addat aliquid ad legem ſequentem, licèt lex ſequens nihil ad hanc addat. Quid? An ergo retinebit iudex pecuniam, quam turpiter acceperit ad iudicandum ſiue benè ſiue malè? Retineret vtique, ſi non ei cum alio res eſſet, quàm cum eo qui dedit, ob regulam, quæ ponitur in *l. ſeq.* quòd vbi dantis & accipientis turpitudo verſatur, non poſſit quod datum eſt, repeti. Non enim hîc locum habet quod aliàs dici ſolet, in re obſcura melius eſſe fauere repetitioni quã aduentitio lucro *l. non debet actori 41. §. 1. de reg. iur.* nec enim res obſcura eſt, cùm apparet ex parte dantis adeſſe turpitudinem. Benè tamen hoc caſu prouiſum eſt à Iuſtiniano *Nouell. 124. vt litig. iu. in exord. tit. c. 2.* vnde ſumpta eſt *Auth. Sed nouo iure C. de pœn. iudic. qui mal. iudic.* & conſtitutum vt fiſco ea pecunia applicetur. Quærit Accurſius, quid ſi pecunia iudici non data, ſed tantùm promiſſa ſit, pro ea verò data ſint pignora, an poſſint repeti? Et reſpondet poſſe, quia non magis poſſit pignus accedere obligationi inefficaci quàm ei quæ nulla eſt *arg. leg. 3. §. 1. infra de conſtit. pecun.* Idem tamẽ putat ad *l. 2. C. eod. tit.* diſtinguendum eſſe, an velit is qui dedit, agere vindicatione, an pignoratitia, vt pignoratitia q. idem nõ poſſit, quia pignus nullum eſt, ſed tamen vindicatione poſſit, quia rei pignoratæ dominus manet. Vltramõtani, quos Bartolus refert, negant vindicationẽ poſſe magis, quàm pignoratitiam competere, quoniam aduerſus vindicationem obiici poſſit conuẽtio pignoris, quam ſi velit is qui vindicat, elidere per replicationem illam, quòd ea pignoris cõuentio facta ſit ob turpem cauſam, non ſit audiendus tanquã qui propriam in eo alleget turpitudinem. Bartolus verò defendit, imò verò vtraque actione agi poſſe, cùm neutra fundetur, inquit, ex turpitudine agẽtis, ſed ex alio, quamuis in replicatione quæ ad iuuandum agentis intentionem neceſſaria eſt, turpitudo ipſius allegetur, ſecundùm ea quæ idem Bartolus tractat ad *l. aliàs 18.* vbi diximus, *ſupr. de iureiur.* Subiungit tamen Bartolus poſſe has opinionum varietates & difficultates euitari, ſi is qui dedit pignora malit agere, vt à principali obligatione liberetur tanquam facta ob turpẽ cauſam ex *l. 1. hoc tit.* vt eo modo ſublata principali obligatione pignoris quoque obligatio quæ non niſi acceſſoria eſt, euaneſcat. Mihi Vltramontanorum ſententia magis placet. Qui enim pecuniam turpiter iudici promiſit, eóque nomine pignus dedit, fieri certè non poteſt, quin turpiter quoque pignus dederit, ideóque non magis ei permittendum eſt, vt condicat poſſeſſionem pignoris (nam de condictione proprietatis tractari hîc nihil poteſt, cùm proprietas per pignus non transferatur *l. cùm & ſortis 35. §. 1. de pignor. act.*) quã vt condicat pecuniã ſi eam dederit, nec fauorabilior poteſt eſſe hac parte condictio pignoris aut etiam poſſeſſionis, quàm proprietatis. Vt verò vindicet rem pignoratam, non magis ei permittendum eſt, quia licèt dominus maneat, pignoris tamen dati exceptione repellitur, nec replicare poteſt datum eſſe pignus ob turpem cauſam: quoniã ita fieret vt propriam turpitudinem allegaret, quod non magis per replicationem facere poteſt, quàm per actionem inſtituendam. Eſt enim generalis ſententia huius tituli, quicquid dicat Bartolus, vt nullum poſſit auxilium ei competere, qui turpiter quid fecit ſiue ex turpitudine illa ſuam fundet intentionem ſiue replicationem tantùm, quandoquidem ſemper actor eſt. Qui enim conuenitur, licèt ipſe quoque turpiter fecerit, nullo tamen auxilio indiget, vt vincat, cùm ſit ipſe poſſeſſor, & hoc ipſo fauorabilior in pari cauſa *l. vti poſſid. 2. l. fauorabiliores 124. de regul. iur. l. 1. infr. de pignor.* Nec alia Iureconſulti ſententia eſt, in *d. l. aliàs 18. in fin. ſup. de iureiur.* vt ad eum locum docuimus. Quod verò addit Bartolus poſſe illum qui dedit pignus, agere vt liberetur à principali obligatione tanquam facta ob turpem cauſam ex *l. 1. C. hoc tit.* æquè ineptum eſt, non ſolùm quòd principalis obligatio nulla ſit, quæ turpem cauſam habet *l. generaliter 26. & ſeq. infr. de verb. oblig.* ideóque nec liberatio vlla ſequi poſſit, quæ præcedentem aliquam ſupponit obligationem, ſed etiam, quia quod ſcriptum eſt in *d. l. 1.* ad eum caſum pertineat, quo quis ex promiſſione ob turpem cauſam facta conueniatur, non quo agat, vt ex interpretibus noſtris ij obſeruarunt, qui hac parte cõtra Bartolum reſponderunt, eiuſdem enim iuris & æquitatis eſt agere quẽ vt liberetur ab obligatione ob turpem cauſam contracta, quod nihil aliud eſt quàm condicere ipſam obligationem, & agere ad repetitionem pecuniæ. Quid? ſi principalis obligatio & pecuniæ promiſſio nulla eſt, vt diximus, quomodo poteſt pignoris obligatio, quæ nõ niſi acceſſoria eſt, ſubſiſtere? Reſpõdeo non quidem ſubſiſtere, ſed tamẽ pignoratæ rei retentionem, perinde ſaluam eſſe ei, qui pignus accepit, ac ſi res vinculo pignoris teneretur, cùm poſſeſſionem per manus domini, ac ſine vitio acceperit. Itaque ſi vindicatione cõueniatur, tueri ſe debet, non exceptione conuenti pignoris, vt Vltramontani noſtri putabant, in quo erraſſe mihi videntur, ſed nuda exceptione traditæ poſſeſſionis, *ſi non per te ipſũ tradita mihi huius rei poſſeſſio eſt ob cauſam ex tua quoque parte turpem*, cùm non tam de ipſius iure quærendum ſit, quàm de non iure actoris qui rei ſuæ poſſeſſionem quam nunc auocare vult, vltrò amiſit, & tranſtulit ex turpi cauſa, vt in *l. 3. in fin. infr. de pignor. l. militis 36. §. veteranus in fin. infr. de teſtam. milit.* Vnde fit, vt ſi quo caſu hãc poſſeſſionẽ poſtea iudex amittat, qui pignus accepit, non ſit ei permittendum, vt prætextu pignoris quod re vera nullum fuit, poſſeſſionem illam repetat, cuius nimirum retinendæ duntaxat ius habet, non etiam repoſcendæ, vt in *l. in hoc iudicium 14. §. 1. ſupr. commun. diuid. l. ſi in area 33. inf. tit. prox.* habiturus proculdubio etiam repoſcendæ ſi pignus tenuiſſet.

3. Pavlvs libro 10. ad Sabinum.

Vbi autem & dantis & accipientis turpitudo verſatur: non poſſe repeti, dicimus. veluti ſi pecunia detur, vt malè iudicetur.

*Ad l. Vbi autem 3.*

Rat. dvb. Nunquam æquum eſt, vt quis ex aliena iactura locupletetur *leg. nam hoc natura 14. infr. titul. prox. l. iure naturæ 206. de regul. iur.* ne tum quidem cùm honeſta cauſa dandi & accipiendi fuit, quantò minus ſi ex turpi & inhoneſta? Ergo etiam ſi dantis ſimul & accipientis turpitudo verſetur, non

non eſt tamen ferendum, vt qui turpiter rem accepit, eam retineat, & ex eius qui dedit damno locupletior fiat.

Decid. Quoties nihil ſine captione inueſtigari poteſt, id ſequendum eſt, quod minimum habet iniquitatis *leg. quoties nihil 200. de regulis iuris.* Atqui vtrumque certe iniquum eſt, & eum, qui turpiter dedit, actionem habere ad repetendum id, quod dedit, eum turpitudinis ſuæ pœnam illam pati debeat, vt nullam habere debeat repetitionem: & eum quoq; qui turpiter accepit, retinere, cùm æquè publicã honeſtatẽ offenderit, & primũ iuris præceptũ; quod in honeſtè viuendo conſiſtit. Et tamen alterutrum euenire neceſſe eſt, vt vel is, qui turpiter accepit, retineat, aut qui turpiter dedit, condicat: cùmque ius omne aut in acquirendo, aut in conſeruando, aut in amittendo verſetur, vt ait *lex vlt. ſuprà De legibus*, non magis hic, quàm ille auxilio iuris vllo dignus eſſe poteſt ſiue ad acquirendum, ſiue ad retinendum. Minùs tamen iniquum eſt, retentionem dari ei, qui accepit turpiter, quia iniquius & difficilius eſt dari actionem, quàm retentionem: actio enim non datur niſi iure, retentio autem plerumque occaſione magis, quàm iure, vt loquitur *lex ſecun. 4. De rituis*, id eſt, non tam quòd æquitas aliqua ſuadet dari retentionem, vt cùm quid retinetur ex vi naturalis alicuius obligationis, vt in *leg. naturales 10. De obligation. & action.* aut in ſpecie *leg. in hoc iudicium 14. §. 1. Commun. diu. dend. & leg. ſi in area 33. infrà titulo proxim.* quàm quia nemo ſit qui rem euincat, aut poſſit euincere, quo caſu nec ſi contra poſſeſſorem iudicatum eſſet, poſſeſſio tamen ei auferri poſſet, & etiam poſt condemnationem habere ei liceret *leg. habere licere 57. De euiction.* Hoc enim eſt, quod ſolemus dicere, In pari cauſa, vel potiùs in pari non iure vtriuſque potiorem eſſe cauſam poſſidentis *leg. penultima infr. hoc titulo. leg. 2. Cod. eod. leg. vltim. in prin. infr. De condict. ſine cauſa.* & aduerſus extraneos, id eſt, nullum ius habentes ad agendum & ad auocandam poſſeſſionem, etiam illam, quæ vitioſa ſit, prodeſſe *leg. vltim. infr. De acquirenda poſſeſſione*, quia quiſquis poſſidet, quamuis nullo iure, hoc ipſo tamen plus iuris habet, quòd poſſidet, quàm qui omnino non poſſidet *leg. 2. infr. vti poſſidetis.* Denique habet retentionem potius quàm ius retentionis. Quamquam non ſemper ſit, vt qui turpiter accepit, ab eo, qui ipſe quoque turpiter dedit, retentionem habeat. Extorquetur enim lucrum ei aut à fiſco, ſi ex parte dantis adſit etiam turpitudo, aut ab eo ipſo qui dedit, ſi non ipſe turpiter dederit *leg. in heredem 5. in princip. ſuprà De calumniat.* Quid ergo ſi quis rem aliquam indiuiduã dederit, puta ſeruitutem, ob cauſam aliquam partim turpem, partim honeſtam? De hoc enim quærit Accurſius, vtrum totius rei danda ſit aut retentio, aut condictio; cùm pro parte dari non poſſit. Et reſpondet, quod & Bartolus probat; non malè præualere honeſtam cauſam debere, non vt totum condicatur, quomodo tamen ſenſiſſe videtur Accurſius ex *leg. 3. §. 1. infra De iure fiſc.* ſed vt æſtimatio partis reddatur *argument. leg. cum filius 76. De legat. ſecun.* licèt aliquando accidat, vt potentior ſit cauſa, quæ nocet, quàm quæ prodeſt *leg. 3. §. vltim. infr. De Senatuſconſulto Silan.* & dici ſoleat, in indiuiduis vtile vitiari per inutile, *leg. penultim. in fin. De iur. codic. leg. cùm pater 77. §. cum exiſtimaret, De leg. ſecund. leg. ſtipulationes non diuiduntur 72. De verborum obligation.* Datur tamen interdum repetitio totius propter indiuiduitatem, vt ita loquar, vt in ſpecie *leg. ſi non ſortem 26. §. ſi centum infr. titul proxim.* nimirum propter errorem qui proponebatur eo loco interueniſſe in ſolutione, vt Bartolus explicat. Idem Bartolus bene Accurſium reprehendit, quòd quæſtionem concipiens de re indiuidua, promiſcuè adfert exempla ſeruitutis, & equi, quaſi equus perinde indiuiduus ſit atque ſeruitus. Quod certè non ita eſt. Habet enim equus ſuas partes iuris, licèt diuiſione corporis nullas partes habeat, non ſolùm actu, vt in ſpecie *leg. Mauius 66. §. duorum De legat. ſecund.* ſed neque potentia. Cæterùm poteſt quis habere dimidiam aut tertiam, aliámve quamlibet partem equi, ſicut & hominis perinde ac alterius ſpeciei cuiuſlibet *leg. 2. in princip. De verbor. obligat. leg. ſtipulatus ſum 9. §. 1. De ſolution.* At ſeruitus, quæ tota & in iure conſiſtit, & iure indiuidua eſt, nullas omnino partes admittit, ne quidem iuris intellectu: alioqui iure indiuidua dici non poſſet. Eſt ergo equus indiuiduus quidem ipſa in re, ſed non ipſo iure, aut, vt loquar cum pragmaticis, indiuiduus eſt de facto, non de iure: at ſeruitus, libertas, & ſi qua alia ſunt huiuſmodi, non minus de iure, quàm de facto indiuidua ſunt. Quod non ſatis bene videtur intellexiſſe, aut explicaſſe Bartolus, qui equum abſolutè negat eſſe indiuiduum, cum tamen aliquo ſenſu ſit etiam indiuiduus.

4. Vlpianvs libro 26. ad Edictum.

IDem, etſi ob ſtuprum datum ſit. vel ſi quis in adulterio deprehenſus redemerit ſe. ceſſat enim repetitio. Idque Sabinus & Pegaſus reſponderunt. Item ſi dederit fur, ne proderetur, quoniam vtriuſque turpitudo verſatur, ceſſat repetitio. Quotiens autem ſolius accipientis [a] turpitudo verſatur: Celſus ait, repeti poſſe. veluti ſi tibi dedero, ne mihi iniuriam facias.

*Ad l. 4. Idem etſi ob ſtuprum.*

Exempla hæc alia ſunt eius propoſitionis quæ tradita eſt in lege præcedente, vbi dantis & accipientis turpitudo verſatur, non eſſe locum repetitioni, vt puta, ſi quis ob ſtuprum faciendum dederit, vel ſi quis in adulterio deprehenſus ſe aliquo dato redemerit: item ſi fur ἐπαυτοφώρῳ deprehenſus aliquid dederit ne proderetur, nam hoc caſu quoque verſatur ex vtraque parte turpitudo, & ex parte furis & ex parte illius qui pecuniam accipit ne prodat: etſi enim furem prodere & indicare nemo cogitur, turpiter tamen pecuniam accipit, qui accipit ne indicet, vt benè noſter ratiocinatur Accurſius ex § *ſi tibi infr.* vbi additur poſſe me condicere, quod à fugitiuo meo quis acceperit, ne eum indicaret, quaſi & ipſe fur ſit, aliud verò iuris eſſe, ſi quis pecuniam acceperit, vt furem, vel fugitiuum indicet, quia non accipit hic turpiter, cùm fures detegi & indicari etiam reipublicæ interſit, ne impunita furta remaneant. Eadem igitur ratio dubitandi & decidendi eſt ad huius legis initium, quæ ad legem præcedentem. Sed illud tamen obſeruandum eſt, quod Accurſius non omiſit, ſi quis in furto vel adulterio, aliòve flagitio deprehenſus, dederit aliquid, vel promiſerit, ne occideretur, vel in vincula conijceretur, etiam illo caſu quo iure id fieri non potuerit, poſſe illum repetere per actionem quod metus cauſa id quod per condictionem ob turpem cauſam repetere non poſſet, quia ad hunc quoque Prætoris edictum pertinet *l. nec timorem 7. verſicul. Proinde ſi quis in furto & l. ſeq. ſupr. De eo quod met. cauſ.* vbi diximus, nam in actione quod metus cauſa nihil aliud inquirit Prætor, niſi vtrum metu aliquo illato quid geſtum ſit *dict. leg. iſti quidem* 8. in condictione autem ob turpem cauſam non tantùm, an turpitudo aliqua fuerit ex parte accipientis, ſed etiam ex parte dantis, cùm non ſit ferendum, vt aduerſario turpitudinem obijciat is, qui prior ipſe turpiter fecerit, niſi enim prior ipſe turpiter dediſſet, alius turpiter accipere non potuiſſet: verùmque eſt eum aduerſarij turpitudini cauſam dediſſe.

a *Quoties autem ſolius accipientis.* Hoc quoque iam diximus & explicauimus *ad l. 1. §. vltim. & ad l. 2. in princip. ſupr.* vnde petendæ ſunt rationes dubitandi & decidendi *ad hunc verſiculum.* Nihil enim referre poteſt, an à me pecuniam acceperis, ne ſacrilegium aut furtum facias, an verò ne iniuriam: nam & illis caſibus iniuria fit, niſi quod iniuriæ nomen latiùs patet tanquam genericum. Iniuria enim dicitur, quicquid non iure fit *l. 1. infr. De iniur.*

1 ¶ Sed & quod meretrici datur, repeti non poteſt, vt Labeo & Marcellus ſcribunt: ſed noua ratione non eò, quòd vtriuſque turpitudo verſatur: ſed ſolius dantis. illam enim turpiter facere, quòd ſit meretrix: ſed non turpiter accipere, cùm ſit meretrix.

*Ad §. 1. Sed & quod meretrici.*

RAT. DVB. Nulla ſpeciali & noua ratione opus eſt, vbi vetus ſufficit, & quæ ſit ex iure communi *l. in cauſæ 16 in princip. ſupr. De minor.* eſt enim ſemper ius commune fauorabilius ſpeciali *l. Imperatores trigeſim. De reb. author iudic. poſſid. aliàs l. decimaquarta. De priuileg credit.* Atqui ex iure communi eſt, vt quoties dantis & accipientis turpitudo verſatur, toties ceſſet repetitio, ſecundùm ea quæ proximè diximus, & ad legem præcedentem. Ergo non alia noua, aut melior ratio quærenda eſt, cur id quod ob turpem cauſam datum fuit meretrici, id eſt, ob ſtuprum, repeti non poſſit, cùm eo caſu turpitudo verſetur ex vtraque parte & meretricis, & eius qui dedit. DEC. Turpiter quidem facit meretrix, quòd ſit meretrix, ſed non accipit turpiter quod ei etiam tanquam meretrici datum eſt, cùm ſit meretrix, vt eleganter ac ſubtiliter Labeo & Marcellus dixerunt, quod fortaſſis ante eos nemo dixerat, adeò fuit difficile veteribus diſtinguere actiones iſtas meretricias, quæ perpetuò ſe concomitantur. Omnes quidem in hoc conſenſerunt, vt quod meretrici datum eſſet, repeti nunquam poſſet, quia nec dubitare quiſquam potuit, quin hoc caſu verſaretur turpitudo ex parte dantis, quæ ſola vtique ſufficit ad impediendam repetitionem: ſed non obſeruarunt veteres ex parte ſolius dantis verſari eo caſu turpitudinem, non etiam ex parte accipientis, quod cùm accidit, longè minorem dubitationem res habet, quin ceſſare debeat repetitio: quiſquis enim proponit condictionem ob turpem cauſam, fundat eam ex aduerſarij turpitudine non ex ſua. Itaque nemo vnquam dixit condictione iſta teneri eum qui non acceperit turpiter: proinde non impugnarunt Labeo & Marcellus veterum ſententiam, quæ illa fuit, vt quod meretrici datum eſſet ob ſtuprum, condici non poſſet, ſed rationem duntaxat qua mouebantur. Dices primam cauſam inſpici debere potiùs quàm ſecundam, vt cauſa faciendi magis ſpectetur quàm factum ipſum, quomodo eleganter VLpianus noſter loquitur in *lege verum eſt, ſi meretricem trigeſima nona infr. De furt.* vbi hanc ob cauſam reſpondet, quod à propoſito noſtro non valde abhorret, ſi alienam ancillam meretricem rapuerit quis, vel celauerit furtum non eſſe, quia cauſa faciendi libido fuerit, non furtum. Sed reſpondebo cum Bartolo, primam cauſam eo caſu tollere cauſam & effectum ſecundi actus; quia facit ceſſare non quidem dolum, vt malè addidit idem Bartolus, ſed animum furandi, ſine quo furtum non committitur

mittitur. §. *placuit Inſtit. de action.* In propoſito autem actus poſterior meretricis in accipienda pecunia non tollitur per primam cauſam turpem, quæ fuit libidinis, ſed potiùs fit in eius conſequentiam, nec tamen turpiter, cùm meretrici liceat etiam honeſtè pecuniam accipere ex qua victitet. Secunda igitur cauſa & immediata ſpectanda eſt non primaria. Verùm quid ſi pecunia meretrici non data ſit, ſed promiſſa tantùm, an peti poterit? Accurſius negat, quia turpis ſit ſtipulatio ex *leg. generaliter 26. & ſequen. leg. ſi flagitij 123. De verbor. obligat.* & quia multa retineri honeſtè poſſint, quæ non perinde honeſtè peti poſſent *leg. 1. §. 1. De var. & extraord. cogait.* Sed Bartolus Vltramontanos noſtros & Cynum ſequutus contrà putat, & veriùs. Non enim turpis videri poteſt ſtipulatio eius pecuniæ, quæ non turpiter accipi poſſet, & adfectionis gratia neq; honeſtæ, neque inhoneſtæ donationes ſũt prohibitæ, puta circa meretrices, vt generaliter ſcriptum eſt in *leg. adfectionis 5. infr De donat.* Conſtat autem donationem fieri poſſe non minus per ſtipulationem, quàm per traditionem *l. Papinianus 23. l. cùm hic ſtatus 32. §. & generaliter cum l. ſeq. & paſſ. De donat. int. vir. & vxor.* ſolæq; donationes excipiendæ illæ ſunt, quæ à milite fiunt focariæ *l. 2. Cod. de donat. int. virum & vxorem iunct. l. donationes in concubinam 31. in princip. inſ. de donat.* vel ab adoleſcente, id eſt, à minore annis vigintiquinque luxurioſo aut etiam à maiore, ſi fiant per viam mandati *l. ſi verò non remunerandi 12. §. ſi adoleſcens infr. mandat.* vbi prioris propoſitionis ratio redditur, quia videtur credere perdituro minori, qui mandatu eius ſoluit, aut fideiubet pro meretrice, poſterioris verò, quaſi aduerſus bonam fidem mandatum illud ſit, quæ ratio ſupponit mandatum eſſe contractum bonæ fidei, & actionem quoque mandati: proinde non poſſe illam ex hac cauſa competere. Non magis igitur contra maiorem, quàm contra minorem, cùm generalis ratio ſit, quod non ſatis bene obſeruatum eſt à Bartolo, noſtriſque interpretibus, qui etiam in ſpecie illius §. diſtinguunt minorem à maiore. Cæterùm hęc ipſa ratio probat euidẽter aduerſus Accurſium, aliud iuris eſſe in ſtipulatione, quæ ſtricti iuris eſt, & conſequenter in actione, quæ naſcitur ex ſtipulatione, quæ & ipſa quoque ſtricta eſt, non vt actio mandati ex bona fide. Planè ſi alij mulieri quàm meretrici aliquid detur vel promittatur ob ſtuprũ, nemo dubitat, quin turpiter faciat mulier ſiue pecuniam accipiat, ſiue ſtipuletur, cùm non ſit meretrix. In cóque melioris condicionis eſt mulier, quæ iam eſt meretrix, quin quæ nunc primùm ſtuprum patitur. Meretrices enim ſunt non omnes mulieres, quę in corp⁹ ſuũ peccãt, vt vulgus opinatur, ſed quę eo viuendi genere publicè quæſtum faciunt, & pretio ſe proſtituunt, & quas vitæ vilitas dignas legum obſeruatione non credidit, vt loquitur Conſtantinus *in leg. quæ adulterium 29. Cod. ad legem Iuliam De adulter.* Neque hoc Bartolus ignorauit. Sed quod obiicit ex *l. vlt. §. 1. inf. De obl. & act.* ad rẽ omnino non pertinet. Ibi. e. neq; de meretrice agitur, neque de ꝓmiſſione facta meretrici, ſed de muliere ſalarium per literas conſtituente mutuæ affectionis teſtãdę & remunerandæ gratia, in quo nihil turpe. Nam ſicuti non omnes maſculorum adfectiones erga fœminas ſunt inhoneſtæ *d. leg. adfectionis*, ita neque fœminarum erga maſculos.

2 ¶ Si tibi indicium dedero, vt fugitiuum meum indices, vel furem rerum mearum: non poterit repeti, quod datum eſt: nec enim turpiter accepiſti.

*Ad §. 1. Si tibi.*

Rat. dvb. Qui aliquid accipit, vt faciat quod gratia, & ex ſola honeſtate facere tenetur, accipere turpiter intelligitur *l. vlt. infr. hoc tit.* vt in indice diximus pecuniam accipiente ad bene indicandum, *l. 2. §. ſed ſi dedi ſupr. hoc tit.* & in eo qui à me accipit pecuniam, ne mihi iniuriam faciat *§. prox. ſupr.* Atqui cogitur quis gratis ea facere omnia quæ ad publicam vtilitatem pertinent, inter quæ non poſtremum illud eſt, vt peccata nocentium nota ſint, ne alioqui remaneant impunita *l. eum qui nocentem 18. infr. De iniur. iunct. l. ſi à reo 70. §. vlt. De fideiuſſ. l. ita vulneratus l. 1 §. vlt. ſupr. ad leg. Aquil.* Non poſſunt autem detegi fures, ſi non indicentur. Ergo qui vt furẽ indicet, indiciũ accipit, id eſt, aliquid quod detur in præmium futurę indicationis, aut ſaltem ad prouocandam indicationem turpiter accepiſſe videri debet, vt proinde condictione ob turpem cauſam teneri debeat, cùm nulla hîc turpitudo ſit ex parte dantis. Exemplo eius quod in hac ipſa lege ſcriptum eſt *verſicul. item ſi dederit*, à fure pecuniam accipit ne eum prodat, turpiter accipere.

Decis. Multum intereſt, an quis pecuniam accipiat, vt furem indicet, ánne indicet. Poſterius hoc turpe eſt, at illud non item: nam ſi turpiter facit, qui pecuniam accipit, ne furem indicet, conſequens omnino eſt, vt honeſtè faciat qui accipit vt indicet. *argum. l. prima §. vltim. ſupra. Ne quis eum qui in ius vocab. vt exim.* Et ratio diuerſitatis euidens eſt, quam & Accurſius noſter adfert, quod aduerſus publicam vtilitatem eſt id facere per quod crimina detegi ac puniri non poſſint, quod fit acceptâ pecuniâ ne fur indicetur. Qui enim pecuniam accipit ne furem indicet, hoc ipſo profitetur ſe indicaturum fuiſſe, ſi pecuniam non accepiſſet: quam voluntatem & facultatem indicandi ſibi præripit accipiendo pecuniam ne indicet. At is, qui accipit pecuniam, vt indicet, nihil facit contra publicam vtilitatem, imò vt potiùs proſit publicè qui hoc ipſo ſe obſtringit ad iudicandum id quod alioqui nullo iure nec naturali nec ciuili indicare cogebatur. Nã nec publicam vtilitatem offendit is qui non indicat crimen, cùm poſſit, dummodò nihil faciat per quod eripiat ſibi poteſtatem indicandi, cum volet, vis enim tota legum in eo eſt, vt poſſit quis facere, ſi velit, nõ vt cogatur facere, etiamſi nolit: ſic dicimus facere contra leges eum, qui præripit ſibi aut alteri facultatem liberam teſtandi *l. pactum quod dotali 15. C. de pact. l. ſtipulatio hoc modo concepta 61. De verb. obligat.* non etiam illum, qui mauult inteſtatus decedere, quàm teſtatus: liberum enim cuique eſt ab inteſtato aut teſtato decedere *l. conficiuntur 8. in pr. De iur. cod. l. poſthumus 6. §. 1. ſu. de inoffi. teſt.* Item facere cõtra le-

ges eum qui paciſcitur, ne filius aut filia inteſtato patri ſuccedat, *l. vltim. inſr. de ſuis & legit.* non etiam filium aut filiam, qui patri iam defuncto etiam inteſtato, non vult ſuccedere, cùm habeat beneficium abſtentionis, dummodo nunquam ſe miſcuerit *leg ei qui 12. l. neceſſarius 57. de a quir hered l. ſi filius 12. de vulg & pupill ſub ſt.* Sic denique dicimus, ne plura exempla conquiramus, contra leges facere legatarios, qui paciſcuntur cum herede, ne Falcidiam ex legatis poſſit ille detrahere *leg quod bo is 15. paragrapho primo, D. ad leg. Falcid.* cùm tamen lex Falcidia non cogat heredem Falcidiam detrahere, ſi malit legata integra præſtare, & plenam fidem teſtatori exhibere, vt loquitur *lex vltim. Cod. eodem titul.* Similiter igitur dicamus facere, ſi non contra leges, ſaltem contra bonos mores, & aduerſus publicam vtilitatem, eum qui accipit pecuniam ne furem prodat, ſed non enim qui accipit, vt prodat, & indicet, non magis quàm eum, qui cùm indicare poſſit, non vult tamen, nam ſicuti furem indicare nemo cogitur, ita nec gratis indicare. Quomodo etiam dicimus eum, qui, no centem infamat, quod plus quàm indicare eſt, tale quid facere, quod ſit vtile reipublicæ, ita vt præmium magis quàm pœnam mereatur *dict. l. eum qui nocentem.* ſed tamen non ideò cogendum eſſe, vt infamet, proinde nec prohibendum pecuniam accipere ne infamet. Qui enim honeſtè ac licitè poteſt non indicare, non poteſt accipere turpiter, vt indicet. Placet in ſumma quod ex Az. & Accurſius hîc notat, licere alicui gratis non facere, quod tamen non gratis facere non licet. Licet enim tibi furem non prodere, ſi gratis, nul áque accepta pecunia id facias, at non gratis, id eſt, accepta pecunia idipſum facere tibi non licet: contrà verò furem prodere non ſolùm gratis licet, ſed etiam non gratis, accepta que in eam rem pecunia, vt prodas, quia prodere non cogebaris, nec præmium aut potius incitamentum & inuitamentum aliquod denegandum eſt ei, qui rem aliquam facere velit, honeſtam quidem & licitam, ſed quam tamen prætermittere ſine ſcelere potuiſſet. Alioqui ſi non potuit ſine pœna, nullo certè dignus eſt præmio, facitque turpiter, ſi quid ob eam cauſam accipiat. Non eſt omittendum quod Accurſius & Bartolus hîc notant, quamuis cogi nemo poſſit, vt furem indicet, inſtante priuato cui furtum factum eſſe dicitur, ſiue per actionem, ſiue per officium iudicis id poſtuletur, poſſe tamen cogi quem, vt indicet vigente Præſide prouinciæ aut alio Magiſtratu ad cuius officium pertineat, vt malis hominibus purget prouinciam ex *l. congruit 13. ſuprà de offic. Præſid. iunct. leg. ciuile 5. Codic. de furt.* Alia quæſtio eſt, an teſtimonium ferre quis cogatur contra furem iam indicatum & accuſatum. De quo nemo dubitat ex *Titul. de teſtibus cogend.* Adeò autem verum eſt poſſe accipi pecuniam a furem indicandum, vt etſi promiſſa tantùm ſit, nec præſtetur, comparata ſit, in eam rem actio præſcript s verbis *leg. ſolent 15. infrà de præſcript. verb.* vbi præſtatur Vlpianus, eos qui hic pecuniam accipiunt, non ideò fieri fures. Ex quo apertiùs intelligitur non facere turpiter eum qui furem non indicat, dum ne pecuniam accipiat, ob hoc ipſum, ne indicet. Cur enim id cogatur facere, quod aliquam licet inuiſtam furti ſuſpicionem apud aliquos poſſit inducere? Nec enim quiſquam eſt, qui certius indicare furem poſſit, quàm qui furti ipſe conſcius eſt, eique vel conſilium, vel opem dedit, vt proinde inferre liceat tanto minus igitur facere turpiter eum qui pecuniam accipit, vt furem indicet, & conſequenter non timere eum condictionem, vt ſcriptum eſt in *dict. leg. ſolent.*

3 ¶ Quòd ſi à fugitiuo meo acceperis, ne eum indicares, condicere tibi hoc, quaſi furi, poſſum. ſed ſi ipſe fur indicium à me accepit [a], vel furis, vel fugitiui ſocius: puto condictionem locum habere.

*Ad §. 3. Quod ſi à fugitiuo.*

RAT. DVB. Eius eſt condicere qui dedit, & quidem ita ſi dominium tranſtulit, cùm is qui condicit intendat dari ſibi oportere *§. ſic itaque inſtit. de actionib.* dare autem nihil aliud ſit, quàm dominium transferre *leg. vbi autem 75. §. vltim. infrà de verbor. obligat. leg. non videntur data 167. de regul. iur.* Atqui ponimus datam tibi eſſe pecuniam à fugitiuo meo, non à me, & pecuniam tamen meam, ac cuius dominium in te transferre ſeruus meus inuito, vel ignorante me non potuit. Non ergo mihi competere huius pecuniæ repetitio poteſt, præterquam per condictionem, ſed potius per vindicationem, cùm pecunia mea remanſerit, maximè cùm hic ca ſus talis ſit, in quo factum ſerui non perinde haberi poſſit ac ſi à domino factum eſſet. Quis enim dominus pecuniam tibi daret, ne fugitiuum ſeruum ei indicares. Propter quod Accurſ. noſter hunc §. intelligit de eo caſu, quo pecunia ſit conſumpta, vt vindicatione deficiente inducatur neceſſitas condictionis, & quidem non illius de qua primum in *hoc Tit.* quæ dicitur ob turpem cauſam, ſed de illa quæ ex iniuſta cauſa datum repoſcit, vt idem Accurſius ad *l. ſequent.* apertius interpretatur. ſed malè, vt ex ratione decidendi ſtatim apparebit. Ratio igitur decidendi eſt, quoniam is qui à fugitiuo meo pecuniam accipit ne mihi eum indicet, hoc ipſo fur eſt: facit enim quantum poteſt, & quidem dolo malo, vt ſeruo meo caream. Ergo tenetur condictione furtiua etiam ratione ſerui ipſius, quamuis eum non poſſideat *§ vltim. Inſtit de oblig. quæ ex delict. naſc.* multo magis ratione pecuniæ à fugitiuo datæ quam poſſidet. A qui condictio furtiua datur domino contra furem ipſum eiúſve heredem, non minus quàm vindicatio contra quemlibet poſſeſſorem, niſi quod vindicatio non niſi præſente re eſſe poteſt, & extantis, condictio autem, ſiue furtiua, ſiue alia quælibet rei etiam abſentis adeóque conſumptæ *l. ſi pro fure 7. §. vltim. & l. ſeq. inſr. de condict. furt.* Dicendum igitur eſt poſſe me hanc pecuniam tibi condicere quaſi furi: quomodo hîc loquitur Vlpianus, vt intelligamus tractare illum de condictione furtiua quæ non datur niſi domino *l. 1. eod.*

*l.1.eod.tit.* non item de condictione quę ſoli non domino datur ob turpem, vel iniuſtam cauſam: ac proinde non eſſe reſtringendam huius §. ſententiam ad eum caſum quo pecunia conſumpta ſit, licèt vindicatio quæ ex hac quoque cauſa competit, non niſi pro præſenti pecunia locum habere poſſit. Hinc verò apparet quàm parum ad rem pertineat, quod Bartolus pro ratione dubitandi obiicit, condictionem hanc ob turpem cauſam non poſſe competere, quoties turpitudo verſatur ex vtraque parte dantis & accipientis, quod in propoſito euenit, cùm fur aut fugitiuus qui ſui ipſius furtum facit, quantum poteſt pecuniam dat ne indicetur, vt initio huius legis ſcriptum eſt in *verſic. Item ſi dederit.* Itémque quod reſpondet non poſſe quidem ipſum furem pecuniam repetere, ſed alium poſſe. Nam præter id quod non videt de ſola condictione furtiua mihi danda hîc tractari, non animaduertit ineptam eſſe quæſtionem de danda condictione illi ipſi qui pecuniam dedit, cùm is proponatur ſeruus meus eſſe, ac præterea fugitiuus, qui proinde actionem nullam exercere poteſt. Ideóque nec mihi qui dominus ſum, actio vlla competit tanquam quæſita mihi per ſeruum, ſed proprio meo iure ago contra te condictione furtina tanquam contra furem, quia pecuniam meam inuito me contrectaſti, eámque etiamnum retines, atq. ita eius furtum mihi feciſti.

a *Sed ſi ipſe fur indicium à me accepit.* Id eſt pecuniam ob hoc ipſum datam, vt mihi furem indicaret, quomodo interpretati ſumus ſeriam in §. præcedente. RAT. DVB. Non facit turpiter qui pecuniam accipit vt furem indicet, quemadmodum ſuprà proximè diximus. Ergo non poteſt ex hac cauſa competere condictio ob turpem cauſam, neque contra furem, neque contra furis aut fugitiui ſocium. Nam de fugitiuo non loquimur, non ſolùm quòd cùm ſeruus meus ſit, non poteſt ille vel à me, vel ab alio actione vlla conueniri *leg. 4. leg. vix certis ex cauſis 51. De iudic.* ſed etiam quia non poteſt fugitiuus, meus eſſe adeò mihi ignotus, vt ei ipſi dem pecuniam ad fugitiuum indicandum. DEC. Facit turpiter, qui cùm ipſe fur ſit, vel furis aut fugitiui ſocius, pecuniam tamen accipit ad furem indicandum. Hoc ipſo enim facit furtum huius pecuniæ, ideóque & eius nomine tenetur condictione non illa ob turpem cauſam, ſed furtiua quæ cum aliis condictionibus nunquam concurrit, vt ſæpiùs monuimus. In aliis enim condictionibus is qui agit, fatetur ſe dominum non eſſe, ſed aduerſarium, in furtiua verò dicit & probare debet ſe eſſe dominum. *lege prima de condictione furt.* Et ita locus hîc meo iudicio intelligendus eſt. Neſcio autem cur Accurſius hîc adferat *l. in metum 9. §. licèt ſupr. Quod metus cauſa, & leg. ſi per impreſſionem penultimam Codice eodem*, cùm iis locis nulla condictionis, ſiue furtiuę, ſiue alterius mentio fiat.

5. IVLIANVS libro 3. ad Vrſeium Ferocem.

SI à ſeruo meo pecuniam quis accepiſſet, ne furtum ab eo factum indicaret, ſiue indicaſſet, ſiue non, repetitionem fore eius pecuniæ, Proculus reſpondit.

*Ad l. Si à ſeruo 5.*

RAT. DVB. & DECIS. eadem eſt quæ ad §. vlt. legis præcedentis. Eadem enim vtriuſque loci ſpecies & ſententia eſt. Eſt ergo hæc quoque lex intelligenda de condictione furtina, non de rei vindicatione, vt malè putat Accurſius, & eum ſecutus Bartolus, non magis quàm de condictione ob turpem cauſam. Ideóque nec adhibenda diſtinctio eſt, an extet pecunia, an verò conſumpta ſit, quamuis ſi malim ego agere vindicatione, quia dominium nummorum quos ſeruus meus dedit, penes me remanſit, & poteſt vindicatio etiam cum furtiua condictione odio furis concurrere. *§. ſic itaque Inſtitut. De action.* pecuniam extare neceſſe eſt. Vindicari enim niſi res quæ extat non poteſt, ſed ſi conſumpta ſit, ſola ſupereſt condictio furtiua, quæ non curat, an furtiua res extet, an non: *leg. ſi pro fure 7. §. vltimo infrà de condictione furtiua*, quia nec inquirit, an is qui conuenitur, poſſeſſor ſit rei furtiuæ necne *§. vltimo Inſtitutionum de obligatione quæ ex delicto naſcitur.*

6. VLPIANVS libro 18. ad Sabinum.

PErpetuò Sabinus probauit veterum opinionem exiſtimantium id, quod ex iniuſta cauſa apud aliquem ſit, poſſe condici: in qua ſententia etiam Celſus eſt.

*Ad l. Perpetuò 6.*

Pertinet hæc lex ad ſecundam partem Rubricæ quæ eſt de condictione ob iniuſtam cauſam: differt enim cauſa iniuſta ab ea quę turpis eſt, licèt Accurſius & Bartolus putent pro eodem poni in hoc titulo. Nam omnis quidem cauſa turpis iniuſta eſt, id eſt, contra ius, cuius ſcilicet primum præceptum eſt honeſtè viuere: ſed non è conuerſo, omnis cauſa iniuſta, turpis eſt, cùm ex aliis pleriſque cauſis poſſit quid iniuſtum eſſe, quàm quia ſit contra bonos mores vel publicam honeſtatem. Cauſa iniuſta generalior eſt, & latiùs patet quàm turpis. Quare non eſt, quod cum Bartolo dicas eſſe hanc legem intelligendam ſecundùm præcedentes, & adhibita diſtinctione, an turpitudo ſit ex parte ſolius dantis, an ex parte ſolius accipientis, an

ex parte vtriuſque. Locus enim eſt huic diſtinctioni, cùm agitur de danda vel deneganda condictione ob turpem cauſam, non etiam cùm de condictione ob iniuſtam cauſam. Quod verò addit Bartolus de lege præcedente adhuc ineptius eſt, nec enim agitur in ea de condictione ob turpem, vel ob iniuſtam cauſam, ſed de furtiua ſola, vt docuimus & ad *§. vlt. l. 4. ſupr.* RAT. DVB. Imputare ſibi debet quiſquis rem ſuam alij dedit, eiúſque dominium tranſtulit, quamuis ex iniuſta cauſa, præſertim ſi non ſit ex iis perſonis, quibus ignorare ius permittitur de quibus in *l. regula 9. de iur. & fact. ignor.* potuit enim & debuit conſulere peritiores *d. l. regula §. pen.* vbi non tam errantes quàm ſtulti dicuntur ij qui in iure errant *l. in bonorum 10. infr. de bonor. poſſ.* & cautius negotiari, ſibíque melius proſpicere *l. 2. Cod. de furt.* nec facilè ferendum eſt, vt quis veniat contra factum ſuum etiam quod iure non teneat *l. poſt mortem 25. ſupr. de adopt.* Non eſt igitur ei danda condictio, ſi modò nihil factum ſit turpiter & contra bonos mores. DAO. Non tam ciuili quàm gentium iure ita comparatum eſt, vt condici poſſint res quæ penes aliquem ſunt, non ex iuſta cauſa, vt ſcriptum eſt in *l. rerum 25. infr. Rer. amot. l. ſi pignore 22. §. ſi prædo infr. de pignor. action.* vbi tamen legendum eſt addita negatione *non proderit igitur*, vt ibi dicemus & docuimus iam in libris Coniecturarum. Multo magis eæ quæ penes aliquem ſunt ex non iuſta cauſa. Grauius enim & peius eſt poſſideri quid ex non iuſta, ſeu quod idem eſt, ex iniuſta cauſa, quàm non ex iuſta. Hoc enim ſimplex abnutiuum eſt, vt Paulus loquitur in *l. inter ſtipulantem 83. in princip. de verb. oblig.* illud verò quid poſitiuum. Et ratio huius condictionis tota eſt ex bono & æquo, ne quis ex aliena iactura locupletetur, quod eſſet contra ius naturæ *l. nam hoc natura 14. l. hæc condictio 66. de condict. indeb. l. iure naturæ 206. de regul. iur.* eáque condictionum omnium generalis ratio eſt, vt diximus ad *Tit. de condict. ob cauſ. dat.* ſunt enim omnes ex bono & æquo *dict. leg. hæc condictio*, ideóque naturales dicuntur, *leg. indebiti 15. eod.* id eſt, naturali æquitate & ratione comparatæ, licèt ſint omnes iuris ciuilis. Eáque fuit & veterum omnium prudentum, & recentiorum perpetua ſententia, vt Vlpianus ex Sabino & Celſo hîc refert, id eſt, quæ neminem habuit contradicentem. Diſtinguit tamen Accurſius, nec malè, an dominus ipſe rem ſuam ex iniuſta cauſa dederit, an alius alienam. Priore ſiquidem caſu condictio hæc competit ei qui fuit dominus, quia rem quæ ſua eſſe deſiit, vindicare amplius non poteſt quamuis extet *l. in rem 23. & paſſ. ſupr. de rei vindic. l. Quintus 27. §. argento infr. de aur. & argent. legat.* At ſi quis alienam rem ex iniuſta cauſa etiam quaſi ſuam tradiderit, non poteſt condicere rem, cuius dominus nunquam fuit *l. videamus 38. §. ſi actionem infr. de vſur.* Sed vindicatio domino danda eſt quandiu res extat, & eius poſſeſſor certus eſt, ſi verò conſumpta ſit, danda erit illi condictio aduerſus eum qui conſumpſit ſiue bona, ſiue mala fide conſumpſerit, ſi modò cauſam habuerit lucratiuam, non etiamſi oneroſam ex *l. ſi eum ſeruum 23.* vbi diximus *ſup. de rebus creditis.*

7. POMPONIVS libro 22. ad Sabinum.

EX ea ſtipulatione, quæ per vim extorta eſt, ſi exacta eſſet pecunia: repetitionem eſſe conſtat.

*Ad l. Ex ea ſtipulatione 7.*

RAT. DVB. Quod per metum vel per vim promiſſum eſt, atque ita malo more ac turpiter ex parte ſtipulantis, poteſt tamen liberè poſtea & ſpõte ſolui, ſi modò is qui ſoluit, in ipſa etiam ſolutione vim & metum paſſus non ſit: ſolutio enim ſubſequens purgat metum & turpitudinem præcedentem *l. 2. C. de eo quod met. cauſ.* Ergo non eſt bona conſecutio, vt ſi ſtipulatio & promiſſio per vim extorta ſit, & ſolutio poſtmodum ſecuta ex ea ſtipulatione condictionem ſolutæ pecuniæ dari oporteat: ſolutionis enim tempus potius quàm promiſſionis inſpiciendum eſt, cùm quæritur non de exactione eius quod per vim promiſſum eſt, ſed de condictione ſoluti *l. prox. infr.* DEC. Solutio quidem ſpontanea ab eo facta qui etiam per vim & metum promittere coactus fuerat, purgat vim, & metum & turpitudinem præcedentem *d. l. 2. C. de eo quod met. cauſ. & d. l. prox. infr.* quamuis ſolutio videatur fieri in cõſequentiam præcedentis obligationis, quo caſu ſolemus dicere tempus obligationis ſpectandum eſſe *l. 1. infr. qui potior in pignor. hab.* & initium contractus *l. non tantùm 12. infr. de SC. Maced.* quia nimirum quod ab initio fuit inuoluntarium, ex poſtfacto fieri poteſt voluntarium. At cùm ex ſtipulatione per vim extorta ſtipulator agit, & pecuniam eo modo extorquet & exigit, ſolutio non poteſt dici ſpontanea, ſed coacta. Poteſt enim quis ſoluere equidem ſponte, & vltro, ſed non exigitur quiſquam niſi inuitus, ſicut nec agitur, nec iudicium redditur niſi contra inuitum qui nõ vult ſponte ſoluere, *l. ſi rem 73. ſupr. de procurat. l. ſi debitori 21. ſupr. de iudic. l. inter ſtipulantem 83. § 1. de verb. oblig. l. 2. in fin. Cod. ne filius pro patre* cùm actiones non niſi contra perfidos iure ciuili comparatæ ſint, vt ait Theophilus in *Inſt. Tit. de action.* Proinde non poteſt ſolutio, quæ extorquetur per viam exactionis purgare metum, qui in ipſa ſtipulatione interuenit, quandoquidem fit in conſequentiam actionis & ex neceſſitate obligationis, quæ nihil aliud eſt, quàm iuris vinculum quo neceſſitate aſtringimur ſoluendi *l. nihil aliud 51. de oblig. & action.* non ex noua aliqua & libera voluntate. Dices eum qui ex ſtipulatione per vim aut metum extorta conuenitur, poſſe ſe per metus exceptionem defendere *leg. 4. §. vltim. de doli mal. & met. except.* atque ita inefficacem actionem conſtituere: propterea videri eum donare, ſi ſciens remittat exceptionem qua vti potuiſſet ſi voluiſſet *arg. leg. ſi quis delegauerit 12. infr. de nouat.* & conſequenter ea ratione purgari metum. Quamuis enim non tam animo donandi quàm odio & execratione litium maluerit ſoluere quàm litigare, hoc ipſum tamen imputare ſibi debet, quod tanti habuerit lite carere *l. 4. §. 1. ſupr. de alienat. iudic. mut. cauſ. fact.* quia hoc maluiſſe videtur, vt in *l. ſi patre cogente 22. de rit. nupt.* Sed dicendum eſt, metum qui in ſtipulatione interuenit, præſumi durare etiam in ſolutione, quæ nõ ſponte facta, ſed per actionem aut actionis paratæ metum exacta eſt, tanquam quæ

facta

facta ſit in conſequentiam præcedentis ſtipulationis, cùm metus coactionis ſit coactio, *l. nouiſſimè. 7. §. 1. quod falſ. tutor. author.* quamuis potuerit reus tueri ſe per exceptionem ſi voluiſſet. Neque neceſſe eſt, vt in ſoluendo quoque noua vis, vel nouus metus interuenerit, quomodo præſupponere videtur Accurſius, cùm ſufficiat priorem durare vim nec purgatam eſſe aut metum. Sola ergo ſpontanea ſolutio metum hunc purgare poteſt, ideóque probare debet is qui vim aut metum intulit, ſubſecutam fuiſſe ſponte ſolutionem. Et ita accipiendum puto quod ſcriptum eſt in *d. l. 2. C. de his quæ vi metúſve cauſ.* cuius non illa ſententia eſt quam plerique putant, & Bartolus hîc probat, vt non ſufficiat vim vel metũ probari interueniſſe in ipſa ſtipulatione niſi probetur etiam interueniſſe in ſolutione; ſed hæc potius, vt is qui iam ſoluit quod promiſit, non ſit credendus vi aut metu coactus fuiſſe ad promittendũ, niſi probet etiã vi aut metu adactum fuiſſe ad ſoluendum: ſolutio enim non vi extorta facit veriſimile, vt nec in promittendo adhibita vis vlla ſit vel metus. Cæterùm ſi probet ſe in promittendo paſſũ eſſe vim aut metum, ſufficiet ea probatio vt repetere poſſit, quòd poſtea ſoluerit, licèt Bartolus ad *leg. ſeq.* contra ſentiat, non quaſi præſumendum ſit in ſolutione quoq; vim interueniſſe: ſed quia ſufficiat vim aut metum ab initio interueniſſe vt ſolutio poſtmodum ſecuta, per vim quoque aut metum exacta eſſe intelligatur, tanquam quæ ſecuta ſit in conſequentiam violentæ vel meticuloſæ promiſſionis, *l. metum 9. §. ſed quod Prætor ſupr. quod met. cauſ. leg. damni 18. §. Sabini ſententia infr. de damn. infect. l. infrà qui potior in pignor. hab. leg. tertia §. ſcio ſupr. de minor. leg. tertia & quarta C. de his quæ vi met. cauſ.* ſicut è contrario ex vi quæ interuenerit in ſolutione inducitur præſũptio ꝙ interuenerit in ipſa quoq; promiſſione, vt in *d. l. 2. quæ hoc probat optimè C. eod.* Etſi enim non ſit promiſſio in conſequentiam ſolutionis, ſicuti ſit ſolutio in conſequentiam promiſſionis, ſed tanquam quid antecedens, ſunt tamen ſolutio & promiſſio actus correſpectiui, vt ex vno actu facilè de alio præſumi poſſit, quamuis ad repetendum id quod per metũ aut per vim ſolutum eſt, non ſit neceſſe vim vllam in promiſſione ſiue verè ſiue præſumptiuè interueniſſe, ſed ſufficiat ſolutionem per vim exactam eſſe. Nam neque id quod iuſtè debetur, per vim tamen exigendum eſt, *l. ſi miles 6. §. qui iudicati infr. de re iudic.* Et generaliter quod per metum aut per vim geſtũ eſt ratum haberi à Prætore nunquam oportet *dicto §. ſed quod prætor, & leg. ſi mulier 21. §. primo eodem titulo.* Spontaneã ergo ſolutionem probari neceſſe eſt ſolutam nimirum eſſe pecuniam vltrò à debitore, nõ exactam per creditorem, vt ſolutio purget vim quæ in promiſſione interuenit. Nam neque Bartolus negat ſufficere, vt prior metus duret præſumptiuè: puta ſi quis vrgeatur ex inſtrumento contra quòd nulla poſſit opponi exceptio, vel non niſi quædam exceptiones, inter quas hæc non ſit, cuiuſmodi ſunt pleraque ſtatuta de inſtrumentis, vt vocant, garentigiatis in Italia, aut ſi tyrannus compulerit me ad promittendum aliquid, & ſolutionis tempore adhuc tyrannis duret, aut ſi vis illata ſit vxori à marito ad contrahendum, aut quid aliud faciendũ, quod ipſa poſtea fecerit durante adhuc matrimonio licèt ex longo interuallo *arg. l. 1. §. quæ onerandæ inf. quar. rer. act. non dat. l. pen. infr. de furt. cap. 1. extr. quod met. cauſ. iunct. l. Fulcinius 7. §. quid ſit autem quibus ex cauſ. in poſſeſſio. eat.* Planè ſi cauſa metus finita ſit tempore ſolutionis, omnes conſentiunt non poſſe ſolutionem reuocari prætextu metus præcedentis; quod & Bartolus ad *leg. ſequentem* docet. Nec pugnat cum hac lege quod ſcriptum eſt in ſequenti, ſi ob turpem cauſam promiſeris Titio poſſe quidem te ſi petat, eum doli vel in factum exceptione ſummouere, ſed tamen ſi ſolueris nòn poſſe te repetere: quod ita accipiendum eſt, etiamſi ſponte ſolueris, vt dicemus: aliud enim eſt per vim promittere aliquid, aliud verò ob turpem cauſam. Poteſt ſiquidem aliquid promitti per vim, etiam quod honeſtam cauſam habeat, putà ſi quis cogatur per vim vt dotem mulieri conſtituat, aut vt quod debet, ſoluat *l. non eſt ſingulis 176. de regul. iur.* Cùm quid promiſſum eſt ob turpem cauſam, ſecuta ſolutio quantumlibet ſpontanea non purgat turpitudinem, quomodo vim purgat cùm promiſſionem nihil turpem facit, niſi quod per vim extorta ſit. Ideóque ſublata proxima cauſa ſtipulationis, quæ propter exceptionẽ inanis eſſet, priſtina cauſa ſupereſt, id eſt, turpitudo, quæ impedit repetitionem, vt Paulus in *l. ſeq.* ratiocinatur. At cùm aliquid ob honeſtam cauſam promiſſũ eſt, licèt adhibita vi vel metu facit ſpõtanea ſolutio, vt prior vis metúſve purgetur, nec proinde cauſa repetendi vlla amplius ſuperſit. Nec ſunt iſta confundenda, quomodo ab Accurſio & Bartolo ad *leg. ſeq.* confunduntur. Etſi enim turpiter facit qui vim aut metum infert, non ideò tamen ſtipulatur ob turpem cauſam, niſi addas fuiſſe vim adhibitam, vel metum, fortaſſe ad hoc, vt promitteres te daturum centum ad vim alicui faciendam, vel ad homicidium aut ſacrilegium committendum, aut quid aliud ſimile, quo tamen caſu turpitudo eſt ex parte tantùm ſtipulantis, non etiam ex parte promittentis, qui vim paſſus eſt: cùm tamen Paulus in *lege ſequenti* eum caſum tractet quo ex parte vtriuſque verſetur turpitudo. Iam ergo ad Paulum veniamus.

8. Pavlvs lib. 3. Quæſtionum.

SI ob turpem cauſam promiſeris Titio: quamuis, ſi petat, exceptione doli mali, vel in factum ſummouere eum poſſis: tamen, ſi ſolueris, non poſſe te repetere: quoniam ſublata proxima cauſa ſtipulationis, quæ propter exceptionem inanis eſſet, priſtina cauſa, id eſt, turpitudo, ſupereſſet: porrò autem ſi & dantis & accipientis turpis cauſa ſit, poſſeſſorem potiorem eſſe, & ideò repetitionem ceſſare, tametſi ex ſtipulatione ſolutum ſit.

*Ad l. Si ob turpem 8.*

RAT. DVB. Is qui exceptione perpetua tutus fuit, ſi ſoluat, poteſt repetere, dummodo fauorabilis exceptio ſit, non odioſa *l. qui exceptionem* 40. *infr. titul. prox.* parum enim refert, an quis nihil ipſo iure debeat, an exceptione aliqua tutus ſit, per quam actorem poſſit ſummouere *l. nihil intereſt* 112. *de regul. iur.* Atqui ſi ob turpem cauſam promiſeris Titio, etiam quæ ex parte tua turpis ſit, habes exceptionem doli, aut in factum, de qua poſteriore nemo dubitat, quin odioſa non ſit, quamuis de doli exceptione plerique vulgo contra ſentiant, vt ſcripſimus ad *l. qui ſe debere* 7. *ſupr. tit. prox.* Ergo ſi poſtea ſolueris, potes nihilominus repetere.

DEC. Quod promiſſum eſt ob turpem cauſam in qua turpitudo verſetur, etiam ex parte accipientis, non minus quàm ex parte dantis, ſicuti non ſolutum peti nõ poteſt ob exceptionem, quæ aduerſus agentem competit, & quæ ex ipſius agentis perſona æſtimari debet, vt in *l. miles* 36 § *veteranus infr. de teſtam milit.* ita ſolutum repeti nequit, quoniam ſublata cauſa ſtipulationis, quæ propter exceptionẽ inanis eſſet, ſi ex ea ageretur, priſtina & antiquior cauſa, id eſt, turpitudo ſupereſſet, vt Paulus hîc ratiocinatur: quomodo aliàs Vlpianus ſcribit, ſublata cauſa obligationis ſupereſſe cauſam pietatis in ſpecie *l. cùm is* 32. § *mulier infrà tit. prox.* Conſtat autem, quoties & dantis & accipiẽtis cauſa turpis eſt, poſſeſſorem eſſe potiorem *l. 1. ſupr. hoc tit. l. 2 C eod l. vlt. infr. de condict ſin. cauſ l. cùm par delictum* 5. *de reg. iur. l. procurator* 9 *infr de doli mali except.* vbi additur acceptam turpiter pecuniam iuſtius penes eum eſſe qui deceptus eſt, quàm penes eum qui decepit. Ergo verum eſt in propoſita ſpecie, cùm, vt ponimus, turpitudo ex vtraque parte interuenerit, ceſſare condictionem. Atque hic ſyllogiſmus eſt, quo vnico tota hæc lex concluditur. Ex quo apparet non eum caſum hîc tractari quo turpitudo ex parte accipientis tantùm verſetur, vt malè putat Accurſius, puta, inquit, vt rem ſibi commodatam reſtituat, vel furtũ aut iniuriam non faciat quaſi principium legis tractet de vno caſu, finis autem de alio, ſed quo verſetur ex vtraque parte turpitudo, vt verba legis poſtrema probant: nec proinde accommodatum eſt exemplum, quod Accurſius & Bartolus adferunt de eo qui per vim compulit me ad aliquid promittẽdum. Quoties enim aliquid per vim geſtum fuit, nunquam fieri poteſt, vt ex parte illius qui vim aut metum patitur, aliqua turpitudo interueniat, ſed tantùm ex parte eius, qui vim aut metum infert. Quare & in eo qui vim aut metũ paſſus eſt ad promittendum, ſi poſtea ſoluerit, diſtinguimus an ſpõte ſoluerit, an coactus & exactus, at non ſimiliter in eo qui ob turpem aliquam cauſam promiſit. Spontanea namque ſolutio ſolam vim & metum præcedentem purgat, non etiam turpitudinem aliam quamlibet, vt diximus ad legem ſuperiorem, ex illa ipſa lege, *iunct. l. 2. C. de his quæ vi metúſve cauſ.* non adſto cum Accurſio *niſi acerrimus error interueniat, vel lubricum ætatis ex l. qui contra* 4. *C de inceſt. nupt.* Pertinet enim illa exceptio ad ea tantùm, quæ non natura, & per ſe turpia ſunt, in quibus errare aut decipi nemo poteſt, ſed ob id tantùm quòd ſint contra mandata & cõſtitutiones Principum, quas aut ſcire aut interpretari & exequi quomodo oportet, non ita cuique obuium eſt. Nec rurſum proxima cauſa ſtipulationis illa intelligenda eſt, quæ adhibita fuit ob hoc ipſum, vt ſtipulatio fieret, puta vis vel metus, quomodo malè Azo apud Accurſium interpretatur, ſed illa potius, quæ nulla etiam vi adhibita iuſtam plenámque faceret ſtipulationem, quam alioqui vacuam & inanem eſſe oporteret *l. 2. § circa infr. de doli mal. except. l. cùm enim* 7 *iunct. §. vl. l. præced. infr. de nouat.* Inanis enim & vacua eſt ſtipulatio, quę cauſam nullam habet, licèt in ea vis interuenerit, & viciſſim nulla quoque vi interueniente, non eo minus cauſam aliquam, eámque turpem habere poteſt ſtipulatio. In eóq; miror interpretes noſtros omnes hallucinatos eſſe, & proximam ſtipulationis cauſam intellexiſſe vim ad hoc adhibitam, vt promiſſor per ſtipulationem obligaretur. Fateor quod docet Accurſius, eſſe hæc tria diuerſa, quæ in huiuſmodi ſtipulatione interueniunt, cauſam, ſtipulationem, & ſolutionem: cauſam eſſe anteriorem ſtipulatione, & ſtipulationem ſolutione, ſed nego, quod idem addit, ſolutionem ſponte factam tollere effectum primæ, aut potius, vt loqui debuit, proximæ cauſæ ſtipulationis, id eſt, vt ille interpretatur, exceptionem quæ occaſione illius primæ cauſæ dabatur, nego proximam cauſam ſtipulationis eſſe vim vel metum, nego de exceptione metus intelligi poſſe verba illa *ſtipulationis quæ propter exceptionem inanis eſſet* quomodo intelligi neceſſariò deberent ſecundum interpretationem Accurſij, ſed de exceptione doli vel in factum, de qua actum eſt paullo antè: nego denique verba illa *quoniam ſublata proxima cauſa ſtipulationis* ſic accipi debere, quaſi deſigneor cauſam ſtipulationis, ne quidem eam quæ impediat, ne alioqui vacua & inanis ſit ſtipulatio, ſed accipienda eſſe dico de ſtipulatione ipſa, quæ cauſa eſt ſolutionis, & dixiſſe Paulum *cauſam ſtipulationis* pro *ſtipulatione* quemadmodum & Vlpianus *cauſam obligationis* pro *obligatione* in ſpecie *d. § mulier l. cùm is* 32. *infr tit. prox.* eſt enim ſolutionis cauſa ſtipulatio, cùm non alio iure nec alia de cauſa ſoluat promiſſor, quàm quia per ſtipulationem obligatus fuit, vt ex ipſa obligationis diffinitione apparet quam ponit *Inſtit. in tit. de oblig.* Senſus itaque Pauli eſt, ſublata vi ſtipulationis, per exceptionem doli vel in factum, quæ aduerſus agentem ex ſtipulatione obijci potuiſſet, ſolere quidem ideò competere repetitionem ex *regul. d. l. qui exceptionem* 40 *infr. titul. prox.* quaſi ſolutum ſit, nulla præcedente ſtipulatione (quid enim refert an nulla ſtipulatio præceſſerit, an talis quæ per exceptionem elidi poſſit?) Sed in propoſito, tamen non idem dici poſſe, quoniam ſublata cauſa proxima retentionis, & quæ ſoluti condictionem impedire debuiſſet, ſi nulla exceptio ſtipulationi obijci potuiſſet, ſupereſt cauſa turpitudinis, quæ impedit repetitionem. Habet ergo poſſeſſor retentionem ex cauſa turpitudinis, qui nullam habere poſſet ex cauſa ſtipulationis. Nec ad rem pertinet, quod ex cauſa ſtipulationis ſolutum fuit, vt proinde ceſſante cauſa ſtipulationis nihil iam ſupereſſe videatur, quod debeat impedire condictionem. Hic enim ſenſus eſt poſtremorum verborum huius legis *tametſi ex ſtipulatione ſolutum ſit* quibus verbis inſinuat Paulus rationem dubitandi ex eo petitam, quòd non poſſit negari factam eſſe ſolutionem ex ſtipulatione, ac proinde ſolutum fuiſſe indebitum, quia non dicitur debitum, quod vel ex inutili vel ex inani ſtipulatione ſolutum eſt. Quidni ergo repeteretur ſaltem per condictionem indebiti ex *reg. d. l. qui exceptionem* ſi non

poſſit

poſſit per condictionem ob turpem cauſam? Cauſa enim & neceſſitas ſoluendi non turpitudo fuit, ſed ſtipulatio, nam reſpondendum eſt, ſolutionem quidem factam eſſe ex ſtipulatione, quæ ſi non prorſus inutilis ſaltem inanis fuit, propter exceptionem doli vel in factum: ſed huic ſtipulationi adeò ineſſe turpitudinem ex vtraque parte, vt non poſſit turpitudo à ſtipulatione ſeparari, ita vt non magis verum ſit, ſolutum fuiſſe ex inani ſtipulatione, quàm ſolutum fuiſſe ex turpi. non enim ſicut exceptio doli vel in factum, inanem reddit ſtipulationem, ita facit eam honeſtam, quę ab initio turpis fuit: imò verò turpitudo illa eſt, quæ promiſſori dat exceptionem, ſtipulatio ſiquidem actionem præbet ſtipulatori, turpitudo autem exceptionem promiſſori, & quidem doli vel in factum, quæ ſubſidiaria eſt exceptionis doli *l. 4. §. aduerſus infr. de doli mali exception.* quia dolo facit qui ex turpi ſtipulatione aliquid cõſequi velit, & contra publicam honeſtatem: ex ſtipulatione, inquam, non quæ turpem illam cauſam verbis expreſſis contineat (generaliter enim tales ſtipulationes ipſo iure nullius momẽti ſunt, vt proinde agi ex iis non poſſit, & conſequenter ad eas elidendas nulla ſit exceptio neceſſaria *leg. generaliter 26. & ſeq. infr. de verb. oblig.*) ſed quæ nullâ expreſsâ causâ, attamen facta ſit ob turpem cauſam, quæ ſecunda longéque verior Bartoli ad hanc legẽ interpretatio eſt, vt Accurſium noſtrum aduerſus Vltramontanos defendat. Expreſſa enim nocent, quæ non expreſſa non nocent, vt habet iuris regula, quomodo etiam in ſententiis ſolemus diſtinguere, cùm quærimus, an ipſo iure teneant, cùm per errorem latæ ſunt, & contra rigorem, aut potius vigorẽ iuris, vt appellari ab iis neceſſe ſit, an verò etiam ſine appellatione reſcindantur, vtrum errorem expreſſum contineant, an non expreſſum *leg. ſi expreſſim 19. infra de appellat.* Nihil enim vetat ſtipulationẽ, nulla etiam cauſa expreſſa fieri, & ex ea competere actionem ipſo iure *leg. 2. §. circa de doli mali except.* & tamen ſtipulationi ineſſe, ac ſubeſſe cauſam aliquam turpem, quæ non tantùm præbeat promiſſori exceptionem doli, ſi ex ea ſtipulatione conueniatur: quod contingeret, ſi ſtipulatio facta eſſet ſine cauſa *d. §. circa*, ſed etiam ſtipulatori retentionem, ſi promiſſor tam ſtultus fuerit, vt ei ſoluerit, ſiue ſponte, ſiue coactus, omiſſa per errorem fortè aut imperitiam exceptione doli vel in factum quã opponere potuiſſet, quod enim nulla neque honeſta, neque turpis cauſa ſtipulationis eſt, exceptionem doli, vel in factum tribuere promiſſori poteſt: at quod cauſa quæ ſubeſt, turpis ſit, præbet etiam ſtipulatori retentionem, non quaſi ex ſtipulatione turpi naſcatur obligatio aliqua naturalis, quæ poſſit parere ius retentionis (repugnat enim hoc æquitati naturali, ex qua potiſſimum æſtimatur naturalis obligatio *leg. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis infr. de ſolut.*) ſed quia multo eſſet turpius dare propter turpitudinem, quæ ex parte quoque agentis verſaretur, condictionem ſoluti ei qui communem turpitudinem allegare nõ poſſet, quin propriã allegaret: ideóque nemine valente agere & condicere, neceſſe omnino eſt, id quod ſolutum fuit, remanere penes poſſidentem occaſione magis, quàm iure, vt pluribus docuimus ad *l. 3. ſupr. hoc tit. arg. l. 2. infr. de rvuis.* Obiicit Bartolus, ſpoliatum ante omnia eſſe reſtituendum ex *l. ſi quis à ſe fundum 7. Cod. ad leg. Iul. de vi public.* Ergo non eſſe audiendum eum, qui vim intulit, ſi aduerſus agentem actione quod metus cauſa, velit obiicere exceptionem ſpontaneæ ſolutionis. Et reſpõdet aliud eſſe, ſi quis agat interdicto aut alio remedio recuperandę poſſeſſionis, aliud verò ſi actione quod metus cauſa, nec minus inter hæc diſtare, quàm inter vim ablatiuam aut expulſiuam, vt ipſe loquitur, & compulſiuam quæ habet conſenſum & voluntatem, licet coactam eius, qui vim patitur *l. ſi mulier 21. §. vlt. ſupr. quod met. cauſ.* Sed parum accommodatè ad hanc legem, in qua, vt diximus, non tractatur de actione quod metus cauſa, nec de ſolutione per vim extorta, ſed de ſtipulatione ob turpem cauſam interpoſita, ex qua ſolutio poſtea ſponte ſecuta ſit. Debuerat que potius fieri hæc obiectio ad legem præcedentem, in qua agitur de ſolutione exacta ex ſtipulatione, quæ per vim fuerat extorta, ſicut & alia obiectio quam addit Bartolus ex *l. 3. & 4. C. quod met. cauſ.* vbi ex eo quod quis recipit precium rei per vim venditæ, non tamen purgatur vis aut metus, quam ille vocat turpitudinem, quaſi verò de ea turpitudine Paulus hîc loquatur, quod eſt ridiculum, vt ſuprà oſtendimus. Eodem pertinet, quod idem Bartolus quærit, quis debeat probare: an ille qui repetit, quòd tempore ſolutionis turpitudo ſubeſſet, an ille qui conuenitur quòd nõ ſubeſſet? In qua quæſtione diſtinguit, an actor fundet ſuam intentionem ex turpitudine adhibita in contractu ex parte aduerſarij, ſed quam aduerſarios idémque reus dicat ſublatam eſſe per ſpontaneam ſolutionem, aut per ſubſecutam ratihabitionem, vt eo caſu reus probare debeat, ex *cap. ſuper hoc. extr. de renunciat.* an verò actor fundet ſuam intentionem ex turpitudine, quæ interuenerit non tempore actus celebrati, contra quem venit, ſed tempore anteriori, vt puta, ſi quis dicat ſe promiſiſſe per vim & ſoluiſſe, vt hoc caſu non ſufficiat, probare vim interueniſſe tempore contractus, niſi probetur interueniſſe etiam tempore ſolutionis ex *l. 2. Cod. quod met. cauſ.* quaſi hæc ſit illius loci ſententia, quod ſimiliter à nobis refutatum eſt ad legem ſuperiorem.

9. IDEM lib. 5. ad Plautium.

SI veſtimenta vtenda tibi commodauero, deinde pretium, vt reciperem, dediſſem: condictione me rectè acturum, reſponſum eſt. quamuis enim propter rem datum ſit, & cauſa ſecuta ſit: tamen turpiter datum eſt.

*Ad l. vlt. Si veſtimenta vtenda.*

RAT. DVB. Si cùm veſtimenta tibi vtenda commodaſſem, dederim tibi precium, vt ea reciperem, negari non poteſt quin pecuniam dederim ob rem & cauſam, nec rurſus quin res illa & cauſa ſecuta ſit, cùm ponamus te veſtimenta mihi reddidiſſe, ergo condictioni huius pecuniæ locus eſſe non poteſt. *Tot. tit. ſupr. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſecut.* Dac. Qui pecuniam accipit, vt id faciat, quod etiam nulla data pecunia gratis ex officio ſuo & iure facerę

deberet, turpiter accipit, vel ob hoc ipſum quod accipiendo pecuniam demonſtrat, non aliter ſe facturum fuiſſe, potentior enim eſſe debet per ſe authoritas legum, quàm vt pecuniæ adminiculo aliquo indigeat. Atquin is qui commodatum accepit, ad hoc obligatus eſt & naturali & ciuili iure, vt commodatum finito vſu reddat commodatori, alioqui perfidiæ, id eſt, fidei ruptæ crimen incurrit, tenetúrque eo nomine quanti actor in litem iurauerit *l.3.§.in hac infr. Commod. l. ei apud quem 5. infr. depoſit.* Ergo turpiter pecuniam accipis, qui accipis à me, vt reddas mihi commodatum, ſicut & qui accipit, ne furtum, aut homicidium, aut aliud maleficium faciat *l.1.§ vlt. & l.2. ſupr. hoc tit.* Proinde quamuis non poſſit locus eſſe condictioni ob cauſam dati cauſa non ſecuta, de qua dictum eſt in *tit. præcedente.* competit tamen condictio ob turpem cauſam, quia turpitudo hic nulla verſatur ex parte dantis, ſed ex parte ſolius accipientis, quomodo Accurſius verba illa *tamen turpiter datum eſt* bene interpretatur, vt *datum* Paulus dixerit pro *acceptum*. Nec ad rem pertinet, quod ad repetendam hanc pecuniam etiam actio competit ex contractu, qui & nominatus eſt, & bonæ fidei, vt conſtat ex *§.prox. & l.3. infr. de doli mali except. leg. ſi tutor 13. infrà de tutel. & ration. diſtract.* Non enim poteſt ea res impedire condictionem, ne alioqui eueniat, vt deterioris condicionis ſit contractus, qui bonæ fidei eſt, ob id ſolum quòd ſit bonæ fidei: nam & ſimiliter videmus actionem præſcriptis verbis, quæ naſci ſolet ex pacto inconrinenti appoſito, poſt contractum ſtricti iuris *leg. vltim. Cod. de rer. permut. l. ſi dominus 8. de præſcrip. verb. infr. l. legem 9. l. cùm res 22. Cod. de donat.* competere etiam ex pacto appoſito in contractu bonæ fidei *l.2. Cod. de pact. int. empt. & vend. t.* licèt actio quoque ex contractu ipſo hoc caſu competat, vt eadem lex ait. Itaque explodendi ſunt, qui apud Accurſium defendunt intelligendam eſſe legem hanc non de vero commodato, ſed de precario, ex quo ciuilis actio nulla naſcitur *leg. interdictum 14. infr. de precar.* Eſt igitur ſeparanda hac parte condictio ob cauſam dati cauſa non ſecuta, à condictione ob turpem cauſam, vt benè notat Accurſius. Nam prior illa condictio nunquam poteſt concurrere, cum actione bonæ fidei, cùm naſcatur ex contractu innominato, contractus autem omnes innominati ſint ſtricti iuris: at condictio ob turpem cauſam facile poteſt concurrere cum actione bonæ fidei, quia non eſt ex bona fide, vt quicquam fiat turpiter *leg. ſi verò non remunerandi 12. §. ſi adoleſcens infrà leg. creditor 60. paragrapho vltim. Mandat.*

1 ¶ Si ob rem locatam tibi, vel venditam à te, vel mandatam, vt redderes, pecuniam acceperis: habebo tecum ex locato, vel vendito, vel mandati actionem. quòd ſi, vt id, quod ex teſtamento, vel ex ſtipulatu debebas, redderes mihi, pecuniam tibi dederim: condictio duntaxat pecuniæ datæ eo nomine erit. idémque & Pomponius ſcribit.

*Ad §. 1. Si ob rem.*

RAT. DVB. Ex contractu bonæ fidei nunquam ad hoc agitur, vt quod ab vno ex contrahentibus alteri datum eſt reddatur, ſed vt ni fiat, quod promiſſum eſt, quódque fieri debuit, id quod intereſt præſtetur *l. ea condicione 14. Cod. de reſcind. vendit.* Ergo ſi ob rem locatam tibi, vel à te venditam, vel mandatam, vt redderes pecuniam acceperis, non debeo habere contra te ex locato, vel ex vendito, vel mandati actionem, vt reddas pecuniam, ſed vt præſtes mihi quanti mea intereſt, præſertim cùm ſi pecuniam quam dedi habere malim, condicere illam poſſim. Sic enim hic §. rectè ab Accurſio, cæteríſque omnibus accipitur, vt in mea poteſtate ſit agere ad repetitionem pecuniæ, vel actione bonæ fidei ex contractu, vel condictione quæ ſtricti iuris actio eſt, vt hic §. cum initio legis conſentiat, vbi datur etiam condictio commodatori ad repetitionem pecuniæ datæ, vt commodatum redderetur, quamuis eo nomine competat etiam actio commodati, quæ bonæ fidei eſt, ſicut & actio depoſiti in ſpecie *l. vltim. infrà depoſ. iunct. l.2.§.1. ſuprà hoc titu.* DEC. Multum intereſt, an repetere quis velit actione bonæ fidei illud ipſum, quod ex contractu dedit, an verò quid aliud quod extra contractum, & ex poſtfacto dederit, vt contractus fides quæ gratis impleri debuerat, ab eo qui accepit impleretur: priore caſu, nunquam actio bonæ fidei datur ad repetitionem, extra caſum *l. cùm te 6. Cod. de pact. int. empt. & vendit.* quoniam ea ratione contractus conſtitueretur irritus, vt ait *dict. l. ea condicione.* atque ita in contractibus quoque nominatis locus pœnitentiæ induceretur, quod eſſet contra iuris regulam *l. ſicut 5. Cod. de oblig. & action.* Poſteriore verò caſu competit non ſolùm condictio ob turpem cauſam *dict. l.2.§.1. ſupr.* ſed etiam actio bonæ fidei ex contractu ipſo, quoniam pecunia illa non ex contractu data fuit, ſed potius contra ipſum contractum, ex quo præſtare mihi, & reddere vltro rem debueras, cuius reddendæ aut præſtandæ gratia, pecuniam habere à me per inſignem perfidiam, & contra bonam fidem voluiſti, porrò quod contra bonam fidem à me accepiſti, hoc abs te mihi reddi bonum & æquum eſt, id eſt, ex bona fide, ſummáque æquitate. Proinde venit ea præſtatio in actionem bonæ fidei, ſicut & cætera omnia, quæ ſunt ex bona fide, & æquitate *dict. l. vltim. iunct. l. bona fides 31. infr. depoſit. l. ex empto 11. §. vltim. l. bona fides 50. de action. empt.* etiam illa, de quibus neque actum, neque cogitatum videri poteſt, inquit Accurſius ex *leg. in bonæ fidei 7. infr. de eo quod cert. loc. & §.1. Inſtit. de oblig. quæ quaſi ex contr. naſcunt.* nec tamen ea res impedit condictionem ob turpem cauſam, quæ licèt ſtricti iuris ſit, attamen ex æquitate eſt, vt & cæteræ condictiones omnes, eóque magis, quod æquitati iuris nihil tam aduerſatur quàm turpitudo, propter primum iuris præceptum, quod in eo conſiſtit, vt honeſtè viuamus *leg. iuſtitia 10. §.1. ſupr. de inſtit. & iur.* Vnde eſt, quod publicam honeſtatem offendi nullo caſu ius noſtrum patitur *l. ſemper in coniunctionibus 42. infr. de rit. nupt. l. ſemper 197. iunct. leg. non omne 144. de regul. iur.*

Ergo

Ergo quemadmodum ſolemus dicere, exceptiones doli pacti, & alias omnes, quia ſunt omnes ex æquitate, ineſſe ipſo iure bonæ fidei iudiciis *leg. 3. infr. de reſcind. vendit. l. ſed ſi ideo 21. infr. ſolut. matrim. leg. huiuſmodi 84. §. qui ſeruum de legat. 1.* adeóque actiones de dolo *l. & eleganter 7. in princip. ſupr. de dolo l. ſi hominem 7. §. 1. infr. depoſit.* ita dicendum eſt, quod pauci obſeruant, etiam condictiones aduentitias, id eſt, non ex contractu ipſo deſcendentes, ſed ex facto aliquo extrinſeco, quod contra bonam fidem ſuperuenerit, iiſdem bonæ fidei iudiciis ineſſe, vt quod turpiter & contra bonam fidem factũ eſt, æquitate ipſius iudicij, quod bonæ fidei eſt, vindicetur. Quod in contractibus ſtricti iuris diuerſum eſt, in quibus nec dolus ipſe vindicari poteſt, niſi per oppoſitam doli exceptionem *§. in bonæ fidei Inſtit. de action.* itémque in arbitrariis *leg. ſumptus 48. ſuprà de rei vindicat. leg. Papinianus 14. ſupr. de public. in rem act.* Idque eſt quod Paulus noſter ex Pomponio hîc ſubiicit, ſi vt id quod mihi ex ſtipulatu, vel ex teſtamento debebas, præſtares mihi, pecuniam tibi dederim, condictionem duntaxat pecuniæ datæ eo nomine competituram, non etiam actionem ex ſtipulatu, aut ex teſtamento, nempe, quia actiones hæ ſtrictæ ſunt, nec minus actio ex teſtamẽto, quàm ex ſtipulatu, vt hic locus omnium optimè probat, *Iunct. l. aliàs 6.* vbi diximus *ſupr. de in lit. iur. leg. ſi heres 6. infr. de eo quod cert. loc.* quamuis in nonnullis imitetur actiones bonæ fidei, nimirum in fructibus & vſuris legatorum ac fideicommiſſorum ex die moræ præſtandis *l. in minorum 3. Cod. in quibus cauſ. non eſt neceſſ. in integr. reſtit. leg. ſi quis ſeruo 84. leg. Titia Seio 87. §. vſuras de legat. 2.* propter voluntatem ſcilicet teſtatoris, quæ non illa fuit, vt moram heres faceret præſtationi legatorum ac fideicommiſſorum *l. ſi cui legatum 92. in fin. de cond. & demonſtr. leg. in fideicommiſſaria 18. ad Senatuſconſultum Trebellianum*, nihil autem teſtator dixit, neque cogitauit de eo caſu, quo legatarius, vel fideicommiſſarius pecuniam heredi daret ad legatum, vel fideicommiſſum conſequendum, & ideò non poteſt actio ex teſtamento porrigi ad hanc pecuniam repetendam, ſicuti nec ad aliud quicquã quod legato vel fideicommiſſo non cõtineatur, & hoc eſt, quod dicimus, actionem aliquam ſtrictam eſſe & ſtricti iuris, non poſſe ſcilicet extendi ad aliud quicquam extrinſecum, & in contractu, vel in teſtamento non comprehenſum. Nam quemadmodum quicquid adſtringendæ obligationis eſt, id niſi palam verbis exprimatur, pro omiſſo habendum eſt *l. quicquid 99. de verborum obligationib.* ita neque ex teſtamento agi poteſt, niſi ad idipſum quod legatum vel fideicommiſſum eſt, ne alioquin eueniat, vt in re teſtatoris liberaliores ſimus ipſo teſtatore, quod eſſet ridiculum *l. debitor 59. in fine principij l. facta 6. §. ſi ſub cõditione infrà ad Senatuſconſultum Trebellianum.* Cæterùm quo caſu & condictio competit, & actio ex contractu bonæ fidei, longè commodius & vtilius eſt, agere iudicio bonæ fidei quàm cõdictione, propter incrementum vſurarum, quæ ex iudiciis bonæ fidei à die moræ præſtandæ ſunt *leg. mora 32. §. in bonæ fidei leg. vſura 34. & 36. infrà de vſur.* nunquam verò ex iudiciis ſtricti iuris, nec proinde ex condictionibus *leg. quoties 4. Cod. hoc titul. leg. 1. Cod. de condiction. indeb.* Ergo nec ſi detur condictio ei qui pecuniã heredi dedit, vt rem quæ ſibi teſtamento relicta eſt, acciperet: quoniam hæc pecunia licèt propter teſtamentum data ſit, non tamen per actionem ex teſtamento, ſed per condictionem repetitur: actio autem ex teſtamento ſola illa eſt, quæ intér ſtrictas omnes habet priuilegium, vt fructuum & vſurarum additamenta recipiat *d. l. 3. Cod. in quibus cauſ. non eſt neceſſ. in integr. reſtit.*

# DE CONDICTIONE INDEBITI.

## TIT. VI.

1. VLPIANVS libro 26. ad Edictum.

NVnc videndum de indebito ſoluto. Et quidem ſi quis indebitum ignorans ſoluit, per hanc actionem condicere poteſt. ſed ſi ſciens ſe non debere, ſoluit: ceſſat repetitio.

*Ad l. Nunc videndum 1.*

Elegans eſt, & per omnes ferè iuris noſtri partes diffuſus hic tractatus *De condictione indebiti*. Et quãuis debitorum ſiue perfidia, ſiue contumacia eò rem hodie deduxerit, vt vix tandem ſoluant, quod & naturaliter & ciuiliter debere ſe non ignorant, euenit tamen plerumque, vt de indebito ſoluto, & de indebiti condictione quęri oporteat. Meritò autem præfantur noſtri poſt Accurſium varias eſſe ſpecies indebiti, & Accurſius quidem tres conſtituit, ſed Bartolus quatuor. Prima ſpecies eorum eſt, quæ indebita quidem ſunt ciuiliter, ſed tamen debita naturaliter, cuiuſmodi ſine controuerſia ſunt ea, quæ nudo pacto promiſſa ſunt, aut quæ pupillus ſine tutoris ſui authoritate promiſit, vel accepit mutua, nec locupletior factus eſt *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de ſolut.* Secunda eſt eorum quæ è contrario indebita ſunt naturaliter, ſunt tamen debita ciuiliter, vt ſi quid ex nuda literarum obligatione debeatur, nec dum tempus præterierit intra quod proponi poteſt querela vel exceptio non numeratæ pecuniæ, quãuis non deſint, qui defendant obligari hunc & naturaliter & ciuiliter. Tertia ſpecies eſt eorum, quæ nec naturaliter, nec ciuiliter debentur, cuiuſmodi ſunt ea quæ vel nullomodo promiſſa fuerunt, vel non niſi ſub condicione *l. ſub condicione 16 infr. hoc tit.* Quarta & poſtrema, ſi Bartolo credimus, eorum quę debentur quidem & naturaliter, & ciuiliter, ſed tamen quorum petitio exceptione aliqua poteſt ſummoueri, de quibus in *l. qui exceptionem 40. inf eod.* Cùm igitur quatuor ſint ſpecies indebiti, quæſtio eſt, an generaliter verum ſit, quod Vlpianus in hac lege ſcribit, eum qui ignorans ſoluit indebitum, poſſe repetere, eum verò qui ſciens, non poſſe, aut ſi generaliter verum nõ eſt, ad quam ſpeciem ex ſupradictis, & quidem alij aliter ſentiunt, vt videre eſt in Bartoli commentariis, & longa ipſius pro Accurſio aduerſus Vltramõtanos diſputatione, ego puto quicquid Accurſius & Bartolus ſentiant, ſiue naturaliter tantùm ſiue ciuiliter tãtùm fuerit debitum, quod per errorem ſolutum eſt, nullum repetitioni locum eſſe poſſe, ſiue per iuris, ſiue per facti errorem ſolutũ eſſe proponatur, dum ne is ſoluerit, qui exceptione aliqua perpetua tutus fuit. Qui enim exceptione tutus eſt, aduerſus actionem ex obligatione & naturali & ciuili ſimul competentẽ, hoc ipſo deſinit obligatus videri & ciuiliter & naturaliter, cùm naturalis obligatio, quæ ſolo æquitatis vinculo ſuſtinetur, contrariæ æquitatis poteſtate diſſoluatur *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis infr. de ſolut.* & exceptiones omnes æquitate nitantur, & quidem ea æquitate quæ potentior ſit, quàm æquitas actionis: & verò de hoc tertio diſtinctionis huius mẽbro nemo dubitat, propter regulã *l. qui exceptionem 40. iunct. l. ſi non ſortem 26. §. indebitũ l. qui inuicem 30. l. cùm is 32. §. 1. infr. hoc titul.* niſi ſciens exceptionem perpetuã ſibi cõpetere vltro ſoluerit, aut promiſerit *l. ſi is qui perpetua 24. eod.* quia donaſſe & exceptionẽ remiſiſſe intelligitur *l. ſi quis delegauerit 11. infr. de nouat. l. indebitũ 9. C. hoc tit.* quod. n. quis ſciẽs ſe nõ debere ſoluit, licèt ea mente, vt repetat, repetere poſtea nunquã poteſt *l. quod quis 50. infr. hoc tit.* Excipiendæ tamen ſunt exceptiones illæ, quæ non tam ex æquitate negotij, aut, vt dicã melius, ex iniquitate actionis, quã ex cauſa aliqua extrinſeca proficiſcuntur, etſi enim eiuſmodi quoque exceptiones vim habent elidendæ actionis (alioqui exceptiones dicendæ non eſſent, ſi in eam rem non eſſent efficaces *l. 2. infr. de except.*) naturalẽ tamen obligationem non perimunt, quę quandiu ſubſiſtit, vtique impedit ſoluti repetitionẽ. Eius generis eſt exceptio rei iudicatæ, quæ competit vero debitori, etiamſi per ſordes, aut per imperitiam iudicis abſolutus ſit, non quod æquitas vlla faciat pro huiuſmodi iudicato, quod tam iniquum eſſe ponimus, ſed quia publicè intereſt, rem iudicatã pro veritate haberi, vt aliquis tandẽ ſit litium finis, tametſi per ſordes, aut pér gratiam, aut per errorem, & imperitiam iudicatum ſit *l. res iudicata 208. de regul. iur. l. ſeruo 65. §. cùm prætor ad S.C. Trebell. l. ſi fundus 16. §. ſi pluris inf. de pign. l. & ex diuerſo 35. §. 1. ſup. de rei vind.* Ideóque ſi debitor verus ſoluat ſiue pendente iudicio, ſiue poſt ſentẽtiam non repetit, quia naturaliter obligatus manet *l. Iulianus verum debitorem 60. inf. hoc tit.* Nec diſtinguo

cum

Digitized by Google

cum Bartolo, an iudex ideo debitorem abſoluerit, quòd non eſſet à creditore probatum, eum debere, aut quaſi nullomodo debere, aut tanquam ſi debitum contractum non eſſet, aut tanquam non debitum ſimpliciter, quod petebatur. Omni enim caſu verum eſt, ſupereſſe naturalē obligationem, quæ per erroneam iudicis ſententiam tolli nullomodo potuit *§. ſed naturalia Inſtit. de iure natur. gent. & ciuil. § vlt. Inſtit. de capit. demin.* cùm nec ciuilis tollatur ipſo iure, quippe quam ſaluam manere neceſſe eſt, ex cáque agi, vt exceptio rei iudicatæ locum habere poſſit *l. euidenter 16. & tot. tit. de excep. rei iud. d. l. ſi fundus 16. §. ſi plaris. de pign.* & ridiculum eſt, quod tentat probare Bartolus, actionem hanc produci ex ſola obligatione naturali remanente propterea, quod obligatio illa naturalis habuerit aliquando admixtam ſecū ab initio ciuilem. Quid. e. referre poteſt, an ab initio nulla fuerit ciuilis obligatio, an fuerit quidem ſed ex poſtfacto ſublata ſit? *arg. l. nihil refert. 4. infrà tit. prox.* Tum verò quid ſi iuſtè lata ſit ſententia, & fuerit abſolutus is, qui tanquam debitor vrgebatur, cùm verus debitor non eſſet, ſiue quòd nunquam debuiſſet, ſiue quòd per ſolutionem, aut acceptilationem, vel quo alio modo debere deſiiſſet? An eo minus fortaſſe poterit actor iterum agere de facto ſaltem, vt loquuntur, vt per exceptionem rei iudicatæ illum repelli neceſſe ſit? Et tamen nulla poteſt hîc ſubeſſe naturalis obligatio, quæ retineat actionem contra non verum debitorem. Supereſt igitur etiam poſt iudicatum eadem ciuilis actio, quæ antè competebat, aut inſtituta de facto fuerat, ſiue naturalis aliqua obligatio præceſſerit, ſiue nulla, quoniam ſententia non eſt modus tollendæ actionis, aut obligationis vllius, ideóque nec per rem iudicatam finirentur lites, niſi aduerſus eum, qui poſt iudicatum ex integro agere vellet, comparata in eam rem eſſet exceptio rei iudicatæ *leg. ſingulis 6. & paſſ. de except. rei iudic.* Denique exceptio rei iudicatæ nulla æquitate ſpeciali nititur, quæ afficiat naturam, & qualitatem negotij, quomodo afficiunt exceptiones doli, pacti, & aliæ, ſi quæ ſunt ſimiles, cùm perinde locum habeat, ſiue bene ſiue malè iudicatum ſit, *l. iudex poſteaquam 55. de re iudic.* adeò vt iudex, qui de principali cauſa malè pronuntiauit, cogatur etiam comperto errore, quod mirum eſt, de acceſſoriis quoque eodem errore pronuntiare *dict. l. & ex diuerſo 35. §. 1. ſupr. de rei vindic.* Eiuſdem generis eſt exceptio diuiſionis, quæ ex epiſtola Diui Hadriani datur fideiuſſoribus *leg. inter fideiuſſores 26. & ſeq. infr. de fideiuſſ. & duob. reis ex conſtitutione Iuſtinia. in Nouell. 99. de un. b. reis, vnde ſumpta eſt Authent. hoc ita Cod. ill. tit.* Itemque exceptio diſcuſſionis, quam idem Iuſtinianus dedit & fideiuſſoribus, & tertiis pignorum poſſeſſoribus *Nouell. 4. de fideiuſſ. vnde ſumpta eſt Authent. præſente Cod. eod. tit. & Authent. hoc ſi debitor Cod. de pignor.* Qui enim his exceptionibus tutus eſt, ſi ſoluat etiam ignorans, ſiue per iuris, ſiue per facti ignorantiā non repetit *leg. ſi teſtamento 49. § pen. infr. de fideiuſſ.* non quia exceptiones hæ ſint comparatæ ad rigorem iuris adiuuandum, vt malè putat Bartolus (ſunt enim potius comparatæ ad rigorem iuris æquitate ac moderatione quadam temperandum, cùm ex rigore iuris poſſit vnius ex fideiuſſoribus, & quilibet pignorum poſſeſſor à creditore rectà conueniri *leg. 5. Cod. eod. leg. diſtractis 14. Cod. de pignor.*) ſed quia non faciunt quantitatem indebitam, quomodo eleganter Papinianus noſter ratiocinatur in *dict. leg. ſi teſtamento § penult.* in illis verbis, *& vtilior eſt vtroque caſu illa ſententia, ſolutionem non indebitæ quantitatis non debere reuocari*, neque ad huiuſmodi exceptiones pertinet illa iuris regula, quæ habet, nihil referre, an quis ipſo iure non debeat, an habeat exceptionem, *leg. nihil intereſt 112. iunct. leg. non videtur 13. leg. Marcellus 66. de regul. iuris. & l. eleganter 7. §. ſeruus ſupr. de dolo.* Sunt enim exceptiones iſtæ ordinis tantùm, non etiam iuris, id eſt, quæ ius & qualitatem actionis afficiant, & dilatoriæ tantùm ſunt, non peremptoriæ, cùm non perimant negotium, ſed retardent ſolùm, & differant exactionem: denique temporales non perpetuæ, quales eſſe oportet eas, quæ poſſint parere condictionem *dict. leg. ſi non ſortem 26. §. indebitam dict. leg. qui exceptionem infr.* Illæ namque demum poſſunt parere condictionem indebiti per quas fiat, vt in effectu nihil deberi intelligatur, &, vt Papiniani verbo vtar, quæ faciunt rem indebitam: de quarum tamen numero excipiendæ ſunt etiam eæ, quæ licèt actionem in totum excludant, odio tamen creditoris potiùs quàm fauore rei comparatæ ſunt à iure ciuili, nec tam naturali quàm ciuili æquitate, cuiuſmodi eſt exceptio Senatuſconſulti Macedoniani *dict. leg. qui exceptionem* Hæc enim, & ſi quæ aliæ huiuſmodi, quia non tam æquitate propria, quàm odio creditoris nituntur, non tollunt obligationem naturalem, ideóque nec pariunt repetitionem ſoluti *leg. quia naturalis 10. iunct. § vltim. legis præcedentis infr. de Senatuſconſulto Macedoniano.* Neſcio autem cur Bartolus tractet hîc de exceptionibus litis pendentis, aut vt pragmatici loquuntur, litis pendentiæ, aut fori incompetentis, tanquam de exceptionibus inductis ad rigorem iuris conſeruandum, præſertim cùm circa eas non poſſit occurrere quæſtio de condictione indebiti, niſi ponas ſolutum fuiſſe id, de quo lis pendebat, quo tamen caſu certum eſſet, ſi id quod ſolutum eſſet, debitum fuiſſet, non poſſe locum eſſe condictioni indebiti *dict. leg. Iulianus verum debitorum 60. infr. hoc* tit. nempe quia exceptiones iſtæ non faciunt indebitam rem, quæ petita eſt, & vt addit Bartolus, non reſpiciunt obligationem neque actionem, ſed duntaxat conueniendi modum & facultatem. Et certè ſi qua exceptio ſit, quæ inducta dici poſſit, ad conſeruandum iuris rigorem, ea maximè eſt exceptio rei iudicatæ, licet Bartolus contradicat, quandoquidem non aliam rationem habet illa exceptio, quàm quia publicè intersit ad finiendas lites, & diſcordias, quæ ex litibus naſcuntur, ſanctam eſſe & inuiolabilem rerum etiam malè iudicatarum authoritatem *d. §. cùm Prætor leg. 1. 2. & paſſ. Cod. de iudic.* Nec poteſt defendi, quod mauult Bartolus, ponendam eſſe hanc exceptionem inter eas, quæ faciunt rem indebitam ciuiliter, & debitam naturaliter, cùm res iudicata non magis poſſit ciuilem obligationem tollere, quàm naturalem, ſecundum ea quæ ſuprà diſputauimus. Igitur extra illos caſus, in quibus diximus rem fieri & naturaliter, & ciuiliter indebitam, per exceptionem, & extra ſupradictas diſtinctiones, dico id quod naturaliter tantùm, aut etiam ciuiliter tantùm debitum fuit, ſi ſolutum ſit etiam per errorem ſiue iuris, ſiue facti non poſſe repeti, niſi cùm perſona facit locum repetitioni, vt cōtingit in pupillo ſoluente ſine tutoris authoritate, id quod etiam naturaliter & ciuiliter debeat *l. in-*

*terdum* 19. *infr. hoc tit.* vbi additur exemplum aliud de eo cui bonis interdictum eſt, quod generaliùs obtinet in iis omnibus, qui alienandi ius non habet, ex ratione poſita in *l. quod ſi fortè* 14. *§ vlt. infr. de ſolut. & §. vlt. Inſtit. quib. alien. licet vel non.* & quidem in ea re, quæ naturaliter tantùm fuit debita, longè minorem dubitationem res habet, vt condictioni indebiti locus eſſe non poſſit, cùm non poſſit dici omninò indebitum, quod ſaltem naturaliter debitum fuit, iſque præcipuus effectus ſit naturalis obligationis, vt impediat ſoluti repetitionem *d. l. naturales* 10. *infr. de oblig. & action. l. fideiuſſor* 16. *§. naturales de fideiuſſ. l. naturaliter* 13. *& ſeq. l. ſi non ſortem* 26. *§ libertus in fin. l. frater à fratre* 38 *in princip & §* 1. *& d. l. Iulianus* 60. *infr. hoc tit. l.* 3. *in fin. ſupr. quod quiſq. iur.* Is porrò natura debet, quem iure gentium dare oportet, ſiue eius fidem ſecuti ſimus, vt in *l. cùm amplius* 84. *§ is natura debet de regul. iur.* ſiue nulla fide data, nec intercedente aliqua conuentione, ſola æquitas iuris gentium obligationem inducat, vt euenit in eo, cuius abſentis, adeóque pupilli, vel furioſi negotia vtiliter geſta ſunt, quem conſtat non tantùm naturaliter obligari, ſed etiam ciuiliter, ſicut & quoties ex re actio venit *l.* 1. *&* 2. *&* 3. *§ pupillus l. ſi pupilli* 6. *ſupr. de negot. geſt. l. furioſus* 46. *infr. de oblig. & action.* ne quis fortè putet, quod quidam crediderunt, contra quos Bartolus diſputat, nullam eſſe obligationem naturalem, niſi quæ ex conſenſu naſcatur, neque quod ſolutio debiti naturalis per errorem, ſiue facti, ſiue iuris facta ſit, condictionem parere poteſt: ſicut enim condictionem non illud parit, quòd is qui ſoluit nollet ſoluiſſe, ſed quòd indebitum ſoluerit, ita neque retentionem debiti naturalis impedire illud poteſt, quòd ſolutio facta ſit ab errante, qui non ſoluiſſet, ſi non erraſſet, cùm error ille facere nequeat, vt indebitum ſit, quod ſolutum eſt, quodque fuit re vera debitum iure naturali & gentium, eo tempore quo ſoluebatur. Denique tum demum quæſtioni locus eſt, an quod per errorem ſiue iuris, ſiue facti ſolutum eſt, repeti poſſit, cùm verè fuit omninò indebitum, quod per errorem ſolutum eſt, non etiam ſi debitum quoquomodo fuit, ſiue naturaliter tantùm, ſiue tantùm ciuiliter. Itaque non poſſum probare diſtinctionem illam, quam ſuprà diximus Accurſij, & Bartoli, vtrum quid indebitum ſit ciuiliter tantùm, non etiam naturaliter, an verò naturaliter tantùm, non etiam ciuiliter. quicquid enim tale eſt, nullomodo poteſt dici abſolutè indebitum, cùm aliquo iure debitum ſit, licèt non omni iure: & indebitum illud duntaxat dicendum eſt, quod nullo prorſus iure debetur, quemadmodum ſolemus dicere, non in totum videri falſum, quod veritatis primordio adiuuatur *l. cùm filius* 76. *§. heres meus de legat.* 2. aut vt loquitur Vlp. in *d. l. ſi non ſortem* 26. *§. indebitum*, quod vel omninò non debetur, id eſt nullomodo, vel ad indebiti cauſam redit, ob exceptionem perpetuam debitori competentem: quo caſu quamuis & naturalis, & ciuilis obligatio ſalua remaneat, vt diximus, effectu tamen ipſo vtraque ſi non ſublata ſaltē inefficax redditur, propter æquitatem exceptionis, quæ tanquam potentior tollit vinculum prioris illius æquitatis, quo naturalis obligatio ſuſtinebatur *d. l. Stichum* 95. *§ naturalis de ſolut.* Quamquam autem obligatio, quæ ciuilis tantùm eſt, nullo æquitatis naturalis vinculo nititur (alioqui eſſet obligatio non tantùm ciuilis, ſed etiam naturalis) ideò tamen parit retentionem non minùs quàm naturalis, quòd abſurdum ſit minoris poteſtatis eſſe ciuilem obligationem, quæ maioris eſt ad agendum, & cui damus actionem non dari multò magis exceptionem & retentionem, ex regula *l.* 1. *§. ſi autem infr. de ſuperfic. l. mutuus* 56. *§ cui damus de regul. iur. l.* 1. *de pignor.* nec quiſquam dixerit ſolam obligationem naturalem impedire condictionem; quaſi non eundem effectum habere multo magis debeat ea quoque obligatio, quæ ſit ciuilis tantùm. Sed diximus obligationem naturalem, etiam quæ ſit ſola, impedire repetitionem, ne dubitare poſſimus multo magis obligationem, quæ ſit ciuilis tantùm, idem efficere & poſſe, & debere, dum ne, quod ſæpe accidit, exceptione aliqua perpetua elidatur, puta exceptione doli, vt in *l.* 2. *§. circa de doli mal. & met. except.* Exemplum adfert Accurſius, & poſt eum Bartolus de obligatione literarum, quæ ciuilis tantùm eſt, paritque actionem, ſed quæ tamen intra biennium eliditur per exceptionem non numeratæ pecuniæ, tanquam quæ facta ſit ſpe futuræ numerationis, qua non ſecuta nec conſenſus quidem vllus promiſſoris interueniſſe intelligitur, ex quo nata obligatio aliqua naturalis videri poſſit, vt Bartolus probat non malè ex *l. qui pecuniam* 10. *ſupr. de reb. credit. l. pen. infr. quæ res pignor. oblig. poſſ. l.* 1. *in fin. qui potior. in pignor. hab.* Errant enim illi qui putant videri hoc caſu contractam obligationem ſub condicione, vt inferant, nullam ergo interim ex huiuſmodi promiſſione naſci obligationem, neque naturalem, neque ciuilem *l. cedere diem* 213. *de verb. ſignific.* Verum namque eſt contrahi literis obligationem purè *tot. tit. de lit. oblig. Inſtit. & l. non figura* 38. *de oblig. & act.* ſed ciuilem tantùm, ex qua naſcitur actio, & contra quam ideò neceſſaria eſt exceptio non numeratæ pecuniæ *l. ſi ex cautione* 3. *l. in contractibus* 14. *C. de non numer. pecun.* aut condictio obligationis *l. ſi quaſi* 7. *eod. tit. l. ſi cùm exiguam* 4. *C. de condict. ob cauſ. dator.* quæ condictio locum habere nō poſſet ſi nulla obligatio præcederet *l.* 1. *infr. Tit. prox.* Nec minùs errant etiam ij, qui putāt ex ea literarum obligatione perinde naſci obligationem naturalem, atque ciuilem, nulla enim naturalis obligatio eſſe poteſt, vbi nullus conſenſus, nulláque æquitas ſubeſt, neque tamen eò magis cōpetit repetitio ſoluti, quia ſufficit obligationem ſubeſſe ciuilem ad impediendam condictionem *l. cùm fidem* 4. *C. de non numer. pecun.* cùm exceptio non numeratæ pecuniæ, quæ aduerſus actionem ex illa ciuili obligatione competentem, non ſit perpetua, ſed temporalis, biennio enim concluditur non minùs quàm querela ipſa non numeratę pecunię. Planè ſi poneres eum qui ſe literis obligauit ſpe futuræ numerationis, quæ nunquam ſecuta fuerit, velle ſe onerare probatione, quòd nulla pecunia ſit numerata etiam poſt elapſum biennium quod vtique facere poteſt, non quidem per exceptionem non numeratæ pecuniæ, quæ ſemper vt diximus biennio concluditur, ſed per exceptionem doli *d. l.* 3. *C. eod.* quæ perpetua eſt *l. purè* 5. *§ vlt. de doli mal. except.* dicerem competituram hoc caſu condictionem indebiti, ex regula *d. l. qui exceptionem* 40. *hoc tit. iunct. l. qui ſe debere* 7. *ſupr. de condict. cauſ. dat.* nec repugnaret *dict. l. cùm fidem*, quæ poſt ſolutionem non denegat debitori condictionem indebiti ſoluti, ſed tantùm exceptionem non numeratæ pecuniæ, nimirum ne creditor etiam poſt acceptam pecuniam cogatur probare numeratam eſſe pecuniam, quæ iam ipſi fuerit reddita: oneraretur enim ea probatione, ſi

exceptio

exceptio non numeratæ pecuniæ opponeretur *l.1. eod. tit.* ant etiam exceptio doli intra biennium. In eo ſiquidem ſolo differunt, quod pertinet ad literarum obligationem ſpe futuræ numerationis contractam, quòd exceptio non numeratæ pecuniæ ſemper biennalis eſt, exceptio autem doli ſemper perpetua, quamuis alio iure intra biennium cenſenda, alio autem poſt biennium, quantum ad onus probandi, quia intra biennium probandi onus incumbit creditori, quòd pecuniam numerauerit, poſt biennium verò incumbit debitori, vt probet non fuiſſe numeratam. Eadem mihi videtur cõſtituenda eſſe ratio earum quoque conuentionum, quæ per vim, aut metum, dolúmve extortæ ſunt, vt ex iis ſcilicet nulla naſcatur obligatio naturalis, ſed ciuilis tantùm. Etſi enim contractus etiam in quo vis vel metus aut dolus interuenit, habet voluntatem eius, qui vim vel dolum paſſus eſt, quia etiam coacta voluntas, tamen voluntas eſt *dict. leg. ſi mulier 21. §. vlt. ſupr. Quod met. cauſ. leg. ſi patre cogente 22. infr. de rit. nupt.* nõ ſufficit tamẽ volũtas quælibet, ad inducendam obligationem naturalem, nec conſenſus quilibet, ſed is demum qui liber ſit, & à libera voluntate, cùm non æſtimetur naturalis obligatio, niſi ex vinculo æquitatis naturalis, quæ porrò nunquam fauet ei qui vim dolúmve admiſit: eſtenim contra ius naturale & gentium, vt homo homini inſidietur, aut vim vel iniuriam inferat: alioqui nec ex iure naturali & gentium eſſet, vt vim vi repellere liceat, & dolum malum dolo bono *leg. vt vim 3. ſupr. de iuſt. & iur. leg. cùm pater 77. § Titio fratri antep. de leg. 2.* Obligationis merè ciuilis alia ratio eſt. exigit enim ſolum iuris ciuilis vinculum, non tantùm ad hoc, vt producat ciuilem actionem, ſed etiam vt per traditionem ex ea tanquam ex iuſta cauſa factam dominium transferri poſſit, ex regula *leg. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Nemo autem dubitat, quin & ſtipulatio, & alius quilibet contractus per vim aut metũ, vel per dolũ extortus habeat vinculũ iuris, cũ etiã coacta volũtas, ſit volũtas, vt diximus, licèt nullũ habeat vinculũ æquitatis naturalis; & tamẽ repetitio ſoluti ex hac cauſa cõpetit, nõ quia ſi ſola obligatio ciuilis per ſe nõ ſufficiat ad impediẽdã cõdictionẽ, etiã ceſſante obligatione naturali, ſed quia aduerſus actiones cõpetẽtes ex cõtractu per vim aut dolum extorto competunt exceptiones doli & metus, quæ ſunt perpetuæ, & æquitate naturali ſubnixæ, quarum ius proprium eſt, vt pariant condictionem *dict. leg ſi non ſortem 26. §. indebitum & leg qui exceptionem 40. infr. hoc tit.* nempe ſi pecunia ex eiuſmodi contractu debita ſponte ſoluta non ſit à debitore, nec per errorem, ſed in cõſequẽtiam præcedentis obligationis exacta *leg. ex ea ſtipulatione 7.* vbi dixi *ſupr. tit. prox. iunct. leg. 2. Cod. de his qua vi met. cauſ.* Difficilius illud videtur quod obiicitur ex *leg. ſi quis poſtquam 37. infr. de fideiuſſ.* Si quis poſtquã tempore tranſacto liberatus eſt, fideiuſſorem dederit, non teneri fideiuſſorem, quia erroris fideiuſſio nulla ſit: ſic enim noſtri vulgo intelligunt, vt eo caſu etiam ſolutum per errorem poſſit repeti, quamuis, inquiunt, per præſcriptionem ciuilis obligatio ſola tollatur, non etiam naturalis. Pugnat enim hæc ſententia cum eo quod proximè diximus, id quod naturaliter tantùm debetur, etſi per errorem etiam facti ſolutum eſt, nihilo magis poſſe repeti, cum negari non poſſit, quin præſcriptio ſolam obligationem ciuilem tollat, non etiam naturalem, tanquam quæ ex æquitate merè ciuili inducta ſit, & magis odio actoris negligentis, quàm fauore rei, vt exceptio Macedoniani, non ex æquitate vlla naturali, perinde atq; vſucapio *l. 1. infr. de vſucap. l. 3. & 4. C. de præſcr. 30. vel 40. annor.* Itaque quamuis exceptio præſcriptionis perpetua ſit, non poteſt tamen parere condictionem, ſalua manẽte obligatione naturali, quæ ſemper impedit repetitionem *dict. leg. 3. §. vltim. ſupr. quod quiſq. iur.* Sed tamen dicendum eſt, meo iudicio Paulum in *d. leg. ſi quis poſtquam*, non loqui de eo qui tutus præſcriptione tantùm temporis ſoluerit, aut fideiuſſorem dederit, ſed quod nemo obſeruat, de eo qui actione temporali non perpetua obſtrictus antea, & iam tranſacto tempore liberatus, fideiuſſorem dedit eius actionis nomine, quæ amplius nulla erat, cùm actiones temporales ipſo temporis lapſu ſolo in totum extinguantur, ita vt ad eas elidendas nulla exceptione & præſcriptione opus ſit; cum ab initio ea lege inductæ ſint iure honorario, ſiue prætorio ſiue ædilitio, ne poſt certum tempus poſſint viuere: adeo vt nec obligatio vlla naturalis videri poſſit ex ea cauſa ſupereſſe ad condictionem inducendam, aut ad obligandum fideiuſſorem, qui alioquin etiam obligationi naturali ſoli poſſet accedere *leg. ſtipulãtus ſum 6. l. fideiuſſor 16. §. fideiuſſ. eod. tit. l. is cui 6. de verb. obligat.* Proinde cum neque obligationis naturalis neque ciuilis neque actionis, ſed meri erroris fideiuſſio illa ſit, mirum non eſt, eam non valere. Alia què ratio eſt debitoris qui tutus exceptione præſcriptionis perpetua aduerſus actionem aliquam ipſo iure competentem dederit fideiuſſorem, aut ſoluerit, quamuis per errorem facti. Hic enim repetẽre ideo non poteſt, quia naturaliter obligatus manet, cum tempus non ſit modus naturalis tollẽdæ obligationis *l. obligationũ ferè 44. § placet de obl. & act.* ſed modus ciuilis non niſi poſteriorũ Imperatorũ cõſtitutionibus introductus in *dict. l. 3. & 4. Cod. de præſcript. 30. vel 40 annor.* Eadem què ratio facit, vt fideiuſſor ex hac cauſa datus teneatur, quamuis non ſemper ſoluti repetitio & datio fideiuſſoris à pari procedant. Obſtare etiam ſententiæ noſtræ maximè creditur, quod ſcriptum eſt in *l. error 9. Cod. ad leg. Falcid.* Falcidiæ condictionem heredi competere, ſi fortè per errorem facti non iuris ſoluerit fideicommiſſum integrum non detracta Falcidis, quam ex fideicommiſſo detrahere potuiſſet, cui conuenit quod ſcriptum eſt in *leg 1 & vlt. eod. tit. leg. regula 9. §. pen de iur. & facti ignor. l. ſi patronus 29. §. de illo infr. de donat. l. lex Falcidia 47. infr. ad leg. Falcid. cum qui 10. Cod. de iur. & fact. ignor. & in l. heres 21. infra ad SC. Trebell.* Putat enim Bartolus poſt Accurſium legata & fideicõmiſſa integra deberi naturaliter, etiam poſt legem Falcidiam latam, & poſt Senatuſconſultum Pegaſianum, quo quartæ retentio ex fideicommiſſis permiſſa eſt. Ego verò magis probo quod Vltramontani noſtri iam olim contra Accurſium defenderunt, heredem, qui legatis aut fideicommiſſis vltra dodrãtem oneratus eſt, non magis naturaliter, quàm ciuiliter eſſe obligatum, vt legata vel fideicommiſſa ſolida præſter. Ac de legatis quidem & fideicommiſſis ſingularibus, quæ per SC. Pegaſianum exæquata ſunt per omnia legatis circa deductionem Falcidiæ *leg. 1. de legat. 1. iunct. §. ſed quia verſic. ex ſingulis Inſtitut. de fideicomm. hered.* ius apertiſſimum eſt: nam libera illa legandi poteſtas, quam lex *12. tabular.* induxerat, leges autem Furia & Voconia valde reſtrinxerant, non aliter fuit per legem Falcidiam reſtituta, quàm ſi heres quartam totius hereditatis ante omnia habeat iure teſtamenti

& hereditario, priuſquàm aliquid legare permittatur teſtatori *leg. 1. in fr. ad leg. Falcid.* Vnde eſt quod portionis Falcidiæ vindicatio datur heredi non condictio, ſi ius vetus inſpicias *leg. lineam margaritorum 26. leg. Plautius 49. eod. titul.* Id enim eſt quod prudentes noſtri ſolent dicere, legata omnia per legem Falcidiam, ipſo iure & pro rata reſecari *leg. in quantitate 74. §. vlt. eod. tit.* & adeò acquiri iure publico retentionem Falcidiæ ex legatis, vt nec ſi velit heres, poſſit tamen eam remittere, ne quidem paciſcendo cum legatariis viuo & mandante teſtatore *leg. quod bonis 15. §. primo eod. titul.* quia priuatorum cautiones legum authoritate non cenſentur *leg. vlt. de ſuis & legit.* quamuis legem exercere, & Falcidiam ex legatis poſt mortem teſtatoris retinere inuitus non cogatur, ſatisfit enim legi, ſi poſſit Falcidiam deducere etiamſi nolit, nec requirit præterea lex, vt velit cùm poſſit. Nec proinde dubitandum eſt, quin faciat contra legem Falcidiam teſtator, ſi iubeat ſolui legata in ſolidum non detracta Falcidia, vel ſi quid aliud comminiſcatur in fraudem legis Falcidiæ, vt in *leg. Seius & Agerius 27. eod. titul.* lex enim Falcidia quadrantem à teſtatore ipſo tangi prohibet *leg. quia autem 6. verſ. ordo igitur.* in illis verbis *dummodò quadrans non tangatur inf. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtament.* Dixi *ſi ius vetus inſpicias*, quia iure nouo aliud eſt, poſtquàm placuit Iuſtiniano, vt Falcidia prohiberi hodie poſſit à teſtatore *Nouell. 1. de hered. & Falcid. cap. 2. vnde ſumpta eſt Auth. ſed cùm teſtator Cod. ad leg. Falcid.* Cæterùm ſi quod olim legabatur ſupra dodrantem, habebatur pro non legato, tanquam quod legatum eſſet contra legem, an non prorſus conſequens eſt, vt ea portio quę per legem Falcidiam retineri poterat, nullo iure deberetur, neque naturali, neque ciuili? Atque ita Vltramontani quos Bartolus refert, argumentabantur ex *leg. non dubium 5. Cod. de legib.* Nec poſſum probare ſubtilitatem mirabilem Bartoli reſpondentis, legem Falcidiam reſecare legata ipſo iure quod ad dominium, ſed non quod ad obligationem, quaſi verò facilius ſit, vt contra poteſtatem legis inducatur obligatio, quàm vt dominium transferatur, contra quàm diſertè ſcriptum eſt in *dict. leg. non dubium*, vbi nec patiuntur Imperatores, vt ad confirmandum id quod contra legem factum eſt, iuſiurandum vtiliter adhiberi poſſit. Nec magis illud probare poſſum, quod addit idem Bartolus, legem Falcidiam non reſiſtere obligationi legatorum in ſolidum præſtandorum, quia, inquit, cùm dicit quòd quis poſſit legare quantum vult, dummodò remaneat quadrans penes heredem, non prohibet teſtatorem vltra dodrantem legare, ſed præcipit quadrantem penes eum remanere debere. Quid enim aliud eſt, permittere teſtatori, vt quantam cuique ciui Romano pecuniam iure publico dare legare volet, ius poteſtaſque ei ſit, dum ita detur legatum ne minùs quàm partem quartam hereditatis ex teſtamento heredes capiant (hæc enim fuerunt verba legis Falcidiæ, vt Paulus noſter refert in *leg. 1. ad leg. Falcid.*) quàm ei prohibere ne quid ſupra & vltra dodrantem leget? Nec enim ſunt ſupradicta affirmatiua, quod pertinet ad quadrantem heredis, vt malè putat Bartolus, ſed negatiua & conſequenter prohibitiua. Et quod lex ait, *quantam pecuniam dare legare volet*, non eum ſenſum habet, ac ſi ſcriptum eſſet ſpecialius *etiam ſupra dodrantem*, vt idem Bartolus interpretatur, ſed ad differentiam priorum legum Furiæ & Voconiæ, quarum altera non niſi ad mille vſque aſſes, altera non niſi ad certum vſque legatariorum numerum legare cuiquam permittebat. Quartæ Pegaſianæ, quæ ex fideicommiſſis non ſingularibus, ſed vniuerſalibus authoritate Senatuſconſulti Pegaſiani deducebatur, alia ratio fuiſſe videtur. Etſi enim perinde illa atque Falcidia legatorum contra voluntatem teſtatoris inducebatur, vnde nec magis prohiberi poterat, & Falcidiæ quoque nomen ſibi adrogabat *leg. Titia 86. in fin. inſr. ad leg. Falcid.* Non tamen fecit SC. Pegaſianum vt teſtator ſuam hereditatem totam fideicommittere prohiberetur, alioqui Senatuſconſulti Trebelliani poteſtatem & authoritatem ſuſtuliſſet, quod non ita fuit, adiuuandi enim & ſupplendi potiùs quàm tollendi Trebelliani gratia ſecutum eſt Pegaſianum *§. erga ſiquidem inſtit. de fideicommiſſ. hered.* ſed permiſit tantùm heredi, vt ex eo fideicommiſſo quartam poſſet detrahere, *dict. § ſed quia eod. titul.* vt ſcilicet eo præmio inuitaretur heres ad adeundam hereditatem, ne alioqui fideicommiſſum intercideret deſtituto teſtamento *leg. ſi patroni 51. §. qui ſideicommiſſam inſr. ad SC. Trebell.* Ex qua differentia fluxerunt etiam illæ quas Marcianus congerit in *leg. in quartam 91. ad leg. Falcid.* & illa præcipuè, quod in Falcidiam legatorum non imputantur, niſi ea quæ iure teſtamenti & hereditario capiuntur, in Pegaſianam verò quam vulgò noſtri Trebellianicam vocant, omnia imputantur quæ quocunque relicti titulo ad heredem peruenerunt, ſicuti pluribus à nobis explicatum eſt *libro 6. Coniect.* Atqui, dicat aliquis, ſiue legata ſolida heres ſoluerit, ſiue totam hereditatem nulla deducta quarta reſtituerit, dum ne per errorem facti, perinde repetit, & è contrario, ſiue ſciens, ſiue per errorem iuris non facti ſoluerit, non repetit *leg. 1. & vltim. & dict. leg. error. Cod. eod. tit. leg. heres 21. ad SC. Trebell. inſr leg. ſi ſponſus 5. §. ſi quis rogatus inſr. de donat. int. vir. & vxor. dict. leg. regula 9. §. pen. de iur. & fact. ignor. leg. ſi patronus 20. §. de illo. de donat. leg. patrem 9. & ſeq. Quæ in fraud. credit.* Reſpondeo ſupradicta omnes iuris locos eſſe de Falcidia fideicommiſſorum, non de Falcidia legatorum, ſi excipiat *leg. vltim. Cod. ad leg. Falcid.* quæ nec dat condictionem, nec denegat vindicationem heredi, qui per errorem facti legata integra ſoluit, exiſtimans fortè aut ampliores eſſe vires hereditatis, aut legata pauciora, minúſve grauia, quàm ex facto apparuerint, ſed tantùm ait, heredem qui plenam fidem teſtatori exhibens in ſolidum legata præſtitit, non poſſe poſteà prætextu legis Falcidiæ vti repetitione: quod generaliter ita intelligendum eſt, vt nec vindicationem eo nomine habere poſſit, nec condictionem. In eoque fateor nullam eſſe differentiam inter legatorum Falcidiam & fideicommiſſorum, id eſt, quantum ad denegandam repetitionem: ſed in cauſa denegandæ repetitionis hanc pono differentiam, quòd heres qui ſolida legata ſoluit omiſſo ſcienter legis Falcidiæ beneficio, licèt id faciat, vt pleniùs obſequium exhibeat voluntati teſtatoris, ideo tamen non repetit, quia ob hoc ipſum donare intelligitur, cùm donari videatur, id quod nullo iure cogente conceditur *leg. donari 28. de donat. leg. cuius per errorem 53. leg. donari 181. de regul. iur.* & tum ſuam donare intelligitur, non alienam reddere, cùm id præſter cuius non modò retinendi, ſed etiam vindicandi ius habuiſſet, ſi nullo ipſius facto intercedente legata ſolida ad legatarios perueniſſent *dict. leg. lineam margaritorum 26. ad leg. Falcid. iunct. leg. Quintus 27. §. argento*

*inſr. de*

*inſr. de aur. & argent. legat.* vnde & illud facilè admitterem, vt inter coniuges ea quoque donandi forma & ratio prohibita cenſeri deberet, itémque, vt ſi quis ſciens ſe Falcidiam ex legatis retinere poſſe, nec tamen ſoluendo eſſe, mallet integra legata ſoluere fraudandorum creditorum gratia, poſſet Falcidia per creditores reuocari interdicto fraudatorio, vel actione Pauliana, quia heres qui ſciens omittit beneficium legis Falcidiæ, non tam occaſionem ſolam acquirendi omittere, vt ille qui hereditatem aut legatum repudiat, quàm patrimonium ſuum diminuere credendus eſt, & ideò Paulianæ actioni locum facit *l. 1. 2. 3. & paſſ. ill. titul. Quæ in fraudem credit.* At in Falcidia fideicommiſſorum omnia diuerſa ſunt *dict. l. patrem 19. & ſequen. eod. in titul. dict. l. ſi ſponſus 5. §. ſi quis rogatus de donation. inter virum & vxor.* nec tam donare quàm debitum ſoluere videtur heres qui ſolida fideicommiſſa præſtat: quid enim aliud debuit, quàm vt plenam fidem teſtatori ſuo exhiberet? *Tit. de fideicomm. hered. Inſtit. & Tit. de codicill.* Atquin hoc ipſum præſtat cùm ſolidum fideicommiſſum ſoluit nulla deducta quarta. Ergo non donat, quandoquidem ſolutio debiti donatio non eſt, inquit *lex hæc iure 19. §. penult. de donat.* Et miror Tribunianum in *dict. l. l. vltim. C. ad legem Falcid.* ſic loqui de herede ſolida legata dependente, vt dicat eum plenam fidem exhibere teſtatori, cùm in legatis nihil ſit, quod de fide teſtatori exhibenda tractari poſſit, quippe quæ non à fide heredum pendeant, vt fideicommiſſa, quæ & nomen inde ſumpſerunt, ſed à iuris vinculo & poteſtate, nec precariis verbis, ſed imperatiuis & legis modo relinquantur, vt Vlpianus in Fragmentis ſcribit *Tit. de legat.* Nec quicquam fuiſſet facilius teſtatoribus, quàm legis Falcidiæ poteſtatem circa legata eludere & elidere, ſi fidem heredum in non deducenda Falcidia implorare ſatis fuiſſet, ſiue per expreſſum fideicommiſſum, ſiue per tacitum, vtrumque enim factum in fraudem legis Falcidiæ videri debuiſſet, niſi fortè Iuſtinianus ea conſtitutione reſpexit ad ius nouum quod induxerat, non illud, de quo iam diximus, vt liceret teſtatori Falcidiam legatorum prohibere (non enim fuit illud ius Codicis, ſed primùm inductum *dict. Nouell. 1. cap. 2. de hered. & falcid.*) ſed aliud quo iam conſtituerat vt legata fideicommiſſis & fideicommiſſa legatis per omnia & in omnibus exæquarentur *l. 2. C. commun. de legat.* Sed confuſio fœdiſſima nominum & rerum iſta dicenda eſſet, quomodo idem Iuſtinianus loquitur in *l. vltim. C. de legit. tutel.* non exæquatio, nec potuit Iuſtinianus legatorum & fideicommiſſorum primæuam originem adeò immutare ac peruertere, vt non ſemper verum ſit fideicommiſſa ex fide heredum pendêre primùm, deinde ex Prætoris iuriſdictione, non ea legum poteſtate, legata verò ex vinculo & poteſtate legum non ex heredum fide ac pudore. Itaque non poteſt dici heres fidem fallere, qui legatum, præſertim nullo iure ac inutiliter à ſe relictum non præſtat, aut qui ex legato ritè relicto Falcidiam retinet: ergo nec fidem plenam exhibere, tametſi legata ſolida præſtet, quomodo exhibet, qui fideicommiſſa ſolida ſoluit etiam in voluntate inutili relicta *dict. l. 1. C. ad leg. Falcid. l. 2. C. de fideic. l. fideicommiſſum 61. vbi dicemus infr. hoc tit.* Quemadmodum & quod ſuprà diximus ex viri doctiſſimi Iacobi Cuiacij potiùs quàm ex noſtra vel Vlpiani ſententia in *l. 1. de legat. 1.* Per omnia eſſe exæquata legata fideicommiſſis ſingularibus in detractione Falcidiæ, etiamſi maximè verum eſſet, non adeò tamen generaliter intelligi deberet, iuxta iuris veteris rationem, vt non minùs prohibitum ſit teſtatori fideicommiſſis ſingularibus quàm legatis onerare heredem ſupra dodrantem. Etenim quemadmodum numquam feceris vt lex Falcidia, quæ de legatis tantùm locuta eſt, de fideicommiſſis quoque locuta ſit, quorum vſus eo tempore nullus dum erat (lata enim lex eſt temporibus Auguſti adhuc Triumuiri, fideicommiſſa verò eiuſdem Auguſti iam Imperatoris facti temporibus cœperunt, vt Iuſtin. refert in *dict. titul. de codicill.*) ita nec potuit Tribonianus facere, vt lex Falcidia prohiberet fideicommitti totam hereditatem ſupra dodrantem, nec proinde fideicommiſſis etiam ſingularibus, quæ noſtri vulgo malè particularia vocant, exhauriri totas facultates hereditarias. Cur enim fideicommiſſa ſingularia magis quàm vniuerſalia ſupra dodrantem prohiberentur? Neque rurſum exæquatio legatorum & fideicommiſſorum ſingularium quantum ad deductionem Falcidiæ hoc ius inducere potuit ad effectum illum, vt vel fideicommiſſa ſingularia ipſo iure reſecarentur, vel in fideicommiſſis nulla fidei ratio habenda eſſet, eiúſque naturalis obligationis, quæ per fidem teſtatori datam ab herede contrahi creditur, quam eo ſaltem tempore quo adit. dare intelligitur, ſi viuo teſtatori nullam dedit. Quod non ſimiliter de legatis dici poteſt, quia licèt herea adeundo hereditatem etiam cum legatariis non minùs quàm cum fideicommiſſariis & creditoribus contrahere cenſeatur *l. 3. in fin. & l. infr. Quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* nullam tamen illis fidem, aut ipſi etiam teſtatori dare intelligitur, niſi quatenus & hereditas & lex duodecim tabularum eum obligat. Porro neque hereditas, neque lex obligat heredem ad legata ſupra dodrantem, nec magis naturaliter, quàm ciuiliter, quem tamen obligat ad fideicommiſſa ſolida præſtanda, niſi hactenus, vt quartam ea ipſis ad exemplum legis Falcidiæ ſenatuſconſulti Pegaſiani authoritate poſſit deducere, ſi ſui commodi maiorem quàm explendæ fidei rationem habere velit. Vereque de Falcidia fideicommiſſorum, ſiue vniuerſalium ſiue ſingularium dici illud poteſt, quod Bartolus dixit, malè de Falcidia legatorum, permiſſam duntaxat eam eſſe, non etiam prohibitum teſtatori ne fideicommittat ſupra dodrantem *dict. §. ſed quia. Inſtit. de fideicom. hered.* Ergo ſi ſolida fideicommiſſa heres præſtiterit omiſſo ſcienter legis Falcidiæ beneficio, vt pleniorem teſtatori fidem exhiberet, non poteſt repetere, nec quartam condicere, quia ſoluiſſe quod debuit potiùs, quàm de ſuo quicquam donaſſe intelligitur: ſi verò legata ſolida præſtiterit, non vt pleniorem fidem quæ in legatis nulla data eſt, ſed vt plenius obſequium voluntati teſtatoris exhiberet, æquè non repetit, at alia nouáque ratione, quia portionem quam ſibi retinere poterat quaſi nec legatam, donaſſe videtur de ſuo, ex regula *dict. l. cuius per errorem 53. de regulis iur.* quæ ait, cuius per errorem ſoluti repetitio eſt, eiuſdem conſultò dati donationem eſſe *l. cum quis 21. §. primo ſupr. de inoffic. teſtamento*, niſi perſona ſoluentis, vt puta impuberis, locum faciat repetitioni, vt bene Accurſius monet ex *l. interdum 29. infr. ho. tit. l.* aut niſi ancipiti animo facta ſit ſolutio ab eo qui dubitabat, an

deberet necne: non enim tam facilè animo tranſigendi id feciſſe credendus eſt, vt denegari ei debeat condictio ſi probet indebitum fuiſſe, vt à Iuſtiniano noſtro conſtitutum eſt in *l. vltim. C. eod.* Quod ſi heres non conſultò, ſed per errorem facti ſolida legata, vel ſolida fideicommiſſa ſiue vniuerſalia ſiue ſingularia ſoluerit, nemo dubitat, quin repetitionem heres omni caſu habere debeat, ſed cum hac, vt puto, differentia, quod ſolutis legatis ſolidis, non reuocat nec repetit ſolida legata quæ ſoluit, ſed eam tantùm portionem, quæ vltra modum legis Falcidiæ ſoluta eſt, vt euenit in Falcidia ex donatione cauſa mortis per traditionem facti deducenda *leg. penult. Cod. ad l. Falcid. l. 1. §. ſi quis ex mortis infr. quod legat. l. cùm pater 77. §. mater 2. & §. Mauio 77. de legat. 2.* & quidem non per vindicationem, vt malè quidam putant ex *dict. l. lineam*, quæ non de hoc caſu loquitur in quo factum heredis ſoluentis interuenerit, ſed condictionem, & vt Papinianus loquitur in *dict. §. Mauio*, reuocationem: quo nomine condictio ſignificatur non vindicatio: quamuis non ignorem *repetitionis* nomine, quod generalius eſt quàm *reuocationis*, etiam vindicationem interdum ſignificari: repetit enim rem ſuam is quoque qui eam vindicat, ſed nunquam datur vindicatio ei cuius facto & voluntate dominium ſemel in alium tranſlatum eſt per traditionem, eſtque hoc caſu omnino neceſſarius vſus condictionis: tametſi in portione quæ ex donatione cauſa mortis iure Falcidiæ penes heredem manere debet, & quæ remanet ipſo iure alind ſit, vt vindicari eam oporteat non condici, *argum. dict. §. ſi quis ex mortis. iunct. dict. l. lineam*, cùm eo caſu nullum heredis factum, nullaque traditio ab eo facta interuenerit. At ſolutis fideicommiſſis ſolidis omiſſo per errorem ſenatuſconſulti Pegaſiani beneficio, non ſola illa portio repetitur quæ ex Pegaſiano retineri potuit, ſed totum fideicommiſſum *dict. l. heres 21. ad SC. Trebell.* quaſi totum indebitum, vt & in *l. qui exceptionem 40. §. ſi pars domus infr. hoc tit.* quouſque heres quartam ſibi debitam ex eo retinuerit, cuius ſcilicet ſola retentio ei permiſſa eſt, non etiam data vindicatio *d. §. ſed quia.* Quomodo enim quartam ex fideicommiſſo retinere poſſet heres ſi fideicommiſſum ipſum integrum non haberet? non enim cùm ipſo iure minuantur fideicommiſſa per Pegaſianum, quomodo minuuntur legata per legem Falcidiam *dict. l. in quantitate 74. §. vlt. infr. ad leg. Falcid.* itémque donationes cauſa mortis *d. §. ſi quis ex mortis, & d. l. pen. C. ad l. Falc.* quoniam ad legatorum non ad fideicommiſſorum exemplum capiuntur *l. 2. ſupr. de Public. in rem act. l. Marcellus 15. l. illud 37. infr. de mort. cauſ. donat.* cur enim æquipararentur fideicommiſſis, cùm iuris vinculum aliquod per ſe habeant vt legata, fideicommiſſa verò nullum? quamuis de donationibus cauſa mortis non magis quàm de fideicommiſſis locuta eſſet lex duodecim tabularum, ſed de legatis *l. verbis legis 120. de verb. ſignific.* Sed illa tamen hic remanet hæſitatio, cur heredi permittatur repetitio ſolidi fideicommiſſi per facti errorem ſoluti, ſi verum eſt quod ſuperioribus conſequens videtur, fideicommiſſa ſolida deberi naturaliter ob fidem datam teſtatori, in eóque differre à legatis, obligationem verò naturalem impedire ſoluti repetitionem, tum quoque cùm facti error interuenit. Sed dicendum eſt potiorem eſſe poteſtatem Senatuſconſulti Pegaſiani quàm obligationis huius, ſi qua eſt quæ ex fide per heredem data proficiſcitur, quia nec liberum eſt heredi dare teſtatori fidem de ſoluendo integro fideicommiſſo, etiamſi maximè ad hoc velit ſe obſtringere, ne ſenatuſconſulti Pegaſiani beneficio vtatur, cùm non minor ſit poteſtas ſenatuſconſulti Pegaſiani quàm legis Falcidiæ, licèt illa pleniùs & fauorabiliùs proſpexerit heredi aduerſus legatarios, quàm ſenatuſconſultum aduerſus fideicommiſſarios: vt proinde nulla heredis obligatio ſit, ne quidem naturalis ad ſoluenda fideicommiſſa integra, non magis quàm vt ſoluat legata ſolida, nec ſi fidem expreſſam dederit, non teſtatori tantùm, ſed ipſis etiam fideicommiſſariis *arg. dict. l. quod bonis 15. §. 1. ad legem Falcid. iunct. dict. l. vlt. de ſuis & legit.* quia ſenatuſconſulti authoritas huic obligationi reſiſtit ab initio, & conſequenter obligationem omnem impedit tam naturalem quàm ciuilem *dict. l. non dubium 5. C. de legib.* In poteſtate igitur heredis manet, vt mortuo teſtatore vel plenam fidem quam ei dedit exhibeat, ſoluendo fideicommiſſa integra omiſſo ſcienter ſenatuſconſulti beneficio, vel non exhibeat, ſi malit quartam ex ſenatuſconſulto retinere, adeò vt nec ideò perfidus dici poſſit, quemadmodum iam ſuprà diximus, cùm iure communi & beneficio Pegaſiani vſus ſit, nec executio iuris habeat iniuriam *l. iniuriarum 13. §. infr. de iniur. l. Gracchus 4. C. ad leg. Iul. de adult.* Quomodo tamen perfidus dicendus eſſet, ſi obligationem naturalem, & fidem iure gentium datam violaret: *dict. l. cùm amplius 84. §. is natura debet de regul. iur.* id enim eſt quod Theophilus dicebat, actiones iure ciuili non niſi contra perfidos comparatas eſſe. Atquin heres qui per errorem facti ſoluit integra fideicommiſſa, ex quibus Falcidiam detracturus fuerat, ſi falcidiæ locum eſſe credidiſſet, nihil minùs agit quàm vt plenam fidem exhibeat teſtatori, aut beneficium ſenatuſconſulti abiiciat, quia errantis nec voluntas vlla, nec conſenſus vllus eſt *l. ſi per errorem 15. ſupr. de iuriſd.* nihil ergo eſt propter quod denegari ei debeat condictio & repetitio fideicommiſſi, non magis quàm repetitio portionis Falcidiæ heredi, qui ſimiliter per errorem facti legata integra ſoluit: regula enim iuris eſt, facti errorem & ignorantiam non nocere, ne maribus quidem ſiue in damnis ſiue in compendiis *d. l. error facti 8. & l. ſeq. in princ. infr. de iur. & fact. ignor. d. l. cùm quis 10. in fin. C. eod.* iuris verò ignorantiam, vt ibidem ſcriptum eſt, nocere, aut potius, quod tamen aliquatenus diuerſum eſt, non prodeſſe: quomodo Papinianus loquitur in *l. iuris ignorantia 7. infr. eod. ill. tit.* in quo tamen illa rurſum incurrit dubitatio, cur error iuris impediat repetitionem portionis Falcidiæ in legatis, & fideicōmiſſi in ſolidum præſtiti, cùm Papinian. dicat in *d. l. iuris & ſequ.* iuris ignorantiam nemini nocere in damnis amittendæ rei ſuæ & ſuum petentibus. An nō enim damnum patitur qui amittit quartam, quam ſiue ex legatis ſiue ex fideicommiſſis deducere & retinere potuiſſet? Reſpōdendū eſt meo iudicio, heredi qui per errorē iuris integra legata vel fideicōmiſſa ſoluit, & ſubinde vult condicere, nō tam iuris errorem nocere, quàm factum propriū & traditionem ſolutionémq; à ſe factā, nec proinde tam de eo quærendum eſſe, vtrum error iuris hoc caſu noceat, quàm verū prodeſſe debeat ad inducēdam repetitionem. Regula autem eáque perpetua & generalis eſt, iuris errorem & ignorantiam nemini vnquam prodeſſe quamuis nec ſemper noceat *d. l. iuris & ſequ.* Mirum

igitur

igitur non eſt, nullam ex eo iuris errore induci poſſe repetitionem, ad quam inducendam neceſſe eſſet iuris errorem non tantùm nõ nocere, ſed etiam prodeſſe, nec enim certat de vitando damno amittendæ rei ſuæ is, qui fideicommiſſum ſolutum integrum ideo vult repetere, ne quartam amittat, cùm amiſſa quarta non tam aliquod damnum rei ſuæ incurriſſe, quàm occaſionem acquirendi amiſiſſe videatur *d. l. patrem 19. & l. debitorem 20. infr. quæ in fraud. credit.* cùm quarta fideicommiſſorum non pertineat ad heredẽ ipſo iure, vt docuimus, ſed tantùm ex Pegaſiano ius habeat quartæ ex fideicommiſſo quolibet ſi velit retinendæ. An ergo in falcidia legatorum aliud obtinebit? Ita certè videtur, nam cùm ipſo iure remaneat penes heredem, tum quoque cùm legatum iã viuo adhuc teſtatore penes legatarium fuit, ideóque vindicare eam heres poſſit *d. l. lineam*, vt & in donationibus cauſa mortis euenit *d. l. 1. §. ſi quis ex mortis D. quod legat. & d. l. pen C. ad. leg. falcid.* negari non poteſt, quin de damno rei ſuæ amittendæ certet heres qui de falcidia legatorum condicenda diſputat, nec proinde tam indiget vt iuris error ei proſit, quàm vt, quod minus eſt, ei non noceat. Nec ſanè vllam legem aut iuris rationem eſſe puto, quæ huic non tam noſtræ, quàm certiſſimæ Papiniani definitioni aduerſetur. Quod enim ſcriptum eſt in *d. l. error. 9 C. ad leg. falcid.* ad falcidiam fideicommiſſorum licet ſingularium pertinet, non ad falcidiam legatorum, vt verba ipſa legis probant, ſicut & quod in *l. regula 9. §. vlt. infr. de iur. & fact. ignor.* licèt prima verba §. quæ ex ſequentibus interpretanda & reſtringenda ſunt, generaliora eſſe, & ad omnẽ falcidiæ ſpeciem pertinere videantur. Adeò autem verum eſt quod dicimus, falcidiam legatorum heredi acquiſitam eſſe ipſo iure, vt dubitatum olim fuerit, an heres qui teſtatoris voluntatem vltro ſecutus ſpopondiſſet ſe legata integra ſoluturum ex ea promiſſione, quamuis poſt mortẽ teſtatoris facta obligaretur, in eámq; rem fuit neceſſaria Iuſtiniani conſtitutio in *d. l. vlt. Cod. ad leg. falcid.* quæ huiuſmodi cautionem vult valere, reiecta legum veterum ambiguitate, ſcripſerat enim Marcellus, de eo dubitari poſſe in *l. ſi patronus 20. §. 1. infr. de donat.* vbi tamen ad propoſitam ex Marcello dubitationem ita reſpondetur, vt negare probabiliter nemo poſſit, quin tota illa reſpõſio ſit Triboniani reſpicientis ad Iuſtiniani conſtitutionem: eſt enim iiſdem ferè verbis, certè eodem ſenſu concepta. Alia quæſtio eſt quam Bartolus non omiſit de legatis & fideicommiſſis in teſtamento minus ſolemni relictis, an ſaltem naturaliter debeantur, quod ille magis probat, quoniam ſoluta non repetuntur ex *l. fideicommiſſum 61 infr. hoc tit. l. 2. C de fideic.* dicemus ad *d. l. fideicommiſſum*, ne cum Bartolo ſi tam longos exaremus in hãc legem Commentarios, materias confundamus.

2. Idem libro 16. ad Sabinum.

SI quis ſic ſoluerit, vt, ſi apparuerit eſſe indebitum, vel Falcidia emerſerit, reddatur: repetitio locum habebit. negotium enim contractum eſt inter eos.

*Ad l. 2. Si quis ſic ſoluerit.*

Ratio dub. Quod quis ſciens indebitum ſoluit hac mente, vt poſſit repetere, poſteà tamen repetere non poteſt *l. quod quis 50. infr. hoc tit.* Ergo nec ſi ſoluerit hoc pacto expreſſim addito, vt ſi apparuiſſet poſteà eſſe indebitum, vel falcidia emerſiſſet, redderetur, repetitio locum habere poterit. Quid enim referre poteſt, an ea mente ſolutio facta ſit, an eo pacto? præſertim cùm condictio indebiti non tam ex cõtractu naſcatur, quàm ex diſtractu, quia diſtrahendi potiùs, quàm contrahẽdi negotij animum habere videtur is qui ſoluit indebitum *l. 5. §. is quoque infr. de oblig. & action.* neque rurſum ex pacto nudo poteſt naſci actio *l. iuris gentium 7. §. ſed cùm nulla & ſeq. ſupr. de pact.* Ergo neque condictio ſiue indebiti ſiue alia vlla, præſertim cùm etiamſi interpoſita eſſet ſtipulatio, perimeretur vtique condictio, & ſola ex ſtipulatu actio ſupereſſet *l. ſi ſine 22. in princip. infr. rat. rem haber.* Quemadmodum & dicimus, cùm quis mutuam dat pecuniam, & ſibi eam reddi ſtipulatur, nullam ex numeratione naſci actionem, ſed ex ſola ſtipulatione *l. certi condictio 9. §. quoniam ſupr. de reb. credit. l. ſi ita 6. §. 1. & l. ſeq. infr. de nouat.* condictio namque indebiti comparatur condictioni ex mutuo, & mutuo indebitum *§. is quoque Inſtit. quib. mod. re contr. oblig. & d. l. 5. §. is quoque de oblig. & action.* Non poteſt igitur hoc pactum facere vt eo magis condictio indebiti detur. Dec. Multùm intereſt, an quis ſciens ſoluat indebitum, quãuis ea mente eóq; propoſito, vt poſteà repetat, an verò hoc expreſſim addito pacto, vt ſi apparuerit eſſe indebitum, vel falcidia emerſerit, reddatur. Priore caſu nudum ſoluentis propoſitum eſt, vt poſſit repetere, quod in mente retentum nihil operatur *l. ſi maiores 25. C. de trãſact. l. ſi repetendi 7. C. de condict. ob cauſ. dator.* Poſteriore autẽ caſu pactũ eſt, & quidẽ nõ nudũ, ſed traditione & ſolutione, cui cohæret, veſtitũ, quia negotiũ geritur, *συνάλλαγμα* trahitur inter ſoluentem & accipientem *d. l. iuris gentium §. 1. ſupr. de pact.* neq; poteſt videri pactum nudum, quoties certa lege dari aliquid probatur *l. ſi dominus 8. in fin. infr. de praeſcr. verb. l. rebus 6. l. vlt. C. de rer. permut.* Cúmq; pactum hoc nullam habeat ſtipulationem, tametſi perinde efficax ſit ad agẽdum atque ſtipulatio, non poteſt parere actionem ex ſtipulatu quæ nouet condictionem, vt in *d. l. ſi ſine, & d. l. ſi ita §. 1. & leg. ſeq.* condictio igitur hoc caſu ſoluenti competet, ſi poſteà apparuerit indebitum eſſe quod ſolutum fuit, aut falcidia emerſerit, & quidẽ condictio indebiti, vt benè putat Bartolus, ſicuti condictio ob cauſam dati cauſa non ſecuta locum haberet, ſi datum eſſet ob cauſam futuram, & conuentio interueniſſet de repetendo ſi cauſa ceſſaret *l. 2 C. de condict. ob cauſ. dat. l. 1. C. de donat. quæ ſub mod.* non quaſi condictio indebiti poſſit naſci ex pacto quamuis non nudo (naſcitur enim ſemper ex ſolutione & traditione rei indebitæ, cũ ſit hæc obligatio ex earum genere, quę re non conſenſu ſolo contrahuntur *d. §. is quoque Inſtit. quib. mod. re contr. oblig.*) ſed quia pactum hoc conſeruat & retinet ius condictionis, quæ alioqui interciderer ſi quis indebitum ſciens ſoluiſſet, quamuis ea mente vt poſteà repeteret *d. l. quod quis.* Qui enim ſic paciſcitur, ſatis oſtẽdit ſe non ſoluere ſcienter indebitum, ſed velle ſibi proſpicere aduerſus periculum illud ne quando tale quid obiici ei poſſit, & ne quæſtioni locus relinquatur, an per iuris an per facti errorem indebitum ſolutum ſit, ſecundum ea quæ ad legem pr[illegible]

cedentem diximus. Quamuis ſi cum Accurſio & Azone velit quis actionem præſcriptis verbis hoc caſu dare, vt id, quod indebitè ſolutum eſt reddatur, is certè non errauerit. Competit enim illa actio quoties negotium aliquod geſtum eſt, ex cõtractu tamen innominato & ex quo naſci actio quę nomen proprium habeat, nulla poteſt *d. l. iuris gentium. §. 1. de pact. d. leg. ſi dominus d. l. rebus & leg. vlt. C. de rer. permut.* neque nouum eſt, vt actio præſcriptis verbis concurrat cum condictione *l. naturalis 5. §. 1. & ſeq. infr. de præſcript. verb.*

1 ¶ Si quid eſt teſtamento ſolutum ſit, quod poſtea falſum, vel inofficioſum, vel irritum, vel ruptum apparuerit, repetetur: vel ſi poſt multum temporis emerſerit æs alienum [a], vel codicilli diu celati, prolati ſunt [b]: qui ademptionem continent legatorum ſolutorum, vel deminutionem per hoc, quia aliis quoque legata relicta ſunt: nam Diuus Hadrianus [c] circa inofficioſum, & falſum teſtamentum reſcripſit, actionem dandam ei, ſecundùm quem de hæreditate iudicatum eſt.

*Ad l. 1. §. Si quid.*

Rat. dvb. Cùm de indebiti ſolutione & condictione quæritur, non aliud tempus inſpici poteſt, quàm quo ſolutum eſt, quia eo tempore quaſi contractum intelligitur, cùm obligatio indebiti re cõtrahatur, id eſt, ſolutione & traditione, vt proximè diximus ex *l. 5. §. is quoque de oblig. & act. & §. is quoque Inſtit. quib. mod. re contr. oblig.* nam & in contractibus omnibus generale eſt, vt tempus contractus inſpici oporteat *l. Rutilia Polla 69. infr de contr. empt. l. ſi voluntate 8. Cod. de reſcind. vendit.* & vulgare noſtrorum brocardicum eſt, qualitatem iunctam verbo intelligendam eſſe ſecundùm tempus verbi ex *l. in delictis 4. § ſi extraneus ſupr. de noxal. act.* Cùm ergo dicit quia ſolutum à ſe indebitum, probare debet fuiſſe indebitum eo tempore quo ſolui. Atqui ponimus ſolutum fuiſſe ex teſtamento, quod non niſi poſteà falſum vel inofficioſum vel irritum vel ruptũ apparuerit, ac proinde de cuius virib. ſolutionis tempore non dubitabatur, vt negari non poſſit, quin bona fide & facta & accepta ſolutio ſit. Non ergo indebiti condictione teneri poteſt is cui ſolutum eſt, tantundémque debet ei prodeſſe bona fides, quantum veritas ex iuris regula in *l. bona fides 136 de regul. iur.* Nam quod ibi additur, *vbi lex impedimento non eſt*, ad hunc caſum pertinere non videtur, cùm neq; lex neq; prætor prohibeat, quominus ſoluatur eſt teſtamento, quod neq; falſum adhuc, neque inofficioſum, neque irritum, neq; ruptum eſſe dicatur, dummodò adita ſit ex eo hereditas quæ etiam ex teſtamento, quod falſum eſſe iam dicitur, adiri interdum poteſt *l. cùm falſum 46. infr. de acquir. hered.* Multo magis autem ſi teſtamentum in eo ſit vt de inofficioſo iamiam argui poſſit, quamuis heres inſtitutus id ſciat, quia nec inofficioſi querela proponi poteſt niſi poſt aditam ex teſtamento hereditatem *l. Papinian. 8. §. ſi condicioni ſupr. de inoff. teſtam l. ſcimus 36. § vlt. C. eod.* Idémq; de teſtamento rupto vel irrito facto dici poſſe videtur, cùm neq; rumpi vel irritum fieri teſtamentum neque ruptum vel irritum factum pronunciari poſſit, niſi quod aliquando tenuit *l. nam etſi 5. & paſſ. infr. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* Cur nõ ergo impunè ſolutionem accipere liceat ei cui etiam prætor actionem daturus ſit ad extorquendam ab inuito quoq; ſolutionem; quomodo ſolemus dicere, iniquum eſſe impunè non ſoluere eum quem prætor cogere poſſit ad ſolutionem *l. quod autem 6. §. apud Labeonem infr. quæ in fraud. credit.* Eſt enim multo faciliùs, vt poſſidenti qui iam ſolutionem accepit, detur ad impediendam condictionem retentio *l. 1. infr. de pignor. l. in hoc iudicium 14. §. 1. ſupr. commun. diuid. l. ſi in area 33. inf. hoc tit.* Dec. Ex eo teſtamento quod vel falſum, vel inofficioſum, vel ruptum, vel irritum ab initio, id eſt, ante aditam hereditatem fuiſſe ex poſtfacto apparuit, neque legatum, neq; fideicommiſſum, neq; æs alienum, neq; aliud quicquam deberi poteſt, ac ne quidem libertates ſiue directæ ſiue fideicommiſſariæ, niſi à legitimis heredibus fuerint repetitæ *l. generaliter 24. §. ex teſtamenta infr. de fideic. libert. l. 1. C. eod.* Nam falſum teſtamentum ipſo iure nullum eſt, cùm nec teſtamentum ſit, quia quod falſum eſt, nihil eſt. Inofficioſum verò licèt ab initio teſtamentum ſit, adeóq; validum ex quo adiri hereditatem non modò poſſibile, ſed etiam neceſſarium ſit, vt inofficioſi querela naſci poſſit, poſtquàm tamen inofficioſum pronunciatum eſt, redit ad cauſam non teſtamenti, perindéque habetur ac ſi nec factum teſtamentum nec hereditas ex eo adita vnquam eſſet *l. cum qui 21. §. vlt ſupr. de inoffic. teſtam.* Facit enim querela inofficioſi patremfamiliàs inteſtatum, adeóque quod mirabilius eſt, & contra iuris regulas, interdum pro parte teſtatum & pro parte inteſtatum *l. circa 24 eod. tit.* quia reſcindit defuncti iudicia tanquam dementis hominis & inſani *l. 2. l. Titia 13. eod.* adeóq; libertates niſi teſtamentum ex magna & iuſta cauſa inofficioſum dici cœptum ſit poſt quinquennium *d. l. Papinian. 8. §. vlt. & l. ſeq. eod.* ita vt is qui ſemel ex teſtamento heres fuit, æquè contra iuris regulã heres eſſe deſinat *l. in ſubſtitutione 31. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Teſtamentum verò quod irritum factum eſt per capitis diminutionem, quæ teſtatori poſt teſtamentum factum ſuperuenerit, licèt ab initio valuerit cùm fiebat, deſiit tamen valere viuo adhuc teſtatore, nec per legem confirmari proinde poteſt tẽpore mortis niſi teſtator ante mortem fuerit in priſtinũ ſtatum reſtitutus, ideóq; nec adiri ex eo hereditas poteſt *l. ſi alienum 49. §. 1. de hered. inſtit.* Quod autem ipſo iure ruptũ eſt ſiue viuo adhuc teſtatore, vt per aliud poſterius teſtamẽtum ritè factum, ſiue eo iam mortuo per natiuitatẽ fortè poſthumi præteriti vt in *d. §. ex teſtamenta l. 1. l. poſthumus 12. & paſſ. de iniuſt. rupt. §. poſteriore Inſtit. quib. mod. teſtam. infirm.* licèt tum quoq; valuerit, cùm fiebat, itémq; ipſo etiam mortis tẽpore, in eum tamen ſtatum deducitur, vt nec valuiſſe vnquã exiſtimetur, nec adiri ex eo hereditas poſſit, imò nec ſuus heres quiſquam exiſtere quandiu in eo ſtatu eſt, vt rumpi quandoq; poſſit licèt nondum ruptum ſit *l. ventre præterito 84. de acqu. hered. l. ſi filius 16. de liber. & poſthu.* quamuis ſui heredes nulla indigeant aditione *l. in ſuis 11. eod. l. in ſuis 14. de ſuis & legit.* Atqui neq; legata

neque

neque fideicommiſſæ, neq; libertates aliter ex teſtamento deberi poſſunt, quàm ſi ex eo adiri aut aliter acquiri poſſit hereditas; ita vt nec ſufficiat adiri poſſe niſi adita ſit *leg. ſi nemo 9. infr. de teſtam. tutel. l. ſi nemo 181. de reg. iur. l. ea quam 14. C. de fideic.* Conſeqoẽs igitur eſt, vt quod ex ſupradictis teſtamentis ſolutum eſt, ſit indebitum, ideóque indebiti condictione repeti poſſit: non enim quod teſtamentum ex poſtfacto pronũciatur falſum, aut inofficioſum, aut iniuſtum, aut ruptum, facere poteſt, vt non iam fuerit tale antea & eo ipſo tempore qoo ſolnebatur. Euentus.n. & prooũciatio declarat quale anteà teſtamentum fuerit, neq; nunc tale facit, nec mutat ſtatũ teſtamenti niſi quatenus res etiam malè iudicata pro veritate habetur *l. & ex diuerſo 35. §. 1. ſupr. de rei vind.* Nec quod is cui ex aliquo eiuſmodi teſtamẽto ſolutũ eſt in bona fide fuerit, facere poteſt debitũ, quod reuera fuit indebitum, quia lex impedimento eſt, quæ nec eiuſmodi teſtamẽta valere patitur, nec ex iis deberi quicquam poſſe, nec obligationes iuſtas contrahi dominiáque acquiri niſi certis & legitimis modis *l. obligationũ ferè 44. §. placet de verb. obli. & action.* inter quos non eſt bona fides ſi ſit ſola: plus dico, etiamſi authore ac mandante prætore ſolutio facta eſſet eo tempore, qoo neque falſum adhuc neque inofficioſum, neque irritum, neque ruptum eſſe teſtamentum dicebatur, ſaluam tamen ei qui ſoluit, manere condictionem indebiti, quoniam ea quæ de nouo emergunt, nouo indigent auxilio *l. de etate 11. §. ex cauſa ſupr. de interrog. in iur fac.* nec res antè iudicata pro veritate haberi poteſt in eo du quo iudicatum non fuit, cùm neque ad officium iudicis pertineat futuri poſt ſententiam temporis tractatus *l. 1. §. 1. in fin de vſur.* Sed cui dabitur hæc legatorum repetitio? An bonæ fidei poſſeſſori qui ſoluit? an heredi qui hereditatem euicit? Vlpianus hîc non aperit, ſed in fine legis ſubiicit actionem dandam ei ſecundùm quem de hereditate iudicatum eſt. De quo poſtea dicicemus.

n *Vel ſi poſt multum temporis emerſerit æs alienum.* RAT. DVB. Cùm ſemel adita eſt hereditas, nec redit ad cauſam nõ aditæ hereditatis (vt eos caſus excludamus de quibus proximè diximus) omnis defuncti voluntas rata conſtituitur *l. ſi patroni 55. §. qui fideicõmiſſum infr. ad SC. Treb.* ac proinde non minus quod ad legata quàm quod ad æs alienum Ergo quamuis poſt legata & fideicõmiſſa ex teſtamento ſoluta æs alienum emerſerit, non eo magis condici legata & fideicommiſſa poſſunt, quæ & bona fide accepta ſunt à legatariis & fideicommiſſariis, & eo tempore quo adhuc latente ære alieno non poterat heres hoc prætextu recuſare ſolutionem, præſertim verò ſi ponas nonniſi poſt multum temporis æs alienum emerſiſſe, quomodo Vlpianus hîc ponit: quis enim erit huius periculi metuendi finis? aut quando parta legatariis & fideicõmiſſis ſecuritas, ſi acceptæ ſolutione expectãdum habent an poſt multa fortè luſtra & annorum curricula emerſurum ſit æs alienum, quod plerũque per multos annos latet, priuſquam emergat & ſe exerat? At non abſurdum & iniquum eſt rerum legatarum, aut fideicommiſſarum dominia tamdiu manere in incerto *l. 1. inf. de vſucap.* nam & non valde diſſimiliter videmus libertates conſeruari, quæ in teſtamento inofficioſo relictæ ſunt, ſi poſt quinquennium teſtamentum inofficioſum dici cœptum ſit *d. l. Papinianus 8. §. vltim. ſupr. de inoff. teſtam.* quamuis non poſt multum temporis fieri dicatur id quod fit poſt quinquennium;

ſed id demum quod poſt decenniom *l. ſi cum fideicommiſſa 16. §. Ariſto. infr. qui & à quib. manum.* Adde quòd heres adeundo hereditatem, non minus cum legatariis & fideicommiſſariis contrahere, aut ſaltem quaſi contrahere videtur, quàm cum creditoribus *l. 3. §. vlt. cum l. ſequen. infr. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Quidni ergo tenebitur ex ſuo illo quaſi contractu, tametſi æs alienum poſt multum temporis emerſerit? Maximè autem ſi credas cum Bartolo legata & fideicommiſſa etiam in minus ſolemni teſtamento relicta deberi naturaliter, vt dicebamus ad legem præcedentem: quanto magis enim & ciuiliter, & naturaliter debentur ea, quæ data ſunt in ſolemni teſtamento? Quod ſi ita eſt, quidni naturalis illa & ciuilis obligatio impediet condictionem?

DEC. Ex nullo teſtamento præſtãtur legata vltra vires patrimonij *l. in ratione 11. §. quod vulgo ad fin. infr. ad leg. Falcid.* nec heredem oportet plus legatorum nomine præſtare, quàm ex hereditate boniſque defuncti ad eum peruenerit, quamuis ceſſet Falcidia *l. 1. §. ſi is qui l. ex facto 17. §. non tantùm ad SC. Trebell. §. 1. verſ. hoc ſolum Inſtit. de ſingul. reb. per fidei relict.* nec bene in hoc comparantur legatarij & fideicommiſſarij cum creditoribus. Etſi enim eadẽ lex duodecim tabolarum eſt, quæ heredem & creditoribus & legatariis obligat *l. vlt. C. de hered. act.* aliter tameo his, aliter illis, nam creditoribus quidem obligat in ſolidum etiamſi bona defuncti non ſufficiant, quia cũ heres perſonam defuncti repræſentet, ita vt eadem perſona eſſe exiſtimetur *Nouell. 48. de iureiur. à morien. praſt. in princip. l. heres & hereditas 22. inf. de vſucap.* non poteſt heres ſolidum æs alienum non debere, quod defunctus ſolidum debuit, debétque ſibi heres imputare cur ea lege adierit *l. ſi duo, 8. infr. de acquir. hered. l. 1. C. ſi cert. pet. l. 1. & 2. Cod ſi vnus ex plurib. hered. debit.* Vnde fit vt ſoluendo dicatur eſſe hereditas quęcunq. inuenit heredem *l. liberum 36 de bon. liber. l. qua dotis 33 ſolut. matr.* at legatariis non obligatur in ſolidum heres per legem duodecim tabolarum, quia nec permiſit ciui Romano ea lex teſtari de alieno, ſed tantùm de ſuo *l. verbis legis 120. de verb. ſignific. l. cõficiuntur 8. §. ſi poſt factum de iur. codicill.* id demum autẽ ex bonis cuiuſq. eſſe creditur, quod ſupereſt deducto omni ære alieno *l. mulier bona 72. de iur. dot. l. leg. non poſſunt 11. de iur. fiſc. l. ſubſignatum 39. §. bona de verb. ſignific.* Et quamuis latiùs pateat hereditatis appellatio quàm bonorum, quia hereditas non dicitur deducto ære alieno, cùm habeat commoda & incommoda *l. ſi quis ſeruum 8. §. vlt. & l. ſeq. de legat. 2. l. 1. 2. & 3. de bon. poſſ.* peruenisſe tamen propriè etiam ex hereditate dicitur id demum quod deductis oneribus ſupereſt *l. 2. §. peruenisſe verſ. illud tenendum de hered. vel act. vend. l. cogi 6. §. ſed & ſi quis ad SC. Trebell.* Ac præterea licet teſtator ille ſit, qui legat, obligatio tamen legatorum incipit ab herede *l. hereditariarum 40. de oblig. & act.* at æris alieni obligatio incipit à defuncto, tũ quoq. quãdo agi eo nomine cũ defuncto nõ potuit, vt in exẽplis *l. hereditariũ 7. de reb. author. iudic. poſſid.* Deniq. creditores certant de damno vitando, ob idque ſunt fauorabiliores, legatarij verò de lucro captando, & ideo tanto minus fauorabiles *l. vlt. §. fin verò creditores C. de iur. delib. l. quod autem 6. § ſimili modo infr. quæ in fraud. credit.* Adeò autem verum eſt non deberi legata ſupra vires hereditarias, vt quamuis hereditas quæ non erat ſoluendo, inuenerit emptorem eo precio, quod ſufficere legatorum ſolutioni poſſit, non eo magis tamen legata pleniora præſtanda ſint, quia licèt perſuaderi vix poſſit non

Google

fuiſſe, eam hereditatem ſoluendo, quæ talem emptorem inuenerit, magis tamen ex ſtultitia emptoris eam pecuniam videtur habere heres quàm ex bonis defuncti, quemadmodum nec legatariorum detrimentum eſſet, ſi heres malè minúſq; iuſto precio res hereditarias vendidiſſet, vt eleganter Paulus noſter ratiocinatur in *l.3.in princip. ad leg. Falcid.* Cùm igitur ex quantitate æris alieni quandocunque emergentis appareat legata quæ ſoluta ſunt fuiſſe ab initio indebita, iam tum quoque cùm ſoluebantur, ratio nulla eſt, quin per indebiti condictionem repeti poſſint. Imò verò ex huiuſmodi cauſa poteſt minor reſtitui in integrum aduerſus aditionem hereditatis: itémque maiores ſed milites ſoli, niſi quibus ſpeciali priuilegio, & citra exemplum id à Principe conceſſum eſt, vt Iuſtinianus ſcribit in §. *extraneis verſic. ſciẽdum eſt Inſtit. de hered. qualit. & differ.* Non idem hodie iuris eſt, ſi ponas aditã eſſe hereditatem purè ac ſine beneficio legis & inuentarij, poſtquàm placuit Iuſtiniano, vt hic heres in pœnam neglecti beneficij teneatur legatariis in ſolidum non minùs quàm creditoribus, ita vt nec Falcidiam ex legatis poſſit deducere etiam, quę non ſit prohibita à teſtatore *d.l. vlt §. penult. C. de iur. delib.* ante quam id proculdubio obtinebat, quod ex veteris iuris ratione ſuprà diximus, vt legatorum nomine ſupra facultates hereditarias, nunquam heres teneretur, tametſi hereditatem purè adiſſet, quã nec adire olim aliter potuiſſet. Nec exiſtimandum eſt fieri hoc caſu ex poſtfacto indebita legata, quæ anteà fuiſſent debita: ſed ex poſtfacto apparet fuiſſe iam ab initio indebita, ſiue poſt modicum, ſiue poſt multum temporis æs alienum emerſerit: non enim ratio vlla temporis haberi debet contra eum, cui culpa nulla imputari poteſt, quíq; ſua diligentia temporis tarditatẽ præuenire, & anteuertere nõ potuit. Aliáq. ratio eſt libertatum, de quibus in *d.l. Papinia. us §. vlt.* quarum ſcilicet fauor euicit, vt ſi querela inofficioſi teſtamenti non niſi poſt quinquẽnium perlata ſit, quod rarò quidem, ſed tamen aliquando ex magna & iuſta cauſa fieri poteſt, libertates, quæ competierunt non reuocentur, quas tamen ſumma iuris ratio reuocatas eſſe volebat, facto patrefamilias per Centumuirale iudicium inteſtato. Quod autem diximus heredem adeuntem non minùs quaſi contrahere cum legatariis quàm cum creditoribus, facere non poteſt, vt eo magis debita fiant legata, quę ante aditionem & mortis tempore, ex quo maximè æſtimanda eſt quantitas patrimonij *l. in quantitate 74. in princip. ad leg. Falcid.* indebita verè fuerunt. Nam & cùm heres ſpeciali ſtipulatione ſe obſtrinxit legatariis, non ideo tamen durius obligatur, quominus iiſdem exceptionibus omnibus vti poſſit, quibus poſſet, ſi nulla ſtipulatio interueniſſet *l. 1. §. ſi quis ſub conditione inſr. Vt legat. ſeu fideicomm. ſeruand. cauſ. caueat.* Quod ergo contractus expreſſus facere non poteſt, nec quaſi contractus faciet. Expreſſa enim illa ſtipulatio, quæ de legatis ſoluendis interponitur, licèt actionem ex teſtamento nouet *l. cùm filius 76. §. heres meus de leg. 2. l. ſi Stichum 8. §. 1. inſr. de nouat.* actionis tamen ex teſtamento naturam induit, & vicem repræſentat *d. §. ſi quis ſub conditione* quæ natura eſt omnium Prætoriarum cautionalium ſtipulationum *l. 1. §. cautionales. De prætor. ſtipulat.* de quibus videnda ſunt quæ ſcripſimus *lib. 1. 3. c. omiſſ. c. 3.* Ex his verò intelligimus quam falſum ſit quod putat Bartolus, legata etiam in minùs ſolemni teſtamento relicta deberi naturaliter, cùm nec ea naturaliter debeantur quæ in teſtamento ſolẽni relicta ſunt, niſi quatenus per legem confirmantur, & defenduntur. Alioqui nec prætextu æris alieni poſtea emergentis condici poſſent, tanquam & naturaliter & ciuiliter debita.

b *Vel Codicilli diu celati prolati ſunt.* RAT. DVB. Codicilli per aliquantulum, ſiue per multum temporis ſuppreſſi, celatíque facere non poſſunt, quin verum ſit teſtamento relicta ſolemniter & vtiliter fuiſſe legata quæ in iis codicillis, vel in totum adẽpta ſunt, vel diminuta, ſiue per diminutionem legatæ quantitatis, ſiue per hoc quod aliis quoque legata relicta ſint. Ergo non eo magis dici poſſunt indebita ex teſtamento, quamuis non ſint debita ex codicillis. Non enim minùs ſolemnem voluntatẽ tam curare debemus, quàm eam quæ ſolemnis fuit, nec proinde codicillos qui ſolẽnitatem & obſeruationem iuris nullam deſiderant anteponere teſtamento, quod tot ſolemnitatibus conſtat & conſtituitur, maximè cùm habeat iuris regula, debere vnũ quodque diſſolui eo modo, quo colligatũ eſt, nec leuiori ſolemnitate *vulg. l. nihil tam naturale 35. de reg. iur. l. ſi prout 80. de ſolut.* ac proinde teſtamẽtũ tolli teſtamẽto poſteriore perfecto & æquè ſolẽni, nõ codicillis, *§. poſteriore Inſtit. quib. mod. teſtam. infirm.* DEC. Codicilli teſtamentarij, ſiue ante, ſiue poſt teſtamentum facti teſtamento confirmantur, & veluti quædã teſtamẽti pars cenſentur, ita vt quicquid in eiuſmodi codicillis ſcriptũ eſt, perinde habendũ ſit, ac ſi in teſtamẽto ſcriptũ eſſet, idq. iure ſingulari codicillorũ, vt Iulianus loquitur *in l. 2. § codicillorum inſr. De iur. codicill. l. pen Teſtam. quemadm. aper.* Vnde fit, vt quãuis neque legata, neque libertates in codicillis dari poſſint neque tutelæ, & alia ſi qua ſunt, quæ per modũ legis relinqui verbis directis neceſſe eſt, nẽpe ſi codicilli ab inteſtato facti ſint *l. illud 13. § 1. De iur. codicill.* aliud tamen iuris ſit factis ex teſtamento codicillis *l. vlt. eod. tit.* Ergo & per huiuſmodi codicillos adimi poſſunt ea quoque legata, quę in priore ſcriptura teſtamenti relicta ſunt, ac ſi poſteriore aliqua parte eiuſdẽ teſtamẽti adẽpta eſſent. Voluntas enim nouiſſima in legatis, vt in omnibus aliis vltimis voluntatibus attenditur, *l. ſi mihi 12. § vltim. de legat. 1. l. ſi quis in princ. 22. de legat. 3.* Quod ſi adimi codicillis in totum poſſunt, quidni multò magis minui? vt Vlpianus arguit *in l. iuris gentium 7. §. adeò ſupr. De pact.* ſiue per delibationẽ aliquam datæ quãtitatis ea diminutio facta ſit, ſiue per aliorum adiectionẽ legatariorum, per quam fiat, vt legi Falcidiæ locus eſſe incipiat, cui alioquin nullus fuiſſet. Neque ideò tamen teſtamentum per codicillos tolli aut infringi exiſtimandum eſt: tota enim vis teſtamẽti pendet ex heredis inſtitutione, quę idcircò in codicillis etiam teſtamẽto confirmatis fieri nunquam poteſt, ne per codicillos, qui ex teſtamẽto valerẽt, ipſum teſtamẽtum quod vires ex inſtitutione accipit, confirmari videretur, inquit Papinianus *in l. quod per manum 10. D. de iure codicill.* Proinde quãdiu durat inſtitutio, tãdiu etiam teſtamentum ſubſiſtit, licèt legata omnia vel adimantur, vel immutentur. Illud ſanè verum eſt difficiliùs adimi legata, quàm fideicommiſſa, quia licèt omnia nuda voluntatis mutatione tolli poſſint, nulla quoque ſcriptura ne quidem codicillorũ interueniente, neceſſaria tamẽ eſt heredi exceptio doli contra legatarios, quæ non eſt neceſſaria aduerſus fideicommiſſarios *l. 3. §. vlt. iunct. l. ſeqn. inſr. De adim. legat.* nempè quia legata vinculum iuris habent, cùm per legis modum verbis directis & imperatiuis relinquantur, non etiam fideicommiſſa,

quæ

quæ verbis tantùm precariis aut precariuis, vt loquitur Vlpianus in *Fragment. titul. de legat.* Sed aliud eſt de iis legatis loqui, quæ nuda voluntate adempta ſint, aliud verò de iis quæ per poſteriores codicillos teſtamento confirmatos. Hæc enim ipſo iure adempta ſunt, ita vt neque legatariis dãda ſit actio; neque heredi exceptio doli deſideranda. Ergo ſi ex codicillis diu celatis prolatiſque tandem appareat legata quæ teſtamento relicta fuerant, aut in totũ adempta eſſe, aut ex parte imminuta ſiue per teſtatorem, ſiue per poteſtatem legis Falcidiæ ob nouorum legatariorum acceſſionem inducendæ, fatendum eſt apparere ex poſtfacto, fuiſſe iam inde ab initio & ipſo mortis tempore indebita legata, quæ ex teſtamento ſoluta ſunt, quatenus per codicillos adempta inueniuntur, & conſequenter poſſe repeti per condictionem indebiti, tanquam ſoluta probabiliſſimo errore facti, cùm heres diuinare nec potuerit nec debuerit ea, quæ in codicillis tamdiu celatis continebantur *l. 3. §. cùm tranſactio l. non eſt ferendus 12. verſ. ſi tamen ſupr. de tranſact. l. Lucius 76. §. vlt. ad Senatuſconſultum Trebellian.* niſi vel ille ipſe fuerit, qui celauit vel celantib. dolo malo conſenſerit. Atqui, inquies, prætextu inſtrumentorum, poſtea repertorum neque tranſactio, neque ſententia retractatur *l. ſub prætextu inſtrumenti 19. C. de tranſact. l. ſub ſpecie 4. C. de re iudic.* Cur potius ergo ſolutio legatorum? Sed reſpondendum eſt, in legatis ſolutis ita obtinere, ne alioqui contra voluntatem fiat, quod ex voluntate proficiſcitur *l. verbis ciuilibus 7. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. facta 63. §. ſi ſub conditione l. debitor 59. in fine principij ad SC. Treb. l. vlt. in fi. C. de reb. cred. & iureiur.* nec ſolutionem ſimplicem pro tranſactione accipiendã eſſe, vt ait *l. vlt. C. hoc tit.* Quid ergo ſi dolo malo & fallaci perſuaſione legatarij heres ſolida legata ſoluerit, cùm legi Falcidiæ locus eſſet, nec cauerit ſibi per ſtipulationem ex *tit. ſi cui pluſquam per leg. Falcid.* videtur eâdem fallaciâ qua abiecit auxilium prætoris, abieciſſe etiam ſpem & auxilium condictionis. Et ideò neceſſaria et eſt actio de dolo, *l. ſi legatarius 24. ſup. de dolo.* vbi vide quæ ſcripſimus, quamuis putet Bartolus actionem de dolo cum indebiti condictione tanquam generaliori poſſe concurrere, cùm legatarij dolus interceſſit.

c *Nam Diuus Hadrianus.* RAT. DVB. Eius eſt condicere qui dedit, & eius repetere qui ſoluit, vt nomẽ ipſum repetitionis ſignificare videtur, ſicut & illi ipſi condicendum eſt, qui ſolutionem accepit, non etiam ei cui ſolutio proficit *l. his ſolu 49. infr. hoc titul.* Atqui heres qui adierat ex teſtamento, quod poſtea falſum vel inofficioſum pronunciatum eſt, ille fuit, qui ea legata ſoluit ex illo teſtamento cùm illud neque falſum neq; inofficioſum eſſe crederet. Ipſi ergo dari debet condictio non illi ſecundùm quem de hereditate iudicatum eſt. DEC. Condictio indebiti naturalis eſt, id eſt, naturalẽ habet æquitatem, vt & cæteræ condictiones omnes *l. indebiti 15. leg. hæc condictio 66. infr. hoc tit.* ne ſcilicet alioquin eueniat contra naturalem æquitatem, vt is qui aliquid indebitum accepit, ex aliena iactura locupletetur *leg. nam hoc natura 14. eod. l. iure naturæ 206. de reg. iur.* Illi ergo danda condictio eſt, qui alioquin damnũ pateretur, non qui aliter indemnitatem conſequi poſſit. Atqui damnum legatorum perperam & indebitè ſolutorum non ad bonæ fidei poſſeſſorem pertinere poteſt, qui ſoluit, ſed ad eum ſolum pro quo iudicatum eſt, quia bonæ fidei poſſeſſor qui bona fide ſoluit ante motam de teſtamento controuerſiam (alioqui ſciens indebitum ſoluiſſe videretur *l. eum qui 21. §. 1. ſupr. de inoff. teſtam.*) retinere poteſt ex hereditate quantum legatorum nomine perſoluit, nec ad aliud vrgeri poteſt, quàm vt directa condictione cedat, quæ ipſi aduerſus eos quib. ſolutum eſt competit *l. quòd ſi poſſeſſor. 17. iunct. §. vlt. leg. præced. ſupr. de hered. petit.* nempe ſi de ſuo ſoluerit, vt ea lex ait. Nam ſi de rebus hereditariis ſufficit ei quod ex Senatuſconſulto conueniri non poſſit, ſupra quam locupletior ex hereditate factus eſt, *l. ſed etſi 25. §. cõſuluit eod.* Non poteſt autem videri factus locupletior ex ſolutione legatorum, quæ ad veri heredis onus pertinebant. Verus autem heres cùm ea ratione indemnitatem conſequi nequeat à bonæ fidei poſſeſſore, moraretur vtique in damno, cùm hereditatem tantò minorem à bonæ fidei poſſeſſore conſecutus ſit, niſi ei per condictionẽ ſuccurreretur, aut directam, quæ ab ipſo poſſeſſore ceſſa ſit (quidni enim cogẽdus eſt cedere, cùm nullo ſuo vel incõmodo vel diſpendio id facere poſſit *l. in creditore 38. infr. de euict.*) aut vtilem ex propria perſona, ſi malit, quod & ipſi commodius eſt: directam enim habere ex ſuo capite proculdubio non poteſt, cùm non ipſe ſoluerit, ob eámque cauſam neceſſarium fuit reſcriptum Hadriani in hac ſpecie, vt & Imperatoris Titi Antonini in ſpecie *leg. ſeq.* ad dandam vero heredi vtilem condictionem, vt Papinianus ſubiicit in *dict. leg. ſeq.* & Paulus in *l. militis 36. §. miles in ſupremis infr. de teſtament. milit.* & Vlpianus in *d. l. Papinianus §. pen. de inoff. teſtamen:* in illis verbis *& hac vtilẽ actione repetuntur.* ſcilicet quæ repetuntur ab eo qui obtinuit, nõn ab eo qui ſoluit, vt præcedentia demonſtrant. Et quod ibidem ſequitur, ſi ante motam controuerſiam legata ſoluta ſint ferè, id eſt, frequẽtiùs eum repetere qui obtinuit, non eum qui ſoluit: quia ſcilicet ſoluta videri debent hoc caſu bona fide, tantóque dignior ille qui ſoluit, vt per retentionem liceat ei ſibi conſulere potius quàm per actionem. Nec pugnat quod ſcriptum eſt in *dict. l. quod ſi poſſeſſor* dandam eſſe bonæ fidei repetitionem. Id enim de repetitione intelligi debet quæ aduerſus heredem verum ei detur, non de condictione aduerſus legatarios, latius quippe patet repetitionis nomen quàm condictionis, vt diximus. Ergo aliud eſt, ſi poſt motam controuerſiam ſoluta ſint, quia imputari hoc caſu poſſit bonæ fidei poſſeſſori, cur non meliùs ſibi cauerit interpoſita ſtipulatione, *Euicta hereditate legata reſtitui*, nec iam bonæ fidei poſſeſſor manet, cui Senatuſconſulto ſubuentum eſt, vt diximus, ne ſuprà quàm locupletior factus eſt, conueniri poſſit. Sed tamen contrà ſcriptum videtur in *d. l. quòd ſi poſſeſſor 17. de hered. petit.* omni caſu condictionem ei dandam pro quo iudicatum eſt, non ei qui ſoluit, quaſi fauendum ei ſit, qui ſaltem inſpecto initio bona fide hereditatem poſſederit, niſi dicamus, quod ex Caio ita ſcriptum eſt in *d. l. quòd ſi poſſeſſor*, ab illis verbis, *ſed cùm ceſſante*, vſque ad finem legis Tribonianeam æquitatem ſapere potius, quàm Papinianeam, cùm ex prudentũ omnium ſententia, bonæ fidei poſſeſſor hereditatis, non ſolùm poſt litem conteſtatam, ſed etiam poſt motam controuerſiam fiat prædo *d. l. ſed etſi §. ſi ante l. ſi quid poſſeſſor 31. §. ſicut eod. tit.* ideóque ex illo tẽpore indignus planè ſit, cui ſiue ex verbis, ſiue vt Tribonianus mauult, ex ſententia Senatuſconſulti ſubueniatur, quod Vlpianus, vt puto ſignificare voluit in *d. l. Papinianus §. pen.* poſtremis illis verbis *ferè autem ſi ante controuerſiam motam ſoluta ſunt, qui obti-*

*nuit. repet.* vt intelligamus, ſi poſt motam controuerſiam ſoluta ſint, dãdam eſſe repetitionem ei potius qui ſoluit, cùm eo caſu omnimodo teneatur, vt indemnem præſtare debeat petitorem, quia nec dolo carere videtur is, qui iam mota controuerſia hereditatis legata dat ſine cautionibus *leg. dolo 41. infr. ad leg. Falcid.* Hoc verò cùm tam certi iuris ſit, vt vix credi poſſit fuiſſe à Triboniano ignoratum, malo hũc errorem Triboniani ad illud referre, quòd poſtrema illa Caij verba, *dandam ei eſſe repetitionem*, quæ nos interpretati ſumus de danda poſſeſſori repetitione contra heredem, videtur intellexiſſe de danda ei repetitione & condictione legatorum aduerſus legatarios etiam illo caſu, quo ſoluerit bona fide ante motam ſibi de hereditate controuerſiam, quod certè à Caij ſenſu alienum eſt, & à bonæ fidei poſſeſſoris vtilitate, niſi tam ſtultus ſit, vt actionem eligere malit quàm retentionem. Cùm igitur ſolutio bona fide facta eſt, repetitio danda eſt ei qui non ſoluit: nec enim hoc nouum eſt *l. nec nouam 5. inf. hoc tit.* Obſeruã tamẽ non eſſe hodie locum huic quæſtioni, de repetitione legatorum ex eo teſtamento ſolutorum, quod poſtea inofficioſum pronunciatum eſt, poſtquam placuit Iuſtiniano, vt ex cauſa ſiue præteritionis, ſiue exheredationis rupto vel irrito facto teſtamento ſolæ inſtitutiones corruant, legata autem & cætera omnia ſalua remaneant *Auth. ex cauſa C. de liber. præter.* vt monuimus ad *d. l. Papinianus §. pen.* Idem ergo adnotandum eſt ad ſpeciem *l. ſeq.* quæ eſt de legatis ſolutis ex teſtamento, quod agnatione poſthumi ruptum fuit, ſi cum interpretib. noſtris eam Iuſtiniani conſtitutionem tam generaliter intelligas, vt paternam quoque præteritionem comprehendat, quod tamen probabile mihi numquam viſum, & pleriſque operum noſtrorum locis improbatum eſt.

3 PAPINIANVS lib. 28. Quæſtionum.

IDem eſt, & ſi, ſolutis legatis, noua & inopinata càuſa hereditatem abſtulit: veluti nato poſthumo, quem heres in vtero fuiſſe ignorabat: vel etiam ab hoſtibus reuerſo filio, quem pater obiiſſe falsò præſumpſerat. nam vtiles actiones poſthumo, vel filio, qui hereditatem euicerat, dari oportere in eos, qui legatum perceperunt, Imperator Titus Antoninus reſcripſit, ſcilicet quòd bonæ fidei poſſeſſor, in quantum locupletior factus eſt, teneatur, nec periculum huiuſmodi nominum ad eum, qui ſine culpa ſoluit, pertinebit.

*Ad l. Idem eſt, & ſi, ſolutis 3.*

RAT. DVB. & DEC. eadem eſt quæ ad initium §. 1. *legis præcedentis*, vbi non tantùm de falſo & inofficioſo, & irrito facto teſtamento dictum eſt, ſed etiã de rupto: adferuntur enim hîc duo exempla rupti teſtamenti, ex quo ſoluta fuerint legata ab herede ſcripto, qui bona fide hereditatem adierit, exiſtimãs eam ad ſe pertinere. Primum eſt, ſi natus ſit poſt aditionem & legatorum ſolutionem poſthumus, qui teſtamento paterno fuerat præteritus, & quem heres in vtero fuiſſe aditionis tempore ignorabat: hoc enim addit Papinian. & addere debuit, quia ſi heres ſciuiſſet ventrem plenum, quem præteritum eſſe non poterat ignorare, vtique non niſi mala fide hereditatem ex eo teſtamento adire potuiſſet, cùm ex eo teſtamento, quod per agnationem poſthumi rumpi poteſt, non poſſit interim deferri hereditas *l. ventre 84. de acqu. hered.* An autem pater ipſe ſciuerit, an ignorauerit plenum ventrem fuiſſe eo tempore quo teſtabatur, nihil refert hac parte, id eſt, quod quod pertinet ad conſtituendum heredem in bona fide, vt non ipſi cõdictionis neceſſitas imponatur, ſed imputandi & retinendi ex hereditate facultas ei detur conceſſis ipſi poſthumo vtilibus actionibus ad repetitionem legatorum, quę rupto per agnationem poſthumi teſtamento apparent ex poſtfacto fuiſſe iam ab initio indebita, ideóq; condici poſſe. Alterũ exemplum eſt, ſi ab hoſtib. reuerſus ſit, poſt aditam ab inſtituto hereditatem filius, quem pater obiiſſe falsò præſumpſerat, ideóque præterierat: nã & hic quoque filius quandocunque reuerſus, inueniens ſe à patre præteritum, licèt non faciat teſtamentum nullum, quia eo tẽpore conditi teſtamenti erat ſeruus hoſtium, qui proinde inſtitui tanquam ſuus heres nec poterat, nec debuerat, rumpit tamẽ quaſi agnatione propter fictionem poſtliminij quę efficit, vt in ciuitate & patris poteſtate manſiſſe ſemper videatur *§. ſi ab hoſtibus Inſtit. quib. mod. ius patr. poteſt ſoluit. l. Gallus 29. §. quod ſi qui filium & ſeq. infr. de liber. & poſthum. l. ſi quis filio 6. §. 1. de iniuſt. rupt. l. penul. de ſuis & legit.* ita fit, vt noua & inopinata cauſa hereditatem auferat heredi inſtituto, quem credibile eſt eodem teſtatoris errore mortuum putaſſe illum, qui apud hoſtes viuebat, & ita hereditatem bona fide poſſediſſe. Ea res facit, vt cùm ex Senatuſconſulto, quod de hereditatum petitionibus factum eſt, ei ſubueniẽdum ſit, ne ſuprà quàm locupletior factus eſt, teneatur *l. ſed etſi 25. §. & conſuluit & paſſ. ſupr. de hered. petit.* ideóque poſſit legata hæc quæ ante motam controuerſiam ſoluit, quamuis indebita, heredi vero imputare *l. quòd ſi poſſeſſor 17. ſupr. de petit. hered.* dandæ ſint vtiles actiones poſthumo vel reuerſo filio, qui hereditatem euicit in eos qui legata perceperunt. Atque ita Diuus Antoninus Pius reſcripſit, vt & Hadrianus in ſpecie legis præcedentis, vbi totum hoc fuſiùs explicauimus, & monuimus non eſſe correctam huius legis ſententiam per Nouellam Iuſtiniani conſtitutionem *5. Vt cùm de appellat. cognoſc. §. aliud quoque capitulum, vnde ſumpta eſt Auth. ex cauſa C. de liber. præter.* Quid ergo ſi legatarij qui legata perceperunt, reperiantur non ſoluendo eo tempore, quo à filio conueniũtur? An ad filium cui nihil imputari poteſt, periculũ pertinebit? an potius ad bonæ fidei poſſeſſorem qui ſoluit, nec ſibi cauit interpoſita ſtipulatione, *Euicta hereditate legata reſtitui?* Ad filium, inquit Papinianus, non ad bonæ fidei poſſeſſorem qui ſine culpa ſoluit, id eſt, cui nulla culpa imputari poteſt, ne quidem illa cur non ſibi cauerit per ſupradictam ſtipulationem, cùm nulla dum ei controuerſia hereditatis mota eſſet: alioqui certè cũ exinde malæ fidei poſſeſſor & prædo factus ſit, non videtur dolo carere, ſi legatariis nulla interpoſita ſtipulatione legata ſoluerit, vt proximè diximus ex *l. dolo 41. ad leg. Falcid. leg. ſi quid poſſeſſor 31. §. ſicut ſupr. de petit. hered.* vt ad legem proximam ſcripſimus, contrà quàm ſub Caij nomine à Triboniano ſcriptum ſit

in l.

in *l. quod poſſeſſor 17. eod. tit.* niſi malis Tribonianum in eo potius erraſſe, quòd Caij ſenſum nō bene perceperit, quàm quòd ei qui poſt motam controuerſiam iam factus prædo legata ſoluit, fauere voluerit contra tam apertam iuris rationem, vt ad *l. prox.* interpretati ſumus. Atqui, inquies, nec imputari filio quicquam poteſt niſi fortè illud poſthumo, cur natus ſit, aut reuerſo ab hoſtibus cur reuerſus ſit. Fateor, ſed æquius illud eſt, vt non moretur bonæ fidei poſſeſſor in damno, quàm vt arceatur filius ab hoc incommodo, ne ad minus opulentam patris veniat hereditatem, denique in pari cauſa, ſicuti melior eſſe deberet condicio poſſeſſoris, ita cùm neuter poſſeſſor eſt debet eſſe deterior condicio petitoris: condemnari enim nemo debet, quin aliqua aduerſus eũ ſubſit cauſa cōdēnationis, quāuis nec aduerſus actorē quicquam ſit, propter quod non debeat obtinere. Reo ſufficit alterutrum probare, aut actorem non poſſe obtinere, aut ſe non debere condemnari, at actori vtrumque probandum eſt, & obtinere ſe debere, & reum condemnari oportere.

4. PAVLVS libro 3. ad Sabinum

IDem Diuus Hadrianus reſcripſit, & ſi aliud teſtamentum proferatur.

*Ad l. Idem Diuus Hadrianus 4.*

Eadem quoque ad hanc legem dubitandi & decidendi ratio eſt, quæ ad præcedentes. Nihil enim hæc lex continet, niſi aliud exemplum rupti teſtamenti per aliud poſterius ritè factum, ex quo adiri poſſit hereditas, licèt nec adita ſit *§. poſteriore Inſt. quibus modis teſtam. infirm.* Ergo ſi heres priore teſtamento inſtitutus, cùm poſterius ignoraret, hereditatem bona fide adierit, & priore teſtamento relicta legata ſoluerit ante motam ſibi de hereditate controuerſiam, danda erit legatorum condictio vtilis, aut heredi ſcripto in poſteriore ſi ex eo hereditatē adierit, & euicerit, aut legitimo ſucceſſori inteſtati, ſi is hereditatem obtineat, ſiue quòd heres ſcriptus in poſteriore noluerit, aut aliqua de cauſa impeditus ſit adire, quamuis teſtamentum valeret *d. §. poſteriore*, ſiue quòd inſtitutus ipſe fuerit, in poſteriore teſtamento minus ſolemni, quo caſu fauore legitimæ ſucceſſionis prius teſtamentum æquè per poſterius rumpitur *l. 2. De iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam. l. ſi duobus 12. §. ſi prius De bonor. poſſ. contr. tab. l. hac conſultiſſima 21. §. vlt. Cod. qui teſtamen. fac. poſſ.* Proinde ſi legatarij interim facti ſint non ſoluendo, periculum ad eum qui hereditatem euicit, non ad bonæ fidei poſſeſſorem, qui legata ſoluit, pertinebit, ſecundùm ea quæ ad præcedentes leges ſcripſimus.

5. VLPIANVS libro 16. ad Sabinum.

NEc nouum eſt, vt, quod alius ſoluerit, alius repetat. Nam & cùm minor[a] viginti quinque annis, inconſultè adita hereditate, ſolutis legatis, in integrum reſtituitur, non ipſi repetitionem competere, ſed ei, ad quem bona pertinent, ab Arrio Titiano reſcriptum eſt.

*Ad l. Nec nouum 5.*

RAT. DVB. & DEC. ad hanc legem eadem eſt, quæ ad *verſic. Nam Diuus Hadrianus l. 2 in fin. ſupr. eod.* vbi oſtendimus, cùm alius ſoluit, alius verò repetit, condictionem illam, quæ datore i qui non ſoluit, vtilem eſſe, non directam, ei verò qui ſoluit, directam ſemper competere, ſi ea malit experiri, quàm cedere illi qui euicit hereditatem: aut ſi malit heredi tantum reddere, quantum erogauit ex hereditate ad ſolutionem legatorum: quod tamen ſi fecerit, vtiq; ſtultus fuerit, cùm ſit longè commodius retinere, quàm agere, & non ſoluere, quàm ſolutum repetere, ſiue ab eodem, ſiue ab alio *l. 3. infr. De compenſat. l. ſi ſtipulatus 15. in princ. infrà De fideiuſſ.* Nec tantùm iis caſibus, de quibus hucuſque diximus, hoc euenit, vt alius ſoluat, alius repetat, ſed aliis etiam pleriſq; quos hîc Accurſius congerit ex *l. prox. l. dominus 53. l. tutores 61. infr. hoc tit. l. cùm fundus 3. §. 1 ſup. De reb. cred. l. vlt. §. ſi verò Cod. de iur. delib.* Sed caſus illi omnes diſſimiles, in quibus ſcilicet ei qui non ſoluit actio competit ſoli, & directa, ei verò qui ſoluit, nulla: at in caſibus de quibus hucuſque diximus, necnon in alio, quē Vlpianus hîc addit de minore, qui inconſultè adita hereditate ſolutiſque legatis in integrum reſtitutus eſt, competit ei quoque qui ſoluit, condictio indebiti & quidem directa, ei verò qui non ſoluit, tantùm vtilis. Quò etiam pertinet, quod ſcriptum eſt in *l. quòd ſi poſſeſſor 17. ſup. de hered. petit.* de cuius ſenſu & Triboniani errore in illa Caij ſententia interpretanda ſcripſimus *ad l. 2. §. vlt. ſuprà.*

a *Nam & cùm minor.* Hic verſiculus nullam planè habet difficultatem, ſi cum Accurſio eum intelligas de legatis indebitis, quæ minor 25. ann. ſoluerit poſt aditam hereditatem, & antequam reſtitutus eſſet in integrum ad eam repudiandam. Quis. e. dubitare poſſit, quin ſolutis legatis indebitis, competat indebiti condictio pro eorum repetitione? Aut quis eam cōdictionem daturus ſit minori ipſi, qui legata ſoluit ex hereditate, quam poſtmodū repudiauerit? Planè ſi ponas eum ſoluiſſe de ſuo, magis eſt, vt quod indebitum ſoluit, imputare heredi non poſſit *l. item veniunt 20. aliàs l. ſi poſſeſſor §. ſed ſi vendidit ſupr. De hered. petit.* & ideo danda ei condictio eſt, non heredi: cùm ipſe minor, qui ſolutis legatis reſtitutus eſt in integrum, ad ſe abſtinendum, ipſe ſibi controuerſiam hereditatis fecerit, ſibique, vt ita dicam, hereditatē euicerit, quam haberet hodie, ſi reſtitutionem non impetraſſet. Sibi ergo imputet, qui ſe in ea cauſa conſtituit *l. ſi iudex 41. ſupr. De minor.* At eum ſoluit, ille ex hereditate nihil ei abſit: is verò ad quem bona per reſtitutionē in integrum peruenirũt, condictionem ſolus habere debet, tanquam cuius ſolius interſit, & quidem aduerſus legatarios, qui indebita legata perceperunt: aduerſus minorem verò qui ſoluit, nullam, cùm reſtitutio in integrum pleniſſimam ipſi indēnitatem, non damnum aliquod nouum adferre debuerit: in damno autem moraretur, ſi poſt impetratā reſtitutionem, & repudiatam hereditatem teneretur poſſeſſori bonorum legata reddere, quæ eâdem iuuenili facilitate, & inconſulta

facilitate indebita ſolniſſet. Sed malo ego locum hunc intelligere de legatis ſolutis, quæ debita fuerint ea eo ipſo teſtamento, ex quo minor adierat hereditatem, quam poſtea per reſtitutionem in integrum omiſit. Qui caſus longè maiorem habet dubitandi rationem, illam nimirum, quòd negari non poſſit, quin hæc legata verè debita fuerint, & quidem eo tempore quo ſolucbantur, cùm teſtamento ſolemni & valido relicta eſſent. Quanam ergo ratione per condictionem indebiti repetentur? præſertim cum heres, qui ſemel heres per aditionem factus fuit, etiamſi poſteà per reſtitutionem in integrum admittatur ad omittendam hereditatem, non eo minùs heres maneat *l. au Prætor 7. §. ſed quod Papin. ſupr. De min.* propter regulam iuris, quæ extra certos caſus, in quibus hic non eſt, minimè patitur, vt ſemel heres deſinat heres eſſe, *l. ei qui ſoluendo 88. de hered. inſtit. l. ex facto 43. §. vlt. iunct. l. in ſubſtitutione 31. de vulg. & pupill. ſubſtit.* nam ſi & teſtamentum, & ex eo heres manet, qui non tantùm ſolutioni legatorum obſtrictus ſemel fuit, ſed etiam legata ſoluit, quomodo fieri obſecro poteſt, vt fiant indebita, & intercidant? Hinc nimirum cogitur Bartolus dicere, hereditatis aditione, quæ iure prætorio non teneat, vt puta reſciſſa per reſtitutionem in integrum, licèt adhuc de iure ciuili non teneat, legata non cõfirmari eáque nullomodo deberi, & in eam rem textum hunc ait eſſe multùm notabilem: & prò ſimili allegat, legata non confirmari regulariter per nudam ſui heredis exiſtentiam ea *l. 1. §. vltim. infr. vt in poſſeſſ. legat.* excepto legato libertatis *l. cùm quaſi 30. §. ſed etſi ſuus de fideicom. libert. l. ſciendum eſt 32. de manum. teſtam.* & vniuerſali fideicommiſſo hereditatis *l. ita tamen 27. §. ſi pater ad SC. Trebell.* Fatetur tamen nuda ſui heredis exiſtentia confirmari tabulas pupillares ea *l. ſi filius 12. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. Iulianus 42. alias l. ſi pupillus de acquiren. hered. l. paterfamilias 28. de rebus author. iudic. poſſid. aliàs l. 13. de priuileg. credit.* Quæ tamen omnia pace Bartoli dixerim, ſunt ridicula. Primùm enim conſtat in ſpecie huius legis aditionem hereditatis ab initio tenuiſſe, non tantùm ciuili iure, ſed etiam prætorio, cùm teſtamentum ex quo erat adita hereditas, non minus iure prætorio teneret, quàm ciuili. Neque verò vllum caſum pro Bartolo reperire meo iudicio facilè quiſquam poſſit, in quo hereditatis aditio, quæ ab initio tenet iure ciuili, non teneat etiam ab initio iure prætorio, quamuis è contrario multi caſus ſint, in quibus teſtamentum quod iure ciuili non valet, prætorio iure defenditur, vt in ſpecie *l. poſthumus 12. l. filio præterito 17. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam. l. qui ex liberis 11. §. teſtamento de bonor. poſſeſſor. ſecundum tabulas.* Nihil enim aliud exigit prætor ad dandam bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas interdum ſine re, interdum etiam cum re futuram, niſi vt ſeptem teſtium ſignis ſignatæ ſint, & teſtator habuerit factionem teſtamenti vtroque tempore, & teſtamenti & mortis *l. 1. §. exigit & ſeqq. eod. tit. l. Paulus notat. 8. de prætor. ſtipulat. l. inter omnes 12. Qui ſatiſd. cogant.* Sed non ideo tamen bene quis dixerit, aditionem hereditatis tenere de iure prætorio, cùm aditio ſit modus acquirendæ iure ciuili, non iure pretorio hereditatis, quia heredem facere pretor nõ potuit, non magis quàm legem, ſed tantùm bonorum poſſeſſorem *§. quos autem Inſtit. de bonor. poſſ.* neque rurſum hereditatem deferre, ſed duntaxat bonorum poſſeſſionem, licet bonorum poſſeſſores omnes ſint loco heredum *l. 1. 2. & 3. de bonor. poſſ.* Fateor per reſtitutionem in integrum petitam à minore ad repudiandam hereditatem quam inconſulto adierat, reſcindi à prætore aditionem, id eſt, perinde haberi apud prętorem, ac ſi facta non eſſet: ſed cùm prętor hereditatis nomen adimere non magis poſſit, quàm dare, non poteſt ea reſtitutio facere, vt aditio non teneat iure ciuili, neque vt heres non maneat, qui ſemel fuit, nec proinde, vt legata eo teſtamento relicta non maneant debita ipſo iure, ſicut euenit, cùm ſuus heres ſe abſtinet bonis patris *l. neceſſariis 57. de acquir. hered.* Generaliter enim & perpetuò verum eſt, non eſſe ſine herede illum qui ſuum heredem habet, quamuis ſe abſtinentem *d. l. cùm quaſi 30. §. ſed etſi ſuus de fideic. libert.* ſiue ſuo iure ſe abſtineat, vt ſuus heres *l. impuberibus 11. & ſeq. de acquir. hered.* ſiue petita in integrum reſtitutione, vt in hac lege, & *dict. § ſed quod Papinianus l. etſi ex modica 6. § ſi filius & ſeq. de bon. libert. l. 1. § ſi quis adita infr. ad SC. Tertyll.* Et quamuis Vlpian. in *d. §. ſed etſi ſuus* loquatur de libertatibus, ſicut & in *d. l. ſciendum*, libertates autem ſiue directæ, ſiue fideicõmiſſariæ ſoleãt eſſe fauorabiliores: ratio tamen, qua mouetur, generalis eſt, & petita ea ratione mera iuris, non ex fauore vllo libertatis. Neque rurſum ponit Vlpianus in *dict. §. ſed etſi ſuus* ſubuentum eſſe directis libertatibus, quę auxilio certè nullo indigent, vt conſtat ex *dict. l. ſciendum*, ſed fideicommiſſariis, quia parum eſt, debitas eas eſſe, ſi nemo ſit a quo præſtari poſſint: quod in directis diuerſum eſt, quæ ipſo iure competunt, & dantur quidem à teſtatore, ſed ita tamen, vt à nemine præſtentur. Quomodo igitur, inquies, per condictionem indebiti poſſunt condici legata per eum, ad quem bona pertinent, ſi non facta ſunt per in integrum reſtitutionem indebita? Hoc enim eſt quod torſit Bartolum, & ex quo euoluere ſe non potuit. Sed dicendum eſt, quę ratio fuit decidendi legata in eo teſtamento relicta, ex quo hereditatem minor adierat, & ab eo ante petitam reſtitutionem ſoluta, ipſo quidem iure manere debita, ſed tamen haberi pro indebitis, quod attinet ad prætorem, cuius ſolius eſt actiones etiam ipſo iure competentes, vel concedere, vel denegare, quia nunquam ille dabit reſtitutionem in integrum legatariis, at neque creditoribus contra eum quem non habeat pro herede, ſiue beneficio abſtentionis, ſiue auxilio in integrum reſtitutionis *dict. l. neceſſariis* quæ hoc omnium optimè explicat, *iunct. l. ſi filius 12. ſup. de interrog. in iur. fac. d. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano ad Senatuſconſultum Trebellianum.* Ac proinde, cùm poſt reſciſſam aditionem, quæ ex teſtamento facta fuerat, bona pertineant ad legitimum inteſtati ſucceſſorem, ſi non aliquis ſubſtitutus ſit, vt in *dict. §. ſed quod Papinianus leg. 7. de minor.* legitimus autem ſucceſſor ille nõ fuerit oneratus legatis, quæ nec ab inteſtato relinqui potuerunt, niſi per fideicommiſſum repetita ſint à legitimis ſucceſſoribus, vt in *l. generaliter 24. §. ex teſtamento infrà de fideicommiſſ. libert. l. 1. Cod. eodem l. 1. & l. conficiuntur 8. §. 1. infr. de iur. codicill. leg. vltim. Cod. eodem.* conſequens omninò eſt, vt ſi effectum rei inſpicias magis, quàm iuris poteſtatem & ſubtilitatem, indebita dici poſſint legata, non tam quòd nullo iure debeantur, quàm quia nullomodo peti poſſint, denegante prætore actionem, quamuis ipſo iure competentem, vt in *dict. leg. neceſſariis.* Ac tametſi nulla actione indigeant legatarij, quibus legata iam ſoluta ſunt, non aliter tamen probare poſſunt legata ſua eſſe debita, quàm ſi probent talia ea eſſe, vt ſi ſoluta non eſſent, ſolui hodie deberent, data in

eam

eam rem actione, adeo vt quæ peti non poſſent, ſi ſoluta non fuiſſent, nec retineri ſoluta poſſint, non ſolùm quòd neq; naturaliter legata debeãtur, quæ ciuiliter non debentur, vt contra Bartolum diſputauimus ad *l. 1. ſup.* ſed etiam, quia eiuſdem prætoris eſt dare iis exceptionem ad retinenda legata, (non enim fiunt retentiones niſi per viam exceptionis, conuento per actionem eo, qui vult vti retentione) cuius eſt dare actionem ad ea petenda. Quę autem impedit, ne reſciſſa per in integrũ reſtitutionẽ aditione dare velit actionẽ legatariis, eadẽ obſtat, ne exceptionẽ quoq; accõmodare iis poſſit, nempe quia nõ habet hereditatẽ pro adita etiamſi verè adita ſit, & adita maneat iure ciuili. Quemadmodum è cõtrario accidit aliquando, vt habeat hereditatẽ pro adita ex teſtamento, quæ tamen reuera non ſit adita, niſi ab inteſtato, vt ſi heres in fraudem legatariorum, & fideicommiſſariorum omittat hereditatem ex teſtamento, & ab inteſtato poſſideat hereditatẽ, quo caſu legata, quæ iure ciuili omnino interciderunt, & debita dici nullomodo poſſunt, iure tamen prætorio quaſi debita conſeruantur *l. ſi duo 18. & ſeq. l. ſi dolo 24. in fin. & paſſ. l. eũ quoque 13. infr. vt legat. ſeu fideicom. ſeruand. cauſ. caueat. Si quis omiſſ. cauſ. teſtament.* Non enim difficilius eſt Prætori, imò facilius, vt hereditatis aditionem factam habeat pro non facta, quàm vt non factam habeat pro facta. Eodémque ſenſu accipi debet quod ſcriptum eſt *in d. l. 1. §. vltim. Vt in poſſ. ſ. legat.* ſi certum ſit abſtentos neceſſarios heredes fruſtra edictum illud implorari, *cùm certum ſit*, inquit Vlpianus, *legatum vel fideicommiſſum non deberi*, nimirum vt non debeatur apud Prætorem, qui nullam pro eo legato conſequendo actionem daturus ſit, non antẽ vt iure ipſo, id eſt, ciuili non debeãtur, tam enim legatariis, quàm creditoribus hereditariis obſtrictus eſt ſuus heres, ipſo iure etiam poſt abſtentionem *d. l. neceſſariis* in illis verbis *vt quamuis creditoribus hereditariis iure ciuili teneantur, tamen in eos actio nõ detur ſi velint derelinquere hereditatem*. lex enim 12. tabularum de creditoribus & legatariis promiſcuẽ locuta eſt, déq; omnibus hereditariis oneribus, cùm heredes ſiue ſuos & neceſſarios ſiue extraneos obligauit *l. 1. Cod. ſi cert. petat. l. vlt. Cod. de hered. act. d. l. ſi filius qui patri 12. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Et certè ſecum pugnaret Prætor, ſi pro debitore legatorum, id eſt, pro herede haberet eum, quem poſt conceſſam ipſi reſtitutionem in integrum, aut poſt abſtentionem, iam non habet amplius pro herede *d. l. ſi filius 12. De interrog. in iur. fac.* Habet igitur eum ſicut pro non herede, ita & pro non debitore legatorum. Et conſequenter quid mirum eſt, dare Prætorem indebiti condictionem aduerſus legatarios ei ad quem bona pertinent, iure inteſtati? Nam ipſi minori qui ſoluit, cùm eſſet nomine & effectu heres, condictionem dare, vt ſuprà diximus, non poteſt: non ob id ſolùm, quòd ea verè debuerit tempore ſolutionis, ſed etiã quia nihil eius iam intereſt poſt abſtentionem, cùm nonniſi modò nomine heres remaneat *d. l. etſi ex modica 6. §. ſi filius infr. De bon. libert. l. 2. §. ſed ſi ſint ſui heredes 8. ad SC. Tertyll.* At legitimus inteſtati ſucceſſor eam condictionem habere debet, quia eius valde intereſt, vt defuncti bona omnia nullis legatis imminuta conſequatur: non dico, vt hereditatẽ habeat opulentiorem, quia hereditas, quæ per aditionem hereditas eſſe deſiit, non poteſt per reſtitutionem in integrum ita reſtitui, vt rurſum fiat hereditas, & quidem legitima ex teſtamentaria, & ad proximum inteſtati ſucceſſorem deuoluatur, alioqui nec heres maneret qui fuiſſet, ſi alius quoq; fieri heres poſſet, cùm vni duo in ſolidum heredes eſſe non poſſint, *l. quod contra 141. §. De reg. iur.* ideoq; deficiente iure ac nomine hereditatis, dicimus, nihil niſi bona ad proximum inteſtati ſucceſſorem pertinere poſſe, vt hîc Vlpianus loquitur, bene & Scæuola in *l. ex contractu 44 de re iudic.* Vnde eſt quod nec directas actiones vllas habet, ſed tantùm vtiles *d. leg. ait Prætor 7. §. ſed quod Papinianus De minor.* nec proinde niſi vtilem cõdictionẽ in propoſita ſpecie, in qua debentur legata ipſo iure, quæ tamẽ quaſi indebita repetũtur: neq; rurſum hereditatẽ repudiare dicitur, qui reſtitutus eſt aduerſus aditionẽ à ſe factã, ſed ſe bonis abſtinere *d. §. ſed quod d. leg. etſi ex modica §. ſed etſi De bon. libert. d. l. 1. §. ſi quis adita inſr. ad SC. Tertyll.* licèt alioquin extraneorum heredum ſit repudiare, neceſſariorum verò ſe abſtinere, nempe quoniam abſtinemus propriis, repudiamus aliena, vt elegãter Cuiacius docuit. Falſum igitur eſt, quod abſolutè tradit Bartolus per nudam, vt ipſe loquitur, ſui heredis exiſtentiam, legata non confirmari: confirmantur enim ita vt debeantur, ſed iure ciuili non prætorio, & confirmato ſemel teſtamento, omnis defuncti voluntas rata conſtituitur *l. ſi patroni 55. § qui fideicõmiſſam ad SC. Trebell.* ac proinde legata, tutelæ, & cætera omnia quæ teſtamento continentur *l. ſi hereditas 10. §. 1. infr. De teſtam. tutel.* ſed non ſtatim conſequens eſt, vt iure prætorio peti poſſint. Quæ ratio fuit, propter quam Vlpianus in *d. l. 1. §. vlt. vt in poſſeſſ. legat.* faciens edicti prætorij interpretationem, atque ita reſpiciens ad ius prætorium non ad ciuile, ſcripſit, ſi certum ſit abſtentos eſſe neceſſarios heredes, certũ quoque eſſe legata, & fideicommiſſa non deberi, hoc eſt, peti non poſſe, ideoque fruſtra edictum illud à legatariis implorari, cum non ad alia legata, vel fideicommiſſa pertineat, quàm ad ea quæ peti poſſunt. Quamquã in eo quoque Bartolus errat, & quotquot ſunt interpretes, qui cum eo nudam ſui heredis exiſtentiam vocant, & diſputant, an nuda ſui heredis exiſtentia confirmet legata, vel fideicõmiſſa vel libertates vel tabulas pupillares, non enim nuda ſui heredis exiſtentia dici hæc poteſt, cui confirmationis poteſtatẽ attribuimus, ſed plena, quãdoquidem non incipit eſſe nuda, niſi poſt abſtentionem: abſtentio autem cùm ſit facti, & exigat declarationem voluntatis, non poteſt fieri primo inſtanti poſt mortem patris, ſed ſucceſſiui temporis tractu aliquo indiget, vt fiat. Proinde toto illo tempore quod ab inſtanti mortis patris, ad inſtans vſq; abſtentionis intercedit, fatendum eſt exiſtẽtiam illam eſſe plenam, cùm interim & nomine & effectu filius heres ſit, & quidem ex teſtamento, ſi ſit inſtitutus, quãdiu ſe nondum abſtinuit, quamuis poſſit ſe abſtinere *leg. 1. §. qui ſunt in poteſtate infr. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Atqui confirmatio teſtamenti quæ iuris tantùm, non etiam facti eſt, fit in inſtanti ſola legis poteſtate, nec tantùm legis duodecim tabularum, ſed etiam legis Velleiæ in ſuo caſu *d. l. ſi hereditas §. 1. ad SC. Trebell.* Ergo quamuis poneres, quod impoſſibile eſt, ſecundo poſt patris mortem inſtanti ſecutam eſſe filij abſtentionem, primum tamen inſtans, quod præceſſiſſet, ſufficeret, vt ſui heredis exiſtentia plena aliquãdo fuiſſe videretur, ad confirmandum in omnibus & per omnia teſtamentum. Hinc eſt, quod per plenã illam nõ per nudam ſui heredis exiſtentiam confirmantur tabulæ pupillares, vel fatente ipſo Bartolo *ex d. l. ſi filius qui patri 12. De vulg. & pupill. ſubſtit.* itémque fideicommiſſa vniuerſalia *d. l.*

*ita tamen 27. §. ſi pater ad Senatuſconſ. Trebellian.* non quia repudians, vt cauſatur Bartolus, cogi poſſet ad adeundum [ nihil enim tale tractari poteſt in tabulis pupillaribus, in quibus tamen idem iuris eſt ] ſed quia non facit abſtentio, quin filius qui ſe abſtinuit, remaneat heres, non tantùm iure ciuili, ſed etiam quod nemo fortaſſis ante nos obſeruauit, iure Prætorio, in iis omnibus neque commodum, neque incommodum vllum verſatur filij ſe abſtinentis, cuiuſmodi eſt confirmatio pupillarium tabularum, quarum effectus in id tempus confertur, quo pupillus erit mortuus, itémque fideicommiſſorum vniuerſalium, quæ non niſi fideicommiſſariorum periculo reſtituuntur, vt nos alibi ſæpe latiùs ſcripſimus. Eſt enim tractatus ille ab hoc loco ſatis alienus.

6. Pavlvs libro 3. ad Sabinum.

Si procurator tuus indebitum ſoluerit, & tu ratum non habeas: poſſe repeti; Labeo libris poſteriorum ſcripſit: quòd ſi debitum fuiſſet, non poſſe repeti, Celſus. ideo, quoniam cùm quis procuratorem rerum ſuarum conſtituit, id quoque mandare videatur, vt ſoluat creditori: neque poſtea exſpectandum ſit, vt ratum habeat [a]. Idem Labeo ait, ſi procuratori indebitum ſolutū ſit, & dominus ratum non habeat, poſſe repeti. Celſus ait, eum, qui procuratori debitum ſoluit, continuò liberari: neque ratihabitionem conſiderari. quòd ſi indebitum acceperit, ideò exigi ratihabitionem, quoniam nihil de hoc nomine exigendo mandaſſe videatur. & ideo, ſi ratum non habeatur, à procuratore repetendum.

*Ad l. Si procurator 6.*

Ad huius legis interpretationem multa referri poſſunt, quæ nos iam tractauimus *ad l. ſi procuratori falſo 14. ſupr. De condict. cauſ. dat.* Ideò hic erimus breuiores. Rat. ovb. Cùm procurator tuus indebitum ſoluit de tuo, & tuo nomine, nec tu ratā habes ſolutionem, non poteſt ipſe procurator eam repetere *verſ. vlt. huius legis*, quia neque de ſuo ſoluit, neque ſuo nomine: tu verò multo minùs, quia cum ratum non habeas factum tui procuratoris, nulla ex eius facto tibi acquiri potuit actio *d. l. ſi procuratori 14. De condict. cauſ. dat.* Ergo abſolutè dicendum eſt pecuniam hanc repeti non poſſe. Quis enim alius, quàm tu aut procurator tuus poſſet repetere? Dan. Procurator etiam verus qui ſoluit indebitum, egreditur officium ſuum, & excedit fines mandati, quia debitor mandare quidem intelligitur procuratori, vt ſoluat veris creditoribus, vt ſcriptum eſt in hac lege, ſed non vt cuiquam ſoluat indebitum aut maiorem quantitatem, quàm quæ ſit debita *l. cum indebitum 57. §. 1. infr.* id enim & ab vtilitate domini, & ab æquitate alienum eſſet, quotus enim quiſque eſt, qui ſuum iactare velit, aut debeat? *vulg. l. cùm de indebito 15. infr. De probat.* atque ita ſe obligat domino procurator, qui & de pecunia domini ſoluit, & ipſius nomine, vt præſtet ei indemnitatem contraria mandati actione. Ergo cùm ipſius interſit, habere debet condictionem, vt habeat quod domino poſſit ſoluere & reddere, ei ſiquidem danda ſemper actio eſt cuius intereſt, non ei cuius nihil. Porrò nihil intereſt veri domini, qui obſtrictum habet procuratorem, vt diximus, quique nummos ſuos ſi adhuc extant, vindicare poteſt, tanquam ab eo ſolutos qui alienandi ius nullum habuit, ſcilicet ſi, vt ponimus, ratam non habeat ſolutionem indebiti à procuratore factam: alioquin hoc ipſo ratam haberet, quod indebitum condicere ipſe vellet, quam porrò ſi ratam haberet, directa vtique condictione indebiti experiri poſſet, ſicut eueniet in pecunia quam procurator abſentis & ignorantis domini nomine mutuam dediſſet: nam ſi quidem dominus ratam haberet numerationem, competeret ei condictio certi ex mutuo directa, ſi verò nomen reprobaret, nullam actionem dominus haberet, procurator verò haberet vtilem *l. ſi abſentis 4. C ſi cert. petat.* nec enim mala argumentatio eſt à mutuo ad ſolutionem indebiti, & à condictione certi ex mutuó ad condictionem indebiti *l. 5. §. is quoque infr. de oblig. & action. §. is quoque Inſtit. quib. mod. re contr. oblig* Domino igitur ratum non habente directa indebiti condictio nulla eſt, quæ vel à domino vel à procuratore poſſit exerceri, ſed vtilis tantùm à procuratore, qui etiamſi non eſſet ſoluendo, imputare tamen ſibi dominus deberet, qui ratam habere ſolutionem, atque ita directam ſibi acquirere cōdictionem noluiſſet in eum, qui pecuniam indebitam accepiſſet, niſi quod actione mandati cogere procuratorem poſſet, vt ea vtili condictione cederet, ſi non mallet ipſe dominus, cuius pecunia & ſoluta & conſumpta eſſet, condictione illa ſubſidiaria experiri, quæ ex conſumptione acquiri ſolet iis omnibus qui pecuniæ ſi extaret, vindicationem haberent, ne alioqui eueniret, vt ex ipſius iactura locupletaretur is qui pecuniam accepit *l. rogaſti 11. §. vlt. & legib. ſeq. l. ſi & me 32. ſupr. De reb. cred.* Nec eſt contrarium quod in *verſ. vlt. huius legis* ſcriptum eſt, neq; tutorem, neque procuratorem ſoluētes repetere poſſe. Debet namque id intelligi, non de procuratore minoris, vt Accurſius & Bartolus malè explicant, nec rurſus de eo caſu quo procurator ſoluerit indebitum, vt iidem putant, quaſi ſenſus ſit, procuratorem minoris non poſſe repetere, niſi ſicut quilibet maior poſſet, ratihabitione non ſecuta ſcilicet vtili actione, ſed de procuratore quolibet etiam maioris, ſed qui debitum ſoluerit, non indebitum. Etſi enim nullā hic caſus videtur habere dubitationem, vt illi obiiciunt, ſi de eo tutore aut procuratore intelligas, qui & de pupilli alteriuſve domini pecunia ſoluerit, & ipſius nomine, habet tamen, ſi ponas tutorem hunc, aut procuratorem ſuam pecuniam ſoluiſſe, non eā quæ fuerit pupilli vel domini, quaſi ſit illa indebita: pecunia enim pupilli, vel alterius domini illa eſt, quæ debetur, non pecunia tutoris vel procuratoris. Ideóque bene adiecit Paulus ex Iuliano *neque intereſſe ſuam pecuniam, an pupilli, vel domini ſoluant*, ne quis fortaſſe crederet, Iuliani ſententiam de re indubitabili fuiſſe, nam nec alius ille caſus, quem Paulus

ſubiicit

ſubiicit in hac lege, de procuratore, qui & de pecunia domini, & ipſius nomine ſoluerit debitum, adeò carere dubitatione viſus eſt, vt eum prætermittendum putauerit, addita etiam ex Celſo ratione, quaſi recõdita, nec ita facilè cuiſuis obuia, quòd cùm quis rerum ſuarum procuratorem conſtituit, id quoque mandare videatur, vt ſoluat creditoribus, ideoque nec poſtea expectãdum eſſe, vt ratum habeat. Qua ex ratione intelligimus, non dubitaſſe Paulum *in verſ. quòd ſi debitum fuiſſet*, non poſſe repeti, an debitum à procuratore ſolutum repeti poſſet à domino, ſed an à procuratore ipſo, nec rurſum eo caſu quo dominus ratam ſolutionem habuiſſet, ſed quo nõdum ratam habuiſſet: illa enim vnica occurrebat ratio dubitandi, ſoluto vero debito, quòd dominus idémq; debitor nihil expreſſim ac ſpecialiter mandauerat de ſolutione, etiam vero creditori facienda, vt proinde ipſius ratihabitio expectanda videretur, quaſi pendente interim iure condictionis: diligenter enim mandati fines cuſtodiendi ſunt *l. diligenter 5. in princ. infr. mand.* Sed bene Paulus & Celſus reſpondent, non requiri in eam rem mandatum ſpeciale, cùm generale ſufficiat, ſicut & creditor cenſetur mandare ſuis debitoribus, vt ſoluant procuratori *l. qui hominem 34. § ſi Titium de ſolut.* præcedente autem mandato fruſtra expectari ratihabitionem, quæ non poteſt eſſe niſi ſuperuacua: quid enim amplius facere poteſt ratihabitio, niſi vt æquiparetur mandato? *l. vlt. C. ad SC. Maced.* Extátque hæc ipſa Celſi ſententia *in l. quodlibet* 87. *de ſolut.* Illud ergo duntaxat monendum ſupererat in fine legis, vt procuratori non eſſet danda ſoluti debiti cõdictio, nec ſimiliter tutori, neque ſi de ſua pecunia ſoluiſſet. Ita fiet, vt ſi principium legis huius cum fine coniungas, nihil abſurdum futurum ſit, nihil contrarium, nihil denique ſuperfluum: nec proinde neceſſe eſt, vt cum Azone & Accurſio locum hunc intelligas de procuratore omnium bonorum, & habente liberam adminiſtrationem: ſufficit enim vt habeat mandatum generale, quod eſſe poteſt citra bonorum omnium procurationem cum libera adminiſtratione.

a *Idem Labeo ait ſi procuratori.* RAT. DVB. Quod fit per procuratorem habentem generale mandatum, per dominum ipſum fieri intelligitur: nihil enim refert, an quis per ſe faciat, an per procuratorem *l. ita autem 5. §. quòd ſi poſteaquam infr. de admin. tutor. l. mandato generali* 60. *de procurat.* Atqui mandato generali continetur non ſolùm, vt procurator exigat, ſed etiam vt debitores ſoluant procuratori, quaſi & ipſis hoc mandatum ſit *d. l. qui hominem 34. § ſi Titium infr. de ſolut.* Ergo quod procuratori ſolutum eſt indebitum, non procuratori debet condici, ſed domino, etiam nulla ſecuta ratihabitione, nec enim is qui ſe debitorem putat, cùm non ſit, ſolueret eam pecuniam procuratori, niſi ſciret mandatum videri debitoribus omnibus, in quorum numero ſe eſſe putat, vt ei ſoluerent, nec rurſus procurator ab eo tanquam debitore mandantis acciperet ſolutionem, ſi non haberet in eam rem mandatum generale, vt proinde verum ſemper ſit dicere, tum quoque cùm indebitum ſolutum eſt, occaſione tamen mandati factam eſſe ſolutionem, præſertim ſi ponas factam eſſe bona fide, hoc eſt, ab eo qui ſe debitorem exiſtimabat, & procuratori idipſum credenti. An enim debuit procurator oblatam ſibi ſolutionem recuſare? aut an debitor hic eſſet necne, diligentius inquirere? Hoc verò ſufficere videtur, vt occaſione mandati ſolutum ſit *argum. l. debitor 59. infr. ad SC. Trebell.* multa enim fiunt occaſione magis quàm iure *l. 2. infr. de riuis*, & qui occaſionem damni dat, damnum dare intelligitur *l. qui occidit 30. §. in hac quoque ſup. ad leg. Aquil. l. is damnum dat 169. de reg. iur.*

DEC. In generali mandato non veniunt ea, quæ quis veriſimiliter mandaturus non fuerat, ſi de iis cogitaſſet, quemadmodum nec obligatione generali pignoris veniunt ea, quæ veriſimile ſit nõ fuiſſe quem ſpecialiter obligaturum *l. obligat 6. infr. de pignor. l. qui peculij 46. infr. de pecul.* Atqui veriſimile eſt, non fuiſſe dominum procuratori ſuo mandaturum, vt indebiti ſolutionem acciperet, quia non poteſt id fieri bona fide, cùm eo modo fiat, vt quis ex aliena iactura contra naturalem æquitatem locupletetur *l. nam hoc natura 14. hoc tit. l. iure naturæ 206. de reg. iur.* mandato autem quantumuis generale ſit, cùm ſit contractus bonæ fidei, ſemper bona fides ineſt *l. creditor 60. §. vlt infr. mand. l. ſi pater filiofam. 12. infr. Quæ in fraud. cred.* Non ergo videri poteſt hanc ſolutionem indebiti accepiſſe procurator, tãquam procurator & mãdati poteſtate, ſed tanquam alius quilibet, licèt prætextu & occaſione mandati acceperit, quod certè non ſufficit ad dominum obligandum, niſi dominus quoque hunc ſuum debitorem eſſe crediderit, qui procuratori tanquam debitor ſoluit: plus enim poteſt hoc caſu opinio domini, quàm veritas, quantum ad hoc, vt de huiuſmodi quoque debiti accipienda ſolutione in mandato generali cogitaſſe videatur, nec poteſt dominus imputare procuratori, cur id fecerit, quod veriſimiliter dominus ipſe facturus fuerat, ſi procuratorem non habuiſſet. Addit Bart. aliam exceptionem nec improbabilem, niſi indebitum procuratori ſolutum apparebat prima facie debitum, ita vt alius quilibet bonus & diligens paterfamilias eius ſolutionem recepturus fuerit, omni culpa ceſſante *arg. l. 3. in fi ſupr. l. quæ vtiliter, de neg. geſt.* At extra hos caſus expectanda domini ratihabitio eſt, vt ſi acceptam à procuratore ſolutionem indebiti ratam habeat, ipſi condicatur non procuratori *l. ſi indebitum 16. l. ſi ſine 22 in princip. infr. rat. rem haber.* Iam enim incipit voluntate ipſius facta eſſe ſolutio, quæ facta eſt ipſius procuratori: quod ſatis eſt, vt condictione obligetur *d. l. qui hominem in princ. de ſolut. d. l. cum indeb. 57. §. 1. l. indebitam 47. infr. hoc tit.* & ratihabitio facit negotium domini, cuius antea non erat, licèt ipſius nomine & contemplatione geſtum eſſet *l. ſi pupilli 6. §. item quæritur. l. ſi ego 24. ſup. de neg. geſt.* Et quemadmodum is qui procuratori debitum ſoluit, ſtatim & continuò liberatur, nulla etiam expectata ratihabitione, quia idipſum quoque veris debitoribus mandatum intelligitur, vt procuratori ſoluerent quodlibet debitum dummodò verum *d. l. qui hominem 34. § ſi Titium, & l. quodlibet 87 infr. de ſolut.* ita & ſecuta ratihabitione indebiti ſoluti, cùm perinde habendum ſit, ac ſi domino ipſi ſolutum eſſet, dicendum eſt eam ſolutionem quæ liberationem parere non poteſt ei qui non fuit debitor, acquirere illi condictionem aduerſus dominum. Hinc noſtri notant, in generali mandato non venire illicitum, & rectè: quamuis enim nihil illicitum faciat procurator, qui indebiti ſolutionem accipit bona fide ab eo, qui ſe putat debitorem, eſſet tamen hoc illicitum in perſona mandantis, qui non ſimiliter debitorem hunc ſuum eſſe putaret, ideóque nec mandaſſe hoc credendus eſt, ne alioqui fatendum ſit voluiſſe illum ex aliena iactura locupletari, vt diximus *l.* … *§. ſi pro-*

*curator. ſupr. Quod quiſq. iur.* ſicuti nec in diſpoſitione prohibitiua videtur prohibita ea quæ iuridica ſunt, inquit Bartol. ex *l. damni 18. §. ſed quid fiet infr. de damnat. infection.* Ex quo infert ille in mandato generali nunquam venire, vt procurator aliquid petat, per quod dominus in pœnam aliquam incideret: ſpeciali enim mandato hanc in rem opus eſſe, niſi cùm factum procuratoris imputari poteſt domino, puta ſi negligentem procuratorem conſtituerit *l. 3. C. de procurat. l. ſi procuratorem 8. §. ſi tutores infr. mandat.* quamuis nihil vetet etiam procuratori ipſi qui fuit negligens, pœnam infligi ſiue expenſarum, ſiue aliam. Idque plerumque æquius eſt, ſi negligentia illam contumaciam adnexam habeat, aut dolum *l. 1. §. ſi procurator ſupr. ſi quis ius dicent. non obtemper.*

1 ¶ Iulianus ait, neque tutorem, neque procuratorem ſoluentes, repetere poſſe, neque intereſſe, ſuam pecuniam, an pupilli, vel domini ſoluant.

*Ad §. 1. Iulianus ait.*

Hunc §. iam explicauimus in præcedentibus, & oſtendimus intelligendum eſſe de eo caſu, quo debitum à tutore, vel procuratore ſolutum ſit, ſed ex pecunia ipſius tutoris vel procuratoris, vt habeat ſententiam diuerſam ab ea quæ in principio legis ſcripta eſt, & vt nouam aliquam recipiat dubitandi rationem, quam nos ibidem attulimus. Sed neque verum eſt, procuratorem vel tutorem qui indebitum ſoluit, non poſſe repetere. Repetit enim ipſe non dominus aut pupillus, niſi ratihabitio ſequatur, vt Paulus ex Labeone in legis huius initio ſcribit de procuratore. De tutore verò, quod poſſit hac condictione repetere pecuniam quam pupilli nomine ſoluit, ſi modò eam rationibus pupilli non intulerit, textus eſt in *l. vlt. §. 1. infr. hoc tit.* Quo enim iure denegaremus tutori, vel procuratori condictionem eius pecuniæ, quam indebitam ſoluiſſent nulla ſecuta ratihabitione, cùm non poſſit ea condictio acquiri domino, qui eam ſolutionem mandaſſe non intelligitur? Planè ſi dominus velit condicere poteſt, quia hoc ipſo teſtatur, ſe ratam habere ſolutionem factam ipſius nomine *argum. l. ſeruum Titij 49. infr. mandat. l. 3. §. 1. infr. rat. rem haber.* qui caſus ratihabitionis ſecutæ ſemper excipiendus eſt. Cætera quæ hîc Accurſius & Bartolus congerunt, ad propriam huius legis interpretationem parum pertinent, & à nobis magna ex parte iam explicata ſunt ad *l. ſi procuratori 14. ſupr. de condict. cauſ. dat.* niſi quod Bartolus docet, ſolutionem indebiti à tutore factam non poſſe à pupillo ratam haberi, ex eiuſdem tutoris authoritate, cùm non poſſit tutor fieri author in rem ſuam pupillo, ideóque alterius tutoris authoritas neceſſaria eſt *l. pupillus 5. §. 1. l. quod dicitur 7. iunct. l. 1. infr. de author. tutor.* Scilicet ſi de pecunia ſua tutor ſoluerit, poſſitque ei imputari cur ſoluerit: interponeretur enim eo caſu authoritas tutoris ad eum ipſum exonerandum, vt in rationibus reddendis eam pecuniam pupillo imputare quandoque poſſet, prætextu acquiſitæ pupillo condictionis per eam ratihabitionem. Quòd ſi poneres tam probabilem fuiſſe tutoris errorem, cùm de ſuo indebitam pecuniam ſoluit pupilli nomine, vt nulla ei culpa adſcribi poſſit, eique indemnitatem eo nomine præſtare pupillus debeat (id enim euenire poſſe putat Bartolus, quod tamen non facile poſſum admittere) vt proinde nullum ex eius ſolutionis ratihabitione damnum pupillus ſenſurus ſit, non negarem quod vult Bartolus, poſſe in eam rem illum ipſum tutorem, qui indebitum ſoluit authoritatem pupillo præſtare ad ratam habendam ſolutionem, quia & pupillus ipſe poſſet ſolus ac ſine tutore ad acquirendam ſibi condictionem, cùm poſſit pupillus ex omnibus cauſis extra cauſam hereditatis acquirere ſibi ſine tutoris authoritate *l. obligari 9. eodem tit.* Sed ſi tutor ex pecunia pupilli, & ipſius nomine indebitum ſoluerit, dubitandum non eſt quin poſſit tutor ipſe repetere, nec tantùm pupilli nomine, vt vult Bartolus, ſed etiam ſuo, cùm neque poteſtatem, neque mandatum à lege habuiſſe intelligatur, vt indebitam pecuniam pupillarem ipſius pupilli nomine ſolueret, non magis quàm procurator habens generale mandatum, etiam cum libera, ſi voles, bonorum adminiſtratione: tunc enim domini loco tutor habendus eſt, cùm bene rem pupillarem adminiſtrat, non cùm pupillum ſpoliat *l. qui fundum 7. §. ſi tutor infr. Pro emptor.* Planè ſi procurator pupilli, aut actor à tutore conſtitutus indebitum ſoluerit, nemo dubitat quin poſſit pupillus tutore præſertim authore ratam habere ſolutionem, adeóque ſine tutore ſi omnimodo id vtile & commodum pupillo futurum eſt. Fieri namque facile poteſt, vt propter inopiam & procuratoris qui ſoluit, & tutoris qui eum conſtituit, interſit pupilli habere potiùs condictionem ſuo nomine aduerſus eum qui ſolutionem accepit, nulla etiam exacta ceſſione, quæ aliis pleriſque caſibus neceſſaria eſt, vt in *l. ſi vendidero 80. §. vltim. inf. de furt. l. cùm quis 38. §. 1. de ſolut.* Denique omnia hæc ex ſola pupilli vtilitate æſtimanda ſunt, ne alioqui dum nimia ſubtilitate circa res pupillares vteremur, in ipſius damnum & perniciem retorqueretur, quod ipſius fauore conſtitutum eſſet, vt ait *l. pen. C. ad SC. Trebell. iunct. dict. l. obligari 9. de author. tutor. l. non eo minus 14. C. de procurat.*

7. POMPONIVS libro 9. ad Sabinum.

QVod indebitum per errorem ſoluitur, aut ipſum, aut tantundem repetitur.

*Ad l. Quod indebitum 7.*

RAT. DVB. Illud ſolùm condici & repeti poteſt, quod indebitè ſolutum fuit, non aliud, ergo illud ipſum quod ſolutum eſt, ſemper repetendum eſt, non tantundem, imò verò interdum longè plus repetitur quàm ſolutum ſit, vt puta cùm fructus qui rei ſolutæ acceſſerunt condicuntur, & partus & ſi qua ſunt alia quæ acceſſionum naturalium appellatione contineantur *l. indebiti 15. in princ. l. ſi non ſortem 26. §. libertus. l. in ſumma 65. §. ei qui infr. hoc tit.* interdum verò minùs quàm ſolutum ſit, puta ſi quod ſolutum eſt, ex parte debeatur, vt Accurſius probat ex d.

Digitized by Google

ex *d.l.in ſumma §.vlti.*ſed malè, vt puto, quia quod eo loco Paulus ſcribit, indebitum eſſe quod omnino non debetur, oon ſcriptum eſt ad differentiam eius quod totum debetur, ſed ad ſignificandum id qnod nullomodo debetur, non id quod nulla ex parte, vt ibi dicemus. Dicunt enim prudentes eleganter *omninò non* pro nullomodo, & longè alio ſenſu quàm ſi dicerent *non omnino l. Gracè 8.§.illud infr de fideiuſſ.l.ſi non ſortem 26.§.indebitum infr.& alibi paſſ.* Non igitur verum eſſe poteſt, quod hic Pomponius ſcribit, quod indebitum per errorem facti ſoluitur, aut idipſum repeti, aut tantundem, maximè cùm cæteræ actiones omnes non ſoleant competere, niſi ad hoc, vt idem reddatur, vt in depoſito, commodato, venditione, permutatione aut ſimilibus, vel ad hoc, vt reddatur tantundem, vt in mutuo *l. 2.§. mutui datio l.3.& paſſ.ſupr.de reb.credit.* At vix vlla quæ competat ad vtrumque, ne quidem diſiunctim & alternatim, id eſt, vt vel idē, vel tantundem reddatur *l.Lucius 24. infr. depoſit.*

Dec. Indebiti condictio pertinet ad eas res quę & in ſpecie conſiſtunt, & in quãtitate: poteſt enim ſolui ſpecies quæ ſit indebita, poteſt etiam ſolui quantitas; quod in cæteris actionibus, quæ ex contractibus aut quaſi contractibus naſcuntur, diuerſum eſt: dantur enim aut ad ſpeciem tantùm, ita vt non poſſint dari ad quantitatem, niſi ſi qua ſit debita per modum ſpeciei, aut è contrario ad quantitatem tantùm ita vt non poſſint, dari ad ſpeciem, quemadmodum io mutuo. Excipiendæ ſunt ſtipulationes, quæ ſicuti pendent ex negotio contracto, & tot ferè genera continent, quot ſunt rerū contrahendarum, vt idem Pomponius noſter loquitur in *l.1.verſic. Conuentionalis de verb.oblig.* ita & ad res omnes pertinent, ſiue in ſpecie, ſiue in quantitate conſiſtant. Proinde ſi ſoluta ſit ſpecies, indebita dabitur condictio ad ſpeciem, & vt idipſum corpus quod ſolutum eſt, reddatur, nunquam vt tantundem, niſi fortè res perierit, quo caſu neceſſe eſt veniri ad æſtimationem, quod ad præſtationem attinet, quia corpus quod non extat, præſtari ipſum non poteſt, quamuis non eo minùs petendum ſit, ſi poſt moram perierit *l. in re furtina 8.infr.de condict. furt.iunct. l. ſi ſeruum 92.§.vlt.de verb.oblig.l.pen.ſupr.de condict.cauſ.dat.* nec tamen eo caſu ſolo quo ſpecies debeatur, exiſtimandū eſt, agi debere ad id ipſum quod datum eſt, ſed etiam ſi quid coonſiſtat in pondere vel menſura, quod adhuc extet. Nam quemadmodum non tranſlato earum dominio, ſi extarent, vindicari ex ipſæ poſſent & deberent, ita & tranſlato per eum qui ſoluit, dominio, eædem illæ condici debent, vt in eo ſimilis ſit vindicationi condictio: ſed ſi res illæ conſumptæ ſint, æſtimationem condici neceſſario oportebit *d. l. in ſumma §.in frumento inf.* At ſi pecunia ſoluta ſit, quæ iodebita fuit, non illa ipſa corpora nummorum quæ ſoluta ſunt, condicentur, ſed tantundem. Et ita hæc lex intelligenda eſt, vt hoc demum caſu condictio indebiti ſimilis ſit condictioni certi ex mutuo, cui æquiparatur in *l.ſi quis abſentis 5. §. is quoque infr. de oblig.& action.§.is quoque inſtit. quib. mod. re contr. oblig.* Quis enim æquiparet eam in omnibus, cùm mutuum nō in aliis rebus poſſit coonſiſtere, quàm quæ pondere vel numero vel meoſura conſtant *d. l.2.§. mutui datio ſupr.de reb.credit.* condictio autem indebiti etiam ad ſpecies pertineat? Et ſi verò mutuum non minus in iis conſiſtit, quæ pondere & menſura conſtant, quàm in iis quæ in quantitate, & pecunia numerata; hæc tamen differentia eſt, quod in iis quæ pondere ac menſura conſtant, noo tantùm quantitas eſt, ſed etiam qualitas & bonitas, vt ſcriptum eſt in *d. §. in frumento.* vnde naſci etiam oeceſſe eſt diuerſitatem æſtimationis, bono enim frumēto datur melius *l. vbi autem 75. §.1.infr. de verb. oblig.* at in pecunia numerata nihil eſt quod perpendere debeamus præter ipſam quantitatem *l.ſi is cui nummos 94.verſ.ſin autem de ſolut.* ideóq; nummorum omniū eiuſdem generis eadem vbiq; & certa eſt ęſtimatio *l.3.infr.de eo quod cert.loc l. 3. de in lit.iur.* Soluta igitur pecunia indebita non idem condicendum eſt, ſed tantundem, ounquam autē condictio indebiti in eadem ſpecie datur ad hoc, vt vel idem vel tantundem reddatur, quaſi electio ſit vel actoris vtrum petere malit, vel rei vtrum potius ſoluere, niſi quòd ſi centum aureos indebitos tibi ſoluerim, qui adhuc extēt, & condicam tibi tantundem, in tua poteſtate eſt, ſi velis illa ipſa corpora nummorum mihi reddere, quæ accepiſti: ſed reddes tamen non vt eadem ipſa quæ acceperis, ſed vt tantundem: nam quæ poſſunt recipere functionem in ſua ſpecie, multo magis recipiunt in ſuo genere, cùm eiuſmodi res ſunt quæ in genere & quantitate, non in ſpecie conſiſtunt. Itaque reddes mihi eadem quidem corpora nummorū, at non vt corpora, ſed vt quantitatem. Vnde fit, vt ſi neq; idipſum neq; tantūdem ex eodem genere reddi poſſit, ceſſet condictio, vt in operis fabrilibus de quibus in *l.penult.infr.de præſcript.verb.d.l.ſi non ſortem 26.§.libertus hoc tit.* Obſeruandum verò eſt poſſe quidem plus minúſve condici, quàm ſolutum ſit, plus nimirum, ſi quod ſolutum eſt, auctum fuerit acceſſionibus oaturalibus, minus verò ſi aliquid ex eo quod ſolutum eſt, debitum fuiſſe appareat, ſed nunquam plus minúſve indebito, quia implicat contradictionē, vt cōdictio iodebiti ad plus minúſve detur, quàm quod indebitè ſolutum fuerit, aut quod indebito ſoluto acceſſerit. Et verò cùm hæc indebiti condictio eam potiſſimum rationē habeat, quæ & cæteris condictiooibus ferè omnib. communis eſt, ne is cui indebitum ſolutum eſt, ex aliena locupletetur iactura *l.nam hoc natura 15.infr.* hactenus eā dari æquum eſt oe locupletior fiat is qui accepit, *d.§.libertus* vbi dicemus latius *l. cùm hi 8.§.ſi quis de alimentis ſupr. de tranſact.* Itaq; ad fructus quoq; qui fundo ſoluto acceſſerunt licèt ſoluti ipſi non fuerint, hæc cōdictio pertinebit, quoniam alioqui ex iis poſſeſſor locupletaretur, petitor verò fieret pauperior, *l indebiti 15. infr.* quod ſi ſoluta ſpecies in totum perierit, condictio quoq; tota peribit: aut ex parte, ſi perierit rea ex parte, aut æſtimatio rei maior minórve ſi ſoluta ſpecies aut vēdita ſit, aut cōſumpta *d §.in frumento.* Quæ tamen diſtinctio non cadit io nummos, qui quoniam in mera quantitate conſiſtūt, perire nunquam poſſunt *vulg.l incendium 11. Cod.ſi c.rt.petat.* Si tamē alienos nummos quis indebitos ſoluerit, non dominium eorum condicet quod nunquam habuit, quia in eo nec pauperior ipſe, nec aduerſarius locupletior factus eſt, ſed ſolam poſſeſſionem quā amiſit *d l.indebiti §.ſed et ſi nummi infr.* & quidem per condictionem incerti, vt & in *l.qui exceptionem 40. §.ſi pars domus eod.* Eſt enim condictio indebiti duplex, certi vna, & iocerti altera, quamuis condictio ex mutuo, cui prudentes noſtri condictiooem indebiti æquiparant, incerti nulla ſit, ſed certi duntaxat. Poſſeſſio autem eſt quid incertum, ſiue quatenus in facto ſiue etiam quatenus in iure conſiſtit *l.a.*

*§. ſi vir vxori l. poſſeſsio 49. in princip.& §.1. de acquir. poſſ. d. §. ſi pars domus iunct. l. heres 21. ad Senatuſconſultum Trebellianum,* habérque propriam ſuam naturam & ęſtimationem à proprietatis natura & æſtimatione diſtinctam *l. naturaliter 12. §. nihil commune de acquir. poſſ. l. 3. §. vlt. inf. vti poßid.* Planè quod Batt. obiicit in obligationibus dandi idipſum peti quod debetur, ad rem non pertinet, nam & in obligationibus dandi, veniendum eſt ad æſtimationem, cùm lis per ſententiam æſtimanda ſit, nec res ipſa petitur niſi per litis conteſtationem, quæ vera demum petitio eſt *l. amplius non peti 15. Rat. rem haber.* de quo videnda ſunt quæ ſcripſimus in vltima parte Chiliadis noſtræ *de error. pragmat.*

8. PAVLVS lib. 6. ad Sabinum.

QVod nomine mariti, qui ſoluendo non ſit, alius mulieri ſoluiſſet: repetere non poteſt: adeò debitum eſſet mulieri.

*Ad l. Quod nomine 8.*

RAT. DVB. Qui exceptione perpetua & fauorabili tutus eſt, ſi per errorem facti ſoluat, repetit *l. qui exceptionem 40. iunct. l. ſi non ſortem 26. §. indebitum infr. hoc tit.* atqui maritus conuentus actione rei vxoriæ, & iudicio de dote habet exceptionem & perpetuam & fauorabilem, ne in plus quàm facere poſſit conueniatur *l. ſunt qui 16. l. non tantùm 20. & ſeqq. inf. de re iudic.* quam exceptionem perpetuam eſſe ex eo apparet, quod nullis temporis finibus & ſpatiis concluditur: fauorabilem verò ex eo quod pro cauſa habet honorem ab vxore eiúſve heredibus debitum perſonæ mariti ne propter neceſſitatem dotis reſtituendę cogatur egeſtate laborare *l. in condemnatione 173. de regul. iur.* item ex eo quod opponi quandocunq; poteſt, nec tantùm poſt litem conteſtatam, vt exceptiones peremptoriæ *l. præſcriptionem 8. C. de except.* ſed etiam poſt ſententiam & in executione iudicati *l. Neſennius 41. §. vlt. infr. de re iudic.* adeò vt ex ea cauſa etiam doli exceptio detur *l. ex diuerſo 17. §. vlt. ſolut. matrim.* de qua nemo dubitat quin ſit perpetua *l. purè 5. §. vlt. de doli mali except.* Ergo danda eſt condictio indebiti marito, qui totam dotem ſoluit, & ſuprà quàm facere potuerit, & conſequenter ei quoq; qui ſolidam dotē ſoluit mariti nomine, cùm maritus ſoluendo non eſſet: neque enim deteriore condicione eſſe debet is, qui pro marito ſoluit, quàm maritus ipſe, præſertim quod ad indebiti condictionem pertinet. Nam quod in perſona mariti, qui dotem reddere debuit, indebitum fuiſſe creditur, quanto magis indebitum videri debet in perſona extranei qui ſoluit mariti nomine? Nec ferendum eſt quod Bartolus poſt Accurſium noſtrum, qui videtur idem ſenſiſſe, reſpondet, exceptionem hanc nō perpetuam eſſe, ſed temporalem, ideò, inquit, quòd præſumendum ſit, futurum aliquando diuitem eum qui nunc inops ſit & egenus *arg. l. cura 4. §. deficientium infr. de muner. & honor. l. ſi defunctus 10. C. arbitr. tutel.* Etſi enim benè de ſuis ciuibus ſemper ſperat ciuilis legiſlator, cùm tamen quærimus, an exceptio aliqua perpetua ſit, an temporalis, nō tam ad exceptionis materiam reſpicimus, quæ quoties ex facto futuro pendet, deficere facilè poteſt, quàm ad ius opponendæ exceptionis, quod per ſe ſemper eſt perpetuum, niſi vel lex, vel conuentio faciat temporale, vt cernere eſt in exceptionibus non numeratæ pecuniæ, & pacti de non petendo ad tempus *d. l. purè 5. §. vlt. inf. de dol. except. & tit. de diuerſ. tempor. præſcript.*

DEC. Eæ demum exceptiones perpetuæ & fauorabiles condictionem indebiti pariunt, quæ afficiunt naturam & æquitatem propoſitæ actionis, & per quas intendit reus actorem ſummoueri oportere, tanquam cui nihil debeatur, denique per quas cauſæ ſuccurritur, non autem ſoli perſonæ, quæ meruerit præcipuum fauorem, vt Papinianus loquitur in *l. ex pluribus 422. inf. de adminiſtr. tutor.* & nos explicauimus ad *l. 1. ſupr.* Atqui exceptio hæc de qua loquimur, ex earum genere & numero eſt, nec enim maritus, à quo dos petitur, negat debitam eſſe dotem, & quidem totam, nec proinde dicit aliquid eſſe indebitum ex ea dote, quę ab ipſo tota petitur, ſed tantùm contendit non debere ſe vrgeri ſuprà quàm facere poſſit, ſed deduci debere quantum ſatis eſt, ne egeat. Indéque nimirum fit, vt in iudicati executione exceptio hæc opponi poſſit, quia non impugnat iudicatum, vt nec exceptio compenſationis *l. cùm milites 16. §. 1. infr. de compenſat. d. l. Neſennius 41. §. vlt. de re iudic. d. l. ex diuerſo 17. §. vlt. ſolut. matrim.* quid enim iudicatum eſt contra maritum? Debere illum totam dotem quæ per rei vxoriæ actionem ab eo tota repetitur. Id verò non negat maritus, ſed ait habere ſe priuilegium, ne ſuprà quàm facere poſſit conueniatur: poſſunt autem hæc duo ſimul ſtare *l. quòd ſi maritus 3. infr. de pecun. conſtit.* Nec tantum debetur mulieri tota dos, ſed & tota peti poteſt, nec ſolùm obligatio ſubeſt, ſed etiam actio datur pro ſolida dote, ſed quæ remanet inefficax, quatenus facere maritus non poteſt. Idque eſt quod Paulus hîc ſcribit, ſecundùm vulgarem editionem *ideo quia debitum eſt mulieri* melius quàm Florentiæ *adeò debitum eſſet mulieri* quamuis & illa bonum ſenſum habeat. Adeò autem verum eſt, dotem totam deberi mulieri à marito, etiam qui non ſit ſoluendo, vt is quoque qui bonis ceſſit ex beneficio legis Iuliæ, non ideò ſit liberatus, quominus factus locupletior poſſit exigi in ſolidum, ſed tātùm habet interim exceptionem ne conueniri & condemnari poſſit *l. 1. C. qui bon. ced. poſſ. §. vlt. Inſtit. de replicat.* Quis ergo iam miretur cōdictione indebiti non poſſe repeti, quod debitum ſolutum eſt? debitum, inquam, & naturaliter & ciuiliter. Cùm verò nec à marito poſſit indebiti condictio ex hac cauſa exerceri, vt ſcriptum eſt in *l. ſeq.* multo minus poterit ab extraneo qui ſoluit nomine mariti, quiq; priuilegium nullum habet, ne in ſolidum conueniatur, quod nec mariti fideiuſſores habent, quia perſonæ priuilegium illud eſt, vt diximus, non cauſæ *l. exceptiones 7. infr. de except. l. etſi fideiuſſor 24. de re iud.* imò nec mariti heres *§. 1. eiuſd. leg. & l. ſeq. & d. l. Neſennius in princ.* quamuis regulariter exceptiones omnes, quæ reo competunt, fideiuſſori quoque competant etiam inuito reo *l. omnes exceptiones 19. eod.* Id enim ad eas ſolas pertinet, quæ rei cohærent, non quæ perſonæ *d. l. exceptiones.*

9. VLPIANVS libro 66. ad Edictum.

NAm & maritus, ſi, cùm facere nihil poſſit, dotem ſoluerit [a], in ea cauſa eſt, vt repetere non poſſit.

*Ad l. Nam & maritus 9.*

RAT. DVB. & DEC. eadem eſt, quæ ad legem præcedentem, niſi quod in perſona mariti maior dubitandi cauſa eſt, propter priuilegium perſonale quod habet, ne ſuprà quàm facere poteſt, cõueniri poſſit, vt proximè diximus: adeò vt ſi maritus plus ex dote conſtituerit, quàm facere poterat, teneatur quidem in ſolidum, quia debitũm conſtituit, tamen nonniſi in quantum facere poterit, condemnari debeat *l. 3. infr. de pecun. conſtit.* Cur ergo nocebit, marito ſoluiſſe cui non nocet conſtituiſſe? cum eadem ſoleat eſſe ratio promiſſionis & ſolutionis *l. vlt. C. ad l. Falcid.* Sed reſpondẽdum eſt, longè minus eſſe promittere, quàm ſoluere, & quamuis æquè competat indebitæ promiſſionis, atque indebitæ ſolutionis cõdictio, *l. 1. in princ. infr. tit. prox.* id tamen eo caſu procedere credendum eſt, quo aduerſus obligationem & promiſſionem nulla poſſit dari exceptio: quod in propoſito caſu non euenit, cùm aduerſus actionem de conſtituta pecunia eandem exceptionem habiturus ſit maritus, quam haberet contra actionem de dote, vt non niſi in quantum facere poſſit, & cõueniatur & condemnetur, nec ſolùm ſi ſimpliciter pecuniam, quam ex dote debebat, conſtituerit, vt in *d. l. 3.* ſed etſi per ſtipulationem eam promiſerit, poſteriori fortaſſis marito, vt in *l. ſi prior 31. infr. ſoluto matrim.* quamuis ea promiſſio non ſine nouatione fieri poſſit *l. dotem à patre 35. de iur. dot.* nam ſiue nouandi animo, ſiue citra nouationem maritus id promiſerit, quod ex dote debet, non aliud promiſiſſe intelligitur, quam quod cum effectu debet, vt benè tractat Bartolus, effectu autem nihil debet ſuprà quàm facere poſſit, propter exceptionem quam habet. Planè ſi nouandi animo certam quantitatem promiſiſſet, vix eſſet, vt exceptionem vllam haberet debere, qui per eiuſmodi nouationem ſibi nocuiſſet, vt in *d. l. dotem*: quod & Bartolus benè ſentit. Quod enim maritus facere non poteſt, deducendũ eſt ex iudicio de dote ſiue certa, ſiue incerta quantitas dotis nomine debeatur: at non æquè ex certa quantitate quam maritus non iam iudicio de dote debeat, ſed ex ſtipulatione nouãdi animo interpoſita: taxationis enim loco habenda eſt quantitas illa, quæ per ſtipulationem nouandi animo interpoſita eſt. Ex eo autem quod iam taxatum eſt deduci poſtea nihil poteſt *l. Meuio 41. §. 1. de legat. 2.* de cuius ſententia & lectione ſcripſimus *lib. 7. Coniect. cap. 3.* At cùm ſolutio dotis in ſolidum facta eſt, nullus exceptioni locus relinquitur, quia nec actio vlla ſupereſt, quæ exerceri poſſit, nec rurſus condictioni indebiti, cùm debitum fuerit totum quod ſolutum eſt, fueritque in arbitrio mariti ſuo renunciare priuilegio, quomodo & aliis quilibet poteſt *l. ſi indebiti circumuento 41. ſupr. de minor. l. pen. C. de pact.* Non igitur bona ſemper eſt æquiparatio promiſſionis & ſolutionis, niſi cùm eandem vim habet promiſſio quã ſolutio, ſcilicet vt & actionem de dote perimat, quod fieri non poteſt, niſi per ſtipulationem, non etiam per conſtitutum quod fit nudo pacto *§. de conſtituta Inſtit. de act.* & præterea naturam prioris illius actionis de dote: quod eo tantùm caſu euenit, quo ſtipulatio non tantùm nouandi animo interpoſita ſit, ſed etiam expreſſa certa quantitate, vt diximus, & ita Bartolus quoque concludit, iunge *l. 2. infr. de pec. conſtit.*

a *Si cùm facere nihil poſſit, dotem ſoluerit.* Atqui dicat aliquis, ſunt iſta contradictoria, maritum nihil facere poſſe, & tamen dotem totam ſoluere, ſed benè reſpondet Accurſius, & clarius Bartolus, non potuiſſe maritum hoc facere, id eſt, totam dotem ſoluere deducto ne egeret, ſed feciſſe tamen, & egenum remanere maluiſſe.

10. PAVLVS lib. 7. ad Sabinum.

IN diem debitor, adeò debitor eſt, vt ante diem ſolutum repetere non poſſit.

*Ad l. In diem debitor 10.*

RAT. DVB. Cùm de indebiti condictione quæritur, tritum eſt, deberi quod ipſo iure ſi peti non poſſit, adeò vt neque ſufficiat actionem ipſo iure competere, ſi eam prætor ſit denegaturus; cuius eſt actiones omnes vel dare vel denegare, nam & è contrario ſufficeret quid eſſe debitum iure prætorio, quamuis iure ciuili eſſet omnino indebitum, vt diximus ad *l. nec nouum 5. ſupr. hoc titul.* Atqui quod in diem debetur, licèt ipſo iure ante diem quoque debeatur, peti tamen nondum poteſt, quia ceſſit quidem dies ab initio, ſed nondum venit *l. cedere diem 213. de verb. ſignif.* totũmq; medium tempus ad ſoluendum promiſſori liberum relinqui intelligitur *l. quod certa 70. de ſolut.* adeò vt non niſi præteritis omnib. partibus tẽporis quod ſolutioni dictum eſt, peti quicquam poſſit *l. qui hoc ann. 42. l. liber homo 118. §. 1. infr. de verb. oblig.* Vnde eſt quod qui petit ante diem cadat cauſa tanquam plus petens tempore inſpecta iuris veteris ratione *§. ſi quis agens Inſtit. de action.* & qui ſoluit ante diem plus præſtare dicitur, quàm debeat *l. cum qui 15. aliàs l. Iauolenus infr. de ann. legat.* Quidni ergo habeat condictionem indebiti, tanquam qui plus debito dederit? vt in *l. qui exceptionem 40. §. ſi pars domus in fin. hoc tit.* DEC. Quod in diem certam debetur licèt peti nondum poſſit, attamen iam debetur, & ita debetur, vt certum ſit fore die adueniente, vt peti poſſit, quia diem venturam eſſe certum eſt, an eóque differt à cæteris, quæ ita debentur ipſo iure, vt peti nunquam poſſint. Ergo ſi interim ſoluatur, non poteſt repeti, quia poteſt ante diem ſolui licèt peti non poſſit *l. continuus 137. §. cùm ita de verb. oblig. iunct. l. ſtipulatio iſta 38. §. inter incertam eod. tit.* alioqui non eſſet debitori liberum to-

tum tempus medium ad ſoluendum, ſi non poſſet interim ſoluere *d. l. quod certa*, & poteſt ipſius promiſſoris valde intereſſe, vt liceat ei non exſpectata die ſtatim ſoluere, ſcilicet vt tanto citiùs liberet ſe ab obligatione, atque ita fiat locupletior *l. ſi pupilli 66. in fin. de ſolut.* nam ſi tempus adiectum eſſet, creditoris gratia non debitoris, quod interdum fit, non eſſet permittendum debitori, vt ante tempus ſolueret inuito creditori *d. l. eum qui 15. de ann. legat. l. filiusfamilias 114. §. Diui 1. de legat. 1. l. ſi ita relictum 43. §. Pegaſus de legat. 2. l. vxorem 41. §. Seium maritum de legat. 3. leg. qui Romæ 122. in princ. de verb. oblig.* Sed cùm debitoris gratia adiectum fuit, quod in dubio præſumendum eſt, nō debet in ipſius odium retorqueri quod ipſius fauore conſtitutum eſt, vt ante tempus nihil ab eo peti poſſit. Non ergo debet habere condictionem indebiti, cùm & debitum ipſe ſoluerit, debitum, inquam, & naturaliter, & ciuiliter, & quod magis eſt, ex ea ſolutione locupletior factus ſit. Et qua ratione hoc quod in diem debetur, ante diem ſolui poteſt, eâdem compenſari etiam ante diem poteſt *l. quod in diem 7. infr. de compenſat.* quia nimirum compenſatio vim ſolutionis obtinet. Ideò autem loquimur de debito in diem certum, quia dies incertus facit condicionem non modò in teſtamentis *l. dies incertus 75. de condict. & demonſtr.* ſed etiam in contractibus *dict. leg. ſtipulatio iſta 38. §. inter incertam de verb. oblig.* quod autem ſub condicione debetur, non ſolùm peti non poteſt, antequàm condicio extiterit, ſed neque debetur, ne naturaliter quidem *d. l. cedere diem*, ideòque ſolutum repetitur *l. ſub condicione 16. & ſeq. l. qui promiſit 48. infr. hoc tit.* niſi condicio ſit omnimodo extitura, quæ nec condicionis nomen meretur *l. quòd ſi 18. eod. l. ſi pupillus 9. §. qui ſub condicione de nouat.* condicio enim non eſt, aut ſaltem condicionis poteſtatem non habet, niſi ea quæ poteſt exiſtere, & non exiſtere, & quæ, vt noſtri loquuntur, habet ſe indifferenter ad eſſe & non eſſe, *l. cùm ad præſens 37. & ſeqq. ſupr. de reb. credit.* Quòd ſi condiciones dici poſſent etiam eæ quæ omnimodò exstaturæ eſſent, nulla inter diem & condicionem ponendá eſſet hac parte differentia, ſed tantùm inter diem certam & incertam, & inter condicionem certam & incertam, quia ſicuti quod in diem certam debetur, ſi ante diem ſolutum ſit, ideò non repetitur, quia diem aliquando venturam eſſe certum eſt, ita neque quod ſub condicione certa debetur quam certum ſit omnimodo extaturam, puta ſi promiſerim tibi centum ſub ea condicione, *ſi moriar l. ſufficit 56. in fi. infr. hoc tit.*

11. VLPIANVS libro 35. ad Sabinum.

SI is, cum quo de peculio actum eſt, per imprudentiam plus, quàm in peculio eſt, ſoluerit: repetere non poteſt.

*Ad l. Si is, cum quo 11.*

RAT. DVB. Nec pater ex contractu filiifamilias, nec dominus ex contractu ſerui tenentur niſi actione de peculio, ac proinde quatenus duntaxat inuenitur in peculio tempore rei iudicandæ *l. 1. leg. quæſitum 30. l. ſi quis cum filiofamilias 44. & paſſ. infr. de pecul.* iniquum enim eſſet per eos quos in noſtra poteſtate habemus, fieri condicionem noſtram deteriorem vltra id quod à nobis habent in peculium *l. 1. C. ne filius pro patr.* nam nec qui cum ipſis contrahunt, aliud intuentur quàm peculium quod habent tanquam proprium ipſorum patrimonium à rationibus dominicis ſeparatum *l. depoſiti 5. §. vltim. leg. hinc quæritur 19. §. 1. eod. tit.* Ergo ſi is cum quo de peculio actum eſt, per imprudentiam & errorem facti plus quàm in peculio eſt, ſoluerit, debet habere condictionem & repetitionem. Nam & ſi pater vel dominus actione de peculio conuentus det fideiuſſorem, nō ad aliud fideiuſſor tenebitur, quàm ad id quod iudicati tempore in peculio reperietur *leg. cùm fideiubet aliquis 35. de fideiuſſ.* DEC. Actio de peculio naſcitur & datur in patrem vel dominum ex contractu filiifamilias aut ſerui, quia quiſquis cum filiofamilias vel ſeruo contrahit, habet duos obligatos, filium quidem vel ſeruum in ſolidum, illum naturaliter & ciuiliter, hunc verò naturaliter tantùm *l. nec ſeruus 41. eod. tit. l. naturaliter 13. infr.* patrem verò vel ſeruum duntaxat de peculio *d. l. ſi quis cum filiofamilias.* Ergo ex parte illius qui cum filiofamilias vel ſeruo tuo contraxit, negari non poteſt, quin ſolidum debitum ſit, etiam ſupra quàm ſit in peculio, quamuis ex parte patris vel domini nihil debeatur vltra peculium. Suum igitur recipit creditor cui ſolidum à patre vel domino ſoluitur, & conſequenter indebiti condictione teneri non poteſt, ex regula *leg. repetitio 44. infr. hoc tit.* Nec diſtinguendum eſt cum Accurſio & Bartolo, an pater ſuo nomine ſoluerit, aut dominus, an nomine filij vel ſerui, nam nec ſi ſuo nomine ſoluerit, repetere poteſt, quod non indebitum dedit. Et verò cùm loquatur hîc Vlpianus de eo qui ſoluit, cùm eſſet conuentus actione de peculio, importunum eſt & impertinens credere factam eſſe nomine filij vel ſerui ſolutionē ab eo, qui ſuo nomine, licèt ex filij vel ſerui contractu conueniebatur. Vt taceam præſumendum eſſe in dubio quemlibet ſoluiſſe ſuo nomine potius quàm alieno *leg. 4. leg. cùm ex pluribus 97. infr. de ſolut.* Nec obſtat quod obiiciunt ex *l. 1. §. vltim. & leg. 2. infr. de pecun. conſtit.* non obligari patrem qui actione de peculio conuentus conſtituit ſuo nomine plus quàm ſit in peculio, cùm tamen obligetur, ſi conſtituat nomine filij vel ſerui, aliud enim eſt conſtituere aliterve promittere, aliud verò ſoluere, vt diximus ad *l. nam & maritus 9. ſupr.* Et quemadmodum maritus qui ex dote cōſtituit plus quàm facere poterat, non ideò tenetur de conſtituta pecunia in ſolidum, *l. 3. eod. tit.* & tamen ſi ſolidum ſoluerit, & ſuprà quàm facere poſſit, nihil repetit *d. l. nam & maritus*, nempe quia debitum ſoluit: ita & in propoſito dicendum eſt, patrem vel dominum qui ſuo nomine conſtituit, ſuprà quàm ſit in peculio, non teneri de conſtituta pecunia in id quod excedit, quia non plus ille debuit, nec poteſt obligatio conſtituti, quæ non niſi acceſſoria eſt, excedere principalem, ſed tamen ſi ſolidum ſoluerit etiam ſuo nomine non poſſe repetere, quia non plus ſoluerit, quàm creditori debeatur, non enim reſpiciendum eſt, quantum is qui ſoluit, quomodo inſpiciendum eſt, quantum debeat is ipſe quod conſtituit, quoties ſuo nomine conſtituit [ nam & quod alius debet conſtituere,

alius

aliuspoteſt l. *hactenus* 11. *l. verum* 27. *& ſeq. de pecun. conſtit.*) ſed quantum debeatur ei cui ſoluitur. Neque rurſum quicquam vetat patrem vel dominum niſi per imprudentiam ſoluerit, exonerare filium à naturali & ciuili obligatione aut ſeruum à naturali, ſed cùm per imprudentiam & errorem facti ſolutum eſt, vt Vlpianus ponit in hac lege, non idem tractari poteſt. Aliud eſt ſi pater pro filio fideiuſſerit, vt in *l. ſi quis reum* 5. *§. vlt. de liber. legat.* non enim poteſt ipſe videri pro ſeipſo fideiuſſiſſe & ſuo nomine, ergo ipſius filij nomine atque ita in ſolidum ſe obſtrinxiſſe, à qua obligatione proinde ita liberari poteſt, vt tamen remaneat obligatus de peculio tanquam pater, niſi voluntas teſtatoris qui liberationẽ ei legauit, ad hanc quoq; obligationis ſpeciẽ ſe extẽderit. At ſi quis alius pro patre, vel pro domino fideiubeat, nõ poteſt ea fideiuſſio extendi vltra id quod cõſequi creditor poſſit actione de peculio; contra quàm ſi pro filiofamilias vel ſeruo ipſo fideiuſſiſſet *d. l. cùm fideiubet* 35. *de fideiuſſor.*

12. PAVLVS lib 7. ad Sabinum.

SI fundi mei vſumfructum tibi dedero, falsò exiſtimans me eum tibi debere, & antè, quàm repetam, deceſſerim, condictio eius ad heredem quoque meum tranſibit.

*Ad l. Si fundi* 12.

Adfert Accurſius duas huius legis interpretationes, vnam, vt loquatur de vſufructu, quem fructuarius ipſe alij dederit indebitum, cùm putaret eum ſe debere, & quem fructuarij heres velit poſſitque condicere, non quaſi vſumfructum habiturus (nec enim heres fructuarij ſuccedit in vſufructu, cùm cohæreat perſonæ *l. 3. §. vlt. & paſſ. ſupr. quib. mod. vſusfruct. amit.*) ſed vt repetat fructus præteriti temporis, quo durauit vſusfructus, quod etiam heredi fructuarij licet *l. qui vſumfructum* 36. *§. vlt ſupr. de vſufruct. l. ſi vſusfructus* 6. *inf. de vſufr. legat.* Alteram, vt loquatur de vſufructu, quem proprietarius fundi in eo fundo conſtituerit & tradiderit quaſi debitum, cùm nullo iure deberetur, & quem proprietarij heres velit cõſequi non formalem, ſed cauſalem. Sed prior interpretatio verbis legis nullo modo conuenit. Repugnant enim prima illa *ſi fundi mei vſumfructum tibi dedero*, cùm non poſſim rectè fundum meum dicere, cuius habeo ſolum vſumfructum, quin è contrario rectè dicimus fundum noſtrum eſſe, etiam cuius fructus alienus ſit *l. rectè dicimus* 25. *de verbor. ſignific.* quia vſusfructus, licet emolumẽtum rei contineat, in iure tamen non in parte conſiſtit *l. Mauius* 66. *fundo tunct. l. cùm filius* 76. *§. dominus de legat.* 2. nec rurſum re ſua vtifrui quiſquam poteſt iure ſeruitutis, quia nemini res ſua ſeruit *l. vtifrui* 5. *ſupr. ſi vſufr. pet. l. in re communi* 26. *vrban. præd.* Nec deniq; cedi poteſt vſusfructus iam conſtitutus alij quàm proprietario *l. ſi vſusfructus* 66. *de iur. dot.* Secunda igitur interpretatio ſequenda eſt, ad quam dubitandi ratio illa adferri poteſt, quòd ſiue hanc legem de vſufructu formali condicendo intelligas, quem ponimus indebitum fuiſſe traditum, conſtat non poſſe illum trãſire ad heredem, cùm perſonæ fructuarij cohæreat, vt diximus, nec proinde eius condictionem, ſiue de vſufructu cauſali, vt Accurſius intelligit, eueniet vt aliud cõdicatur, quàm quod indebitè ſolutum fuit: ſolutus enim fuerat vſusfructus formalis, & condicetur cauſalis, qui tamen à formali differt toto genere: formalis enim ſeruitus eſt & in iure conſiſtit, cauſalis verò neque ſeruitus eſt, neque in iure conſiſtit, ſed in parte: formalis nũquam pertinet ad dominum proprietatis, cauſalis ſemper *l. ſi cùm argentũ* 21. *§. ſi fundum infr. de except. rei iudic.* Sed decidendi ratio illa eſt, quod ſicuti non eſt nouum, vt alius ſoluat, alius repetat *l. nec nouum* 5. *ſupr. hoc tit.* ita neq; vt aliud ſoluatur, aliud condicatur *leg. ſi non ſortem* 26. *§. libertus*, vbi dicemus *infr. eod.* maximè verò circa vſumfructum indebitè ſolutum, quia vſusfructus formalis differt à cauſali ſola forma, non etiam materia, cùm vterque habeat pro materia commodum & emolumentum fructuum, ſed diuerſa tamẽ ratione: formalis tanquam ex re aliena, cauſalis tanquam ex propria: ſed tamen defendi optimè poteſt in ſpecie huius legis eum ipſum formalem vſumfructum, qui indebitè traditus fuerat à proprietario, & conſtitutus per heredem eius, condici non cauſalem, ſed qui tamen cauſalis futurus ſit penes heredem, cùm fuerit ei redditus, vt non inſubtiliter Bartolus ratiocinatur. Cur non enim formalis quoque vſusfructus condici poſſit, ſicut & obligatio, & ſeruitus alia quælibet cæteráque huiuſmodi, quæ etiam in iure conſiſtunt? *leg. 1. & 3. infr. de tit. prox. l. 1. in princip. infr de condict. tritic.* Venient autem in hanc condictionem fructus præteriti & ab eo indebitè percepti cui traditus indebitè fuerat vſusfructus: venient autem non acceſſione, id eſt, tanquam naturales acceſſiones rei ſolutæ indebitè, vt in *leg. indebiti* 15. *infr.* ſed tanquam res ipſa quæ indebitè ſoluta fuit. etſi enim differt vſusfructus à perceptione fructuũ, quia vſusfructus meri iuris eſt, fructuum autem perceptio meri facti *d. l. ſi vſusfructus* 66. *in fin. de iur. dot.* ius tamen percipiendorum fructuum, & ipſa proinde perceptio ex iure vſusfructus pendet, neque aliud emolumentum quàm fructuum vſusfructus continet *d. §. dominus l. cùm filius* 76. *de legat.* 2. cùm verò condictio indebiti ſicut & cæteræ condictiones omnes ſint & iuris ciuilis & rei perſecutoriæ, dubitandi cauſa nulla eſt, quin ex lege duodecim tabularum tranſeant ad heredem eius cui competierint *§. non autem Inſtit. de perpet. & tempor. act.* cùm in honorarijs quoque actionibus idem obtineat *l. in honorarijs* 35. *infr. de oblig. & action.* Non enim fructuarij heres, ſed proprietarij babet in hac lege condictionem aduerſus fructuarium ipſum vel fructuarij heredem, ad repetendos fructus, quos ipſe proprietarius eiúſque beres percepiſſet ſi indebitum vſumfructum non ſoluiſſet. Quòd ſi idem ille qui vſumfructum indebitum conſtituit & tradidit poſtea, ſed nondum comperto errore fundum ipſum alij vendiderit, id eſt, nudam fundi proprietatem, non eo minus condictionis ius ſibi ſuóque heredi retinebit. Non enim videri poteſt ius illud vendidiſſe, quod ſibi competere ignorabat *vulg. l. mater decedens* 19.

Digitized by Google

*ſupr. de inoff. teſtam.* tantóque vilius fundum vendidiſſe intelligitur, quòd nudam duntaxat proprietatem in emptorem tranſtulerit, quamuis aliud dicendum eſſet, ſi vſusfructus verus & à proprietate ſeparatus venditionis tempore, poſtea iure conſolidationis ad proprietatem rediret: is enim quoque emptori cederet *l. ſi conuenerit 18. §. ſi nuda inf. de pign. act.* Secuta verò condictione remanebit vſusfructus formalis penes condicentem, nec niſi finito eo plenam proprietatem habere emptor poterit perinde ac ſi proprietarius fundum deducto vſufructu vendidiſſet *leg. qui vſumfructum 36. §. ſtipulatus ſum ſupr. de vſufruct.* Atque ita ad propoſitam ab Accurſio quæſtionem ex ratione iuris reſpondendum eſt, non quomodo Accurſius ipſe & Bartolus reſpondent. Planè ſi poneres poſt compertum errorem factam eſſe venditionem fundi, nec nudæ proprietatis factam eſſe mentionem, condictio fructuum ei qui vſumfructum indebitè tradidit, ſalua erit, heredíve ipſius, ſed eorum tantùm, qui venditionem anteceſſerunt, non cæterorum: quia fundi appellatione non nuda, ſed plena proprietas ſignificatur *leg. ſi alij 19. infrà de vſufruct. legat.*

13. I D E M lib. 10. ad Sabinum.

NAturaliter etiam ſeruus obligatur. ideò ſi quis nomine eius ſoluat, vel ipſe manumiſſus, vel (vt Pomponius ſcribit) ex peculio eo, cuius liberam adminiſtrationem habebat: repeti non poterit. & ob id & fideiuſſor pro ſeruo acceptus tenetur: & pignus pro eo datum tenebitur. & ſi ſeruus, qui peculij adminiſtrationem habet, rem pignori in id, quod debebat, dederit: vtilis pigneraticia reddenda eſt.

*Ad l. Naturaliter 13.*

RAT. DVB. Serui non tam pro mortuis quàm pro nullis habentur, nec tantùm ciuili iure *l. quod attinet 32. l. ſeruitutem 209. & l. vl. de reg. iur.* ſed etiam iure prætorio *leg. qui teſtamento 20. §. ſeruus inſr. qui teſtam. facer. non poſſ.* ita vt ne quidem extra ordinem computentur *l. nullo modo 7. inſr. ad leg. Cornel. de falſ.* quia nec habent caput in ciuitate *leg 3. §. vlt. de capit. minut.* Ergo nec debere ſeruus nec ei deberi propriè quicquam poteſt, cùm obligatio omnis ſit iuris vinculum, quo neceſſitate adſtringimur alicuius rei ſoluendæ, ſecundùm ciuitatis noſtræ iura, vt *Iuſtin. diffinit. in Inſtit.* ideóque nec cum ſeruo vlla actio eſſe poteſt *l. cum ſeruo 107. de reg. iur.* Proinde nec fideiuſſor pro ſeruo accipi poſſe videtur, nec pignus pro eo datum teneri, cùm huiuſmodi obligationes omnes ſint acceſſoriæ, quæ ſine aliqua principali cõſiſtere non poſſunt *l. cùm principalis 178. eod. titul.* nec poſſit durius obligari fideiuſſor quàm principalis *l. Gracè 8. §. illud commune infra de fideiuſſ.* ex fideiuſſione autem detur actio contra fideiuſſorem, & quidem ciuilis *l. blanditus 12. & paſſ. Cod. eod.* ex pignore autem hypothecaria iure prætorio in pignora *§. item Seruiana Inſt. de action.*

D E C. Naturalis obligatio in eo differt à ciuili, quòd tota æſtimatur ex facto magis quàm ex iure, ex eo ſcilicet quòd promiſsũ aliquid ſit, aut ſi quãdo ex iure quoq; æſtimare eam velis, ex iure naturali & æquitate æſtimanda eſt *l. Stichum aut Pamphilũ 95. § naturalis infr. de ſolut.* is enim natura debere dicitur quem iure gentium dare oportet, cuius fidem ſecuti ſumus *l. cum amplius 184. §. is natura debet de reg. iur.* Atqui iure naturali quamuis non etiam iure gẽtium homines omnes ſunt pares & æquales *d. l. quod attinet*, & eorum quæ ſunt facti, perinde capaces ſunt ſerui ac domini *l. qui heredi 44. de cond. & demõſt.* Ergo ſeruus perinde ac dominus obligari & naturaliter, & quod magis eſt, etiam iure naturali poteſt, & eo ſenſu & debere & deberi ei poteſt, licèt id minus propriè & abuſiuè relata ad factum magis quàm ad ius ciuile appellatione debiti *l. nec ſeruus 41. infr. de pecul.* Atqui naturalem obligationẽ ſubeſſe ſatis eſt, vt & fideiuſſor & pignus poſſit ei accedere *l. ſtipulatus ſum 6. § adhiberi l. fideiuſſor 16. §. fideiuſſor infr. de fideiuſſ. l. 4. de pign.* etſi enim non poteſt fideiuſſor in cauſam duriorem accipi, poteſt tamẽ efficacius obligari, ita vt cõtra eum dari poſſit actio, quæ contra debitorem ipſum dari nulla poſſet *d. §. adhiberi & d. §. fideiuſſor.* Poteſt igitur etiam pro ſeruo & pignus accipi, & fideiuſſor cùm ſeruus naturaliter & obliget & obligetur *l. ſerui 14. inf. de oblig. & act.* Cui conſequens eſt, vt ſi pro ſeruo naturaliter obligato quis ſoluat, vel ipſe manumiſſus, vel vt Pomponius ſcribit, ex peculio cuius liberam habet adminiſtrationẽ non poſſit eſſe locus repetitioni, quia naturalis obligatio, licèt non ſit ſufficiens ad inducendam actionem, ſufficiens tamen eſt ad impediendam condictionem *l. naturales 10. eod. tit. d. l. fideiuſſor 16. §. naturales de fideiuſſ. l. 3. §. vlt ſup. quod quiſque iur.* Dixi *ſi vel ipſe manumiſſus vel (vt Pomponius ſcribit) ex peculio.* Sic enim legendum puto addita dictione *vel* vt comprehendantur duo caſus quibus poteſt euenire, vt ſeruus ſoluat quod naturaliter debet: vel enim ſoluit iam manumiſſus de ſuo, vel adhuc ſeruus ex peculio cuius habeat liberam adminiſtrationem: vt verò manumiſſus ſoluat ex peculio, fieri nullomodo poteſt, quia paterfamilias peculium habere nequit, ſed is tantùm qui in patris vel domini eſt poteſtate *l. vltim. in fin. C. de inoff. teſtamen.* At multo minus fieri illud poteſt, vt in ſeruo manumiſſo adhibenda ſit diſtinctio an liberam habeat peculij adminiſtrationem, necne, quia licet fieri poſſit, vt manumiſſus peculium ſuum retineat, nec ei peculium adimatur; quod nec in dubio ademptum intelligitur, cùm manumiſſio inter viuos facta eſt *l. 2. C. de pecul. eius qui libert. mer.* tamen fieri nequit, vt non habeat liberam adminiſtrationem is, qui factus iam ſui iuris plenum habet dominium eius pecuniæ, quã habuerat antea in peculio, nunc habet in ſuo patrimonio, mutato ſcilicet & perſonæ & rei ſtatu, vt in *leg. cùm quis 38. in princ. de ſolut.* quiſquis paterfamilias & dominus eſt, ſolus idem moderator eſt & arbiter *vulg. l. in re mandata 21. Cod. mandat.* Et quoniam longè minor dubitatio eſt in eo qui manumiſſus ſoluit, quod in ſeruitute naturaliter debuit, cùm eo tem-

pote

pore in ipſius arbitrio ac poteſtate ſit, bonam fidem & naturalem ſuam obligationem agnoſcere, licet non potuerit conueniri ex antegeſto, ideſt, quod geſſit ante manumiſſionem *l. 1. & paſſ. C. an ſeruus pro ſuo fact. poſt manum. ten.* conuenientius fuit authoritatem Pomponij adducere in eo caſu, quo ſeruus ante manumiſſionem velit ſoluere: d. ſſiſtitu enim ipſi eſt bonam fidem agnoſcere in præiudiciũ domini ſoluendo ex peculio, quod verè domini eſt, niſi liberam ei dominus peculij adminiſtrationem conceſſerit. Quo caſu ex ipſius domini voluntate ſoluiſſe intelligitur quod ſoluit, vt naturali obligatione liberaret, quę ſcilicet per manumiſſionem nõ tollitur, vt nec aliæ obligationes, quæ naturalem præſtationem habent, tolluntur per capitis diminutionem *l. eas obligationes 8. ſupr. de cap. minut.* Adeò autem verum eſt, quod diximus, ſeruum poſſe & obligare & obligari naturaliter, vt & dominus ipſe obligari ſeruo ſuo poſſit *l. ſi quod dominus 64. infr. h. t.* vbi eſt textus elegans, quia quæ ſunt facti, non tranſeunt ad dominum *d. l. qui heredi.* Nec hoc caſu locũ habet quod ſcriptum eſt in *l. placet 79. De acquir. her.* vt dicemus ad *l. frater à fratre 38. & ad d. l. ſi quod dominus.* Accurſius noſter vulgatæ lectionis vitio deceptus valde laborat, vt explicet, quomodo poſſit manumiſſus ſoluere ex peculio, cuius liberam habeat adminiſtrationem, & fatetur nunc quidem nõ habere, ſed antea habuiſſe, & ideo legit *habebat* non *habeat* ac præterea ſupplet *maximè* quia videt in eo, qui manumiſſus ſoluit, nihil referre, an dum eſſet in ſeruitute, habuerit liberam peculij adminiſtrationem, an non, ſed in eo tantùm, qui adhuc ſeruus ſoluit. Quæ omnia nemo non videt, quàm à Pauli ſenſu ſint aliena, præſertim ab eo, quod ſtatim ſequitur, ſi ſeruus qui peculij adminiſtrationem habet, rem peculiarem dederit pignori in id quod debeat vtilem pignoratitiam, id eſt, quaſi Seruianam & hypothecariam de pignore perſequendo reddendam eſſe, nimirum quoniam is qui liberam peculij adminiſtrationem habuit, etiam rem illam alienare potuit, vt idem Paulus noſter ratiocinatur in *l. ſi conuenerit 18. §. vlt. cum l. seq.* quæ in filiofamilias idem iuris eſſe ait *infr. De pignor. act.* Etſi enim non alius, quã qui dominus eſt, alienare aut pignori dare poteſt, *tot. tit. Cod. de reb. alien. non alienand.* ſeruus autem non eſt dominus, ne tum quidem cùm liberam habet peculij adminiſtrationem, tantundem tamen iuris habet, quantum ſi eſſet dominus, quoties facit ex domini voluntate, ſiue vendit ſiue det pignori, *l. 2. l. ſi fundum 5. eod. ill. tit. l. 1. & tot. tit. C. ſi res pign. data ſit.*

1 ¶ Item quod pupillus ſine tutoris auctoritate mutuum accepit, & locupletior factus eſt, ſi pubes factus ſoluat, non repetit.

*Ad §. 1. Item quod pupillus*

Hic §. pertinet ad quæſtionem illam ſanè perdifficilem, de qua iam ſatis multa ſcripſimus ex propoſito ad *l. contra 30. ſupr. de pact. & ad l. vlt. de iureiur.* Videtur autem Paulus hoc loco negare, pupillum, qui ſine tutoris auctoritate mutuam pecuniam acceperit, naturaliter obligari, niſi locupletior ex ea pecunia factus ſit. Ita enim plerique interpretum inferunt per argumentũ à contrario ſenſu, ex illis Pauli verbis *& locupletior factus eſt* quaſi ſi locupletior factus non eſſet, aliter reſponſurus Paulus fuiſſet, dãdam ſcilicet pupillo repetitionem eius quoque pecuniæ, quam pubes factus ſoluiſſet, quaſi nec naturaliter obligatio. Cui congruere videtur ratio, quæ *in l. ſeq.* ſubiicitur ex Pomponio, quòd natura æquũ ſit, neminem cum alterius iactura locupletari. Nec enim ratio hæc probare poſſet, denegandam repetitionẽ impuberi, qui ſine tutoris authoritate mutuam pecuniam accepiſſet, nec locupletior ex ea factus eſſet, de quo ſcribit Licinius Rufinus in *leg. pupillus 59. De oblig. & act.* eum nec iure naturali obligari, quod & de eo qui ſine tutoris auctoritate ſtipulanti ſcriptum eſt in *l. quòd pupillus 41. infrà hoc tit.* Et tamen non negari non poteſt, quin pupillus mutuam pecuniam accipiendo naturaliter obligetur, eaq; naturalis obligatio pariat retentionem, & impediat condictionem. Sic enim ſcriptum eſt in *dict. l. vlt. De iureiur. l. cum illud 25. §. heres meus in f. Quando dies legat. ced. l. ſi pupillus 21. ad l. Falcid. d. leg. Stichum aut Pamphilum 95. §. natio verſ. aliquando de ſolut.* Quinimò etſi mutuam pecuniam acceperit ſine tutoris auctoritate *leg. ſi pupillus 35. ſupr. de recept. Qui arbitr. recept. l. ſi pupillus 127. de verb. oblig. l. 1. in fi. de nouat. l. in numerationib. 44. de ſolut.* quamuis ea lex tractet de pupillo qui mutuam pecuniam accepit, non de eo qui per ſtipulationem promiſit. Vnde eſt quod conciliationis ineundæ gratia coguntur noſtri dicere, aut potius diuinare id quod ſcriptum eſt in *d. l. pupil. & d. l. quod pupillus* & in hoc §. de pupillo non aliter iure naturali obligando ſiue ex mutuo, ſiue ex ſtipulatione, quàm ſi factus ſit locupletior, reſtringendum eſſe ad eum caſum, quo pupillus vel infans adhuc ſit vel cum ipſo tutore ſuo contraxerit, quod planè commentitium eſt. Diſtinguenda eſt hac parte naturalis obligatio ab obligatione iuris naturalis aut gentium, itemq; e obligatio naturalis, quam pupillus contrahit mutuam pecuniam accipiendo ab ea, quam contrahit promittendo ſiue per pactum, ſiue per ſtipulationem, vt pluribus probaui ad leges ſupradictas. nam diſſentiſſe Iureconſultos in hac quęſtione, quod alioqui neceſſariò dicendum eſſet, mihi perſuadere nunquam potui, aut dicẽdum etiam erit, diſſentiſſe Paulum hîc à ſeipſo in *d. l. ſi pupillus 21. ad l. Falcid.* & Pomponium quoque *in l. ſeq.* à ſeipſo *in d. l. vlt. de iureiur.* Quamquam ſi ſolus hic §. obiiceretur, reſpondere facilè poſſet, nihil aliud hîc Paulum dicere, quod etiam Rufinus admitteret, pupillum, qui ſine tutoris authoritate mutuum accepit, & locupletior factus eſt, obligari iure etiam naturali, ideóque ſi pubes factus ſoluat, non repetere, quia, vt ſubiicitur in *l. ſeq.* natura, id eſt, iure naturæ æquum eſt, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem, ſed non idcircò eſſe conſequens nec inferri poſſe per argumentum à contrario ſenſu, vt ſi non ſit factus locupletior, ne quidem naturaliter ſit obligatus. Non enim valet ſemper argumentum à contrario ſenſu, ſcilicet cum in vtroq; ſenſu eadem ratio locum habet, quomodo certè iuris ratio facit, vt ſiue pupillus locupletior factus ſit, ſiue non ſit, fateri oporteat eſſe illum obligatu naturaliter, nec ſi pubes factus ſoluat, repetere vnquã poſſe, niſi quod cum locupletior factus eſt, maior ratio ſuadet, vt non tantum naturaliter obligetur, ſed etiam ciuiliter hodie ex reſcripto Diui Pij *l. ſi pupilli 6. in princ. l. Neſennius 34. ſupr. de neg. geſt. l. 3. in princ. inf. commod.* Propter quam cauſam tanto minus per-

mittendum eſt popillo vt repetat: quomodo enim pupillo ſoloenti daretur condictio, contra quem etiamſi non ſoluiſſet, danda eſſet actio? Intellige, *ſi modò pubes factus ſoluat*, vt Paulus hîc ſcribit, non quaſi ſolutio facta poſt pubertatẽ faciat pecuniam magis debitam aut indebitam, ſed quia perſona locum facit repetitioni, vt ſcriptum eſt in l. *interdum* 29. *infr. hoc tit.* Cùm enim pupillus nullam alicundæ ſuæ pecuniæ poteſtatem habeat, ſequitur vt non poſſit ſine tutoris authoritate ſoluere, ne quidem eam pecuniam, quam tutore authore vel mutuam acceperit, vel ſtipulanti promiſerit.

14. POMPONIVS libro 21. ad Sabinum.

NAm hoc natura æquum eſt, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.

*Ad l. Nam hoc natura* 14.

Regula hæc eſt naturæ, id eſt, iuris naturalis, neminem cum alterius detrimento fieri debere locupletiorem *l. iure natura* 206. *de regul. iur.* nec malè Accurſius eſſe hoc etiam ex iure gentium, nam ex iis rebus quæ non ſunt communes hominibus cũ brutis animantibus, ſed ſolis hominibus conueniunt, non diſtinguitur ius naturale à iure gentium *§. ſingulorum Inſtit. de rer. diuiſ.* quia conſentiunt in forma, cùm vtrumque æſtimetur ex ratione naturali gentibus omnibus communi, vt diximus ad *l. omnes populi* 9. *ſupr. de iuſtit. & iur.* Itaque non eſt quærenda ratio dubitandi ad hanc legem. In iis enim quæ pro ratione habent ius naturale & gẽtium dubitandi cauſa ſatis probabilis nulla poteſt occurrere, quamuis non deſint caſus qui poſſint obiici in quibus æquitas hæc manifeſtè violari videatur, vt in vſucapione per quam fit, vt alienæ rei dominium acquiratur, & domino eripiatur citra ipſius domini voluntatem *l. 3. & 3. & paſſ. infr. de vſucap. l. traditionib. 20. Cod. de pact.* Sed cùm bono publico ſit inducta vſucapione rerum dominia ſemper ſint in incerto, vt ſcriptum eſt in *d. l. 1.* ac proinde ex æquitate merè ciuili, non eſt abſurdum ciuilem legiſlatorem plus tribuere ciuili rationi & æquitati, quàm naturali, propter primam illam legem duodecim tabularum, quæ nullã prorſus exceptionem patitur, *ſalus populi ſuprema lex eſto.* nam & naturalis quoq. ratio ipſa hoc ſuadet, vt potior cauſa eſſe debeat publicę vtilitatis quàm priuatæ *l. ita vulneratus* 51. *ad fin. ſupr. ad leg. Aquil. Auth. res quæ C. commun. de legat.* Neque nouum eſt, vt æquitas pugnet cum æquitate, vincat autem illa quæ ſit maior & potentior *l. ſi ſeruus* 61. *§. quod verò infr. de furt.* quamquam nec abſolutè verum eſt, per vſucapionem euenire, vt quis cum alterius damno & detrimento fiat locupletior. Eſt enim alia æquè certiſſima iuris ciuilis regula nullis exceptionibus debilitata, quod quis ex culpa ſua damnum ſentit, ſentire eum non videri *l. quod quis* 203. *de regul. iur.* Nemo autem dixerit carere culpa illum, qui tam negligens eſt in rebus ſuis, aut conſeruandis, aut conquirendis, vt rem ſuam ab alio poſſideri per tantum tempus & vſucapi patiatur, vt Iuſtinianus ſcribit initio tituli *de vſucap.* Vnde fit, vt etiam alienationis nomine vſucapio contineatur *l. alienationis* 28. *de verb. ſignific. l. ſi fundum* 16. *infr. de fund. dotal.* Et ita bene Accurſius noſter hîc ratiocinatur, cui licèt Bartolus obiiciat non eſſe bonam hanc rationem, quia fieri poſſit, vt is cõtra quem vſucapitur, careat omni culpa, ſi fortè ius ſuum, & vſucapientis poſſeſſionem ignorauit, quo etiam caſu cõſtat vſucapionem procedere *l. vlt. C. de præſcript. long. tempor.* multo tamẽ peior eſt obiectio: etſi enim non poteſt videri negligens in rebus ſuis conſeruandis ille, qui rem quæ ab alio vſucapitur, ignorat ſuam eſſe, negligens tamen valde eſt in rebus ſuis conquirendis, in cuius potiſſimùm negligentiæ pœnam vſucapio introducta eſt *dict. tit. Inſtit. de vſucap.* magna porrò negligentia culpa eſt, ſicut & lata culpa dolus eſt *l. magna negligentia* 226. *de verb. ſignific.* Quod verò idem Bartolus poſt Dinum & Cynum reſpondet eſſe hunc rigorem iuris ſcriptum in ſpecie propter bonum publicum, qui rigor præfertur huic æquitati, in genere multo minus probari poteſt. Tantum enim abeſt, vt hoc verum ſit, vt potiùs contra rigorem iuris fatendum ſit, inductam eſſe vſucapionem ex ſola æquitate, ſed ciuili, vt diximus, non naturali. Rigor namque iuris ciuilis, non minùs quàm iuris naturalis facit, vt id quod noſtrum eſt, tranſire ad alium ſine facto noſtro non poſſit, *l. id quod noſtrum* 11. *de regul. iur. l. ſi ego* 9. *§. ſi res infr. de iur. dot. l. ſi res infr. de iur. dot.* nec alteri per alterum iniqua condicio inferri debeat *l. non debet* 74. *de regul. iur.* quæ omnes iuris regulæ per vſucapionem violantur. Sed reſpicit Bartolus ad vulgarem illam noſtrorum diſtinctionem de iuris rigore ſcripto & non ſcripto, item de æquitate ſcripta & non ſcripta: quam nos toties refutauimus. Eſt igitur generalior & potentior ſupradicta illa regula *legis, quod quis*, quàm ea quæ proponitur in hac lege, non quia ſit æquior, ſed quia efficit, ne ea quæ ponitur hoc loco, & in aliis tam multis quos Accurſius hîc congerit, habere locum poſſit. Non enim ait Paulus, naturæ æquum eſſe, vt nemo ex aliena re locupletetur, ſed addit *cum alieno damno.* Atqui damnum nullum eſt, quod quis ex culpa ſua ſentit, quia ſibi ſuam quiſque culpam imputare debet non alteri, *l. factum* 155. *de regul. iur.* Non ergo pugnant inuicem hæ regulæ, vt alia aliam deſtruat, ſed ita ſunt comparatæ, vt quo caſu vna locũ habet, alia habere nõ poſſit. Errant igitur qui putant ex æquitate huius legis permittendũ eſſe etiã prædoni, & malę fidei poſſeſſori, vt expenſas in alienã rẽ factas deducat, ne alioqui petitor ex aliena iactura locupletetur. Sic enim Tribonianus ratiocinatur, ſub Pauli nomine in *leg. planè* 37. *ſupr. de hered. petit.* cùm tamẽ negari non poſſit, quin culpa magna ſit eius, qui prudẽs & ſciens in alienam rẽ impendit, quẽ proinde æquius eſt de ſeipſo conqueri, & de dãno quod ipſe ſibi irrogauit quàm de petitore, vt nos contra Molineum, Cuiaciũ & Tribonianum ipſum diſputauimus ad *d. l. planè & in Chiliade noſtra de error. pragmat.* Nec vllũ ſanè damnum ſentire videtur poſſeſſor, cui tam grauis & inſignis culpa imputari poteſt, aut delenda omnino erit ex libris noſtris regula *dict. leg. quod quis.*

15. PAVLVS libro 10. ad Sabinum.

INdebiti ſoluti condictio naturalis eſt. & ideo etiam quod rei ſolutæ acceſſit, venit in condictionem: vtputa partus, qui ex ancilla natus ſit [a]: vel quod alluuione acceſſit. immo & fructus [b], quos is, cui ſolutum eſt, bona fide percepit [c], in condictionem venient.

*Ad l. In-*

*Ad l. Indebiti 25.*

RAT. DVB. Actiones omnes ſunt ciuiles *l. 2. §. deinde ex his legibus ſupr. de orig. iur.* nullæ verò naturales, id eſt, ex iure naturali aut gentium comparatæ. Omnes enim ſunt inductæ iure ciuili aduerſus perfidos iuris naturalis, aut gentiũ violatores, vt Theophilus in *Inſtit. de action.* ſcribit, *ſanct. l. cum amplius 84. §. in natura debet de regul. iur.* conſtant ſiquidem actiones omnes ex certis & ſolemnibus formulis & conceptionibus verborum *l. 1 & 2. Cod. de formul. & impet. act. ſublat.* Ius autem naturale nullas agnoſcit ſolemnitates, vt neque ius gentium. Atqui condictio indebiti actio eſt, ſicut & cæteræ condictiones omnes ſunt actiones, & quidem perſonales, quibus intendimus aduerſarium dare nobis oportere *§. appellamus Inſtit. de action.* Ergo indebiti condictio ciuilis eſt, non naturalis. DEC. Omnes quidem actiones ſunt ciuiles, ſed non omnes ciuili ratione comparatæ: ſunt enim quædam, quæ naturalem habent rationem, id eſt, ex bono & æquo æſtimandam: eiuſmodi autem eſt condictio hæc, vt & reliquæ omnes *l. hæc condictio 66. infr. hoc tit.* vbi ratio redditur, quia id quod alterius apud alterum ſine cauſa deprehenditur, reuocare conſueuerunt, quò etiam pertinet, quod in ſuperiore lege ſcriptum eſt, condictionem hanc ideo eſſe inductam, quòd natura æquum ſit, neminem cum alterius damno & iactura fieri locupletiorem. Atque ita bene Bartolus locum hunc explicat; & meliùs quàm Accurſius, qui putat ideo dici condictionem hanc naturalem, non ciuilem, quòd in eã veniant acceſſiones naturales tantùm non ciuiles. Illatio enim non ratio illa eſt huius ſententiæ, vt Paulus docet verbis illis ſequentibus, *Et ideo quod rei ſolutæ acceſſit, venit in cõdictionem.*

a *Vt puta partus qui ex ancilla natus ſit.* RAT. DVB. Id demum per hanc indebiti condictionem repetitur, quod indebitum ſolutum fuit: dicitur enim ſoluti indebiti condictio, vt ex principio huius legis conſtat. Atqui ſolutâ indebitè ancillâ, non ideo partus, qui poſt ſolutionem apud accipientem ex ea natus eſt, ſolutus videri poteſt: prius enim eſt, vt in rerum natura fuerit, quàm vt ſolui potuerit, & ipſũ repetitionis nomẽ oſtendit, priùs neceſſariò datum fuiſſe id quod repetitur. Ergo partus ex ancilla poſt ſolutionem natus, ſicuti nunquam datus fuit, ita nec repeti poteſt. DEC. Hæc condictio naturalis eſt, & naturalem habet æquitatem, vt proximè diximus. Ergo in eam venire æquum eſt quicquid ſolutæ rei naturaliter acceſſit, quia id habiturus fuerat actor, ſi indebitum non ſoluiſſet: æquè enim apud eum ancilla peperiſſet, atque apud eum, cui ſoluta fuit. Ergo etiam cùm partus ancillæ in hanc condictionem veniet: quamquam enim non eſt in fruct. *l. vetus fuit quæſtio 68. ſupr. de vſufr. l. in pecudum 28. infr. de vſur.* ideoque à fructibus in hac ipſa lege diſtinguitur, vt & in *l. 2. infr. de vſur. l. præterea 20. ſupr. de rei vindic.* & alibi paſſim: attamen acceſſio naturalis eſt, perinde ac fructus. Idem ergo eſt, & ſi quid per alluuionem acceſſerit, quia alluuio quoque incrementum naturale eſt, & latens *l. ergo 30. §. alluuio infr. de acquir. rer. dom.*

b *Immo & fructus.* RAT. DVB. Fructus non veniunt in actionibus ſtricti iuris, niſi ex die tantùm litis conteſtatæ *l. cùm fundus 31. ſupr. de reb. credit.* quia quale quid eſt cum petitur, tale dari debet *d. l. 2. inf. de vſufr.* Peti autẽ res tunc intelligitur, cùm litis conteſtatio fit, quæ priuſquam fiat, actor non tam petere dicitur, quàm velle petere *l. amplius non peti 15. inf. rat. rem haber.* Sicut neq; in arbitratus fructus veniunt ante litem conteſtatam *d. l. præterea l. penult. & paſſ. de rei vindic.* imò nec in bonæ fidei iudiciis veniũt fructus niſi ex die moræ, ſicut & vſuræ *l. mora 32. §. in bonæ fidei l. vſuræ 34. l. & contraria 17. & l. ſeq. §. pen. inf. de vſur. l. in minorum 3. Cod. in quib. cauſ. non eſt nec eſſ. in integr. reſtit.* Atqui condictio indebiti ſtricti iuris actio eſt, ſicut & condictiones omnes, quarum quippe nulla inter bonæ fidei actiones enumeratur in *§. actionum Inſt. de action.* Ergo fructus in eam venire non poſſunt, qui ante litem conteſtatam percepti ſunt, multò minus qui ante moram, quos tamen omnes venire Paulus hîc ſcribit, etiam eos, qui bona fide ac iure dominij ab eo qui indebitum accepit, percepti fuerint, cum tamen illi qui etiam poſt litem conteſtatam percepti ſunt, vel ideò maximè reſtituendi ſint, quoniam mala fide percepti intelligantur, ſiquidem litis conteſtatio ſemper malam fidem inducit *l. ſed etſi 25. §. ſi ante ſupr. de petit. hered. l. ſi homo 45. ſupr. de rei vindic.* Sed & alia nec minus valida dubitandi ratio ad hunc locum ex eo peti poteſt, quòd fructus non tam ſeminis, quàm ſoli iure percipiuntur *l. quiſ ſit 25. §. 1. infr. de vſur.* & proprietatis cauſam neceſſariò ſequuntur *l. & ex diuerſo 35. §. vbi autem ſuprà de rei vindic.* Atqui is, cui ſolutum fuit indebitũ, fructus percepit, ſi modò fundum coluerit & ſeuerit, & ſeminis & ſoli iure ſuos illos fecit, nec enim datur vnquam condictio domino extra cauſam rei furtiuæ, ſed ei ſemper qui dominus non eſt contra eum qui eſt dominus, *l. vlt. ſupr. de vſufr. quemadmo. caueat.* cum per condictionem quamlibet intendat actor ſibi dari oportere, dare autem nihil aliud ſit, quàm dominium transferre, id porrò tuum facere nemo poſſit, quod ſuum non ſit, *§. ſic itaque Inſtit. de action. iunct. l. vbi autem 75. §. vlt. de verb. oblig.* Qui ergo fieri poteſt, vt is qui condictione ſiue indebiti ſiue alia cõtenditur, etiam fructus, quos non ſolùm perceptione, ſed etiam iure dominij ſuos fecit, actori reſtituere teneatur? DEC. Actiones quidem omnes ſtricti iuris, quibus intendimus aduerſarium dare nobis oportere, & quæ ideò condictionis appellatione generali continentur, dantur non domino contra dominum, ſed non tamen omnes eiuſdem ſunt generis & conditionis: aliquæ enim ſunt, quibus intendimus aduerſarium dare nobis debere id, quod noſtrum neque eſt, neque vnquam fuit, vt cũ agimus cõdictione certi ex ſtipulatione, aut ex mutuo, vt in *d. l. certi condictio d. l. 2. de vſur. l. 1. de condict. tritic.* Aliæ verò ſunt, per quas intendimus dari nobis debere id quod noſtrum aliquando fuit, cuiuſmodi ſunt condictiones indebiti, & ſine cauſa & ob turpẽ cauſam. Ex iis quibus perſequimur id quod noſtrũ nunquam fuit, non poſſumus conſequi fructus niſi à die litis cõteſtatæ *d. l. cùm fundus*, quia non tam naturali quàm ciuili æquitate nituntur, nec poteſt actor dicere ſe fructus illos habiturum fuiſſe, niſi à quo die petiit rem ſibi dari, ſi data ei res fuiſſet, quẽadmodum in rei vindicatione ſi fuiſſet ei reſtituta, *d. l. præterea 20. ſupr. de rei vindic.* Ex aliis verò, quibus eam rem perſequimur, quæ aliquando noſtra fuit, etiam fructus omnes conſequimur, quotquot à poſſeſſore eodemq; domino percepti ſunt, quatenus ſcilicet locupletior ex iis factus eſt, vt mox dicetur ex *l. ſi non ſortem 26. §. libertus infr. hoc tit.* quia cùm naturalem habeant æquitatem, æquiſſimum eſt reddi rem meam cum fructibus, quos vtique percepiſſem & haberem hodie, ſi eam rem non ſoluiſſem per er-

rorem facti, aut ſine cauſa, aut ob turpem cauſam. Et ita Paulus idem noſter diſtinguit in *l. videamus generaliter* 38. §. *ſi actionem infr. de vſur. iunct. l. qui ſe debere* 7. §. *vltim. l. cùm quis* 12. *ſupr. de condict. cauſ. dat. l. in ſumma* 65. §. *et qui infr. hoc tit.* Iunge quæ ſcripſimus ad *d. l. cum fundus*. Vſurarum alia ratio eſt, nec enim veniunt in condictionem indebiti *l. 1. C. hoc tit.* nempe quia non ſunt acceſſiones naturales, ſed ciuiles, nec tam naturæ quàm iure percipiuntur, vt Papinianus loquitur in *l. ſi nauis* 62. *ſupr. de rei vindic.* vbi nos quid & quale huc ſit explicauimus.

c *Quos is cui ſolutum eſt, bona fide percepit.* RAT. DVB. Bonæ fidei poſſeſſor quilibet, facit fructus ſuos ſola perceptione interim *l. bona fidei* 48. *infr. de acquir. rer. domin.* id eſt, quandiu fundus euictus non eſt *l. qui ſcit* 25. §. *vlt. infr. de vſur.* (fundo enim euicto certũ eſt fructus adhuc extantes, id eſt, nõdum conſumptos, ſi neque vſucapti ſint, venire in reſtitutionem officio iudicis *l. certum* 22. *C. de rei vindic.* & apud Iuſtin. *Tit. de offic. iudic.*) abſolutè verò acquiri bonæ fidei poſſeſſori, eiuſque lucro cedere ſecuta poſtmodùm ſiue conſumptione, ſiue vſucapione *l. 4. §. poſt litem ſupr. fin. regund. l. 4. §. lana infr. de vſucap.* Ideóque dicimus bonæ fidei poſſeſſorem quemlibet in percipiẽdis fructibus, velut domini loco eſſe *d. l. bona fidei*, adeóque plus iuris habere quàm fructuarium, cùm fiant bonæ fidei poſſeſſoris ſtatim atq; ſeparati ſunt à ſolo, fructuarij verò non aliter quàm ſi aut ipſe, aut alius ipſius nomine eos perceperit, *l. ſi fructuarius meſſem* 13. *ſupr. quib. mod. vſusfruct. amitt.* At quin is cui fundus per errorẽ facti indebitè ſolutus eſt, plus quàm bonæ fidei poſſeſſor eſt, cùm ſit etiam dominus. Ergo fructus quos bona fide percepit, nullomodo reſtituere per hanc indebiti condictionem debet, pręſertim verò ſi eos conſumpſerit. Non addo, *vel vſuceperit*, quia vſucapere nemo poteſt id, quod iã ſuum eſt, cùm id quod iam meum eſt, magis meum fieri nõ poſſit, §. *ſic itaque Inſtit. de action.* Quamuis impleto tempore quo perfici vſucapio potuiſſet, abſurdum videtur poſſeſſorem ob id minùs iuris habere, quòd fuerit iam dominus, & quàm habiturus eſſet, ſi dominus nõ fuiſſet, *l. in bello* 12. §. *ſi quis ſeruum infr. de capt. & poſtlim.* Immò verò quid hoc eſt dicere, *quos is, cui ſolutum eſt, bona fide percepit.* quaſi poſſit malæ fidei poſſeſſor eſſe qui à domino emit, adeóque qui dominus ipſe eſt? At qui hoc negat Iulianus in *l. ſi quis cùm ſciret* 8. *infr. pro empt.* Ergo fruſtra eſt diſtinguere cum Accurſio & Bartolo, an bona fide, an mala is cui indebitum ſolutum eſt, fructus perceperit, tantum abeſt, vt verum eſſe poſſit, quod Accurſius hîc tentat fructuum furtum facere eum, qui indebitum ſciens accipit ex *l. quoniam* 18. *infr. de condict. furt.* (quę reſtringenda omninò eſt ad eum caſum, quo dominium pecuniæ indebitæ non potuerit transferri in accipientem, vt ibi dicemus) rectè in hoc à Bartolo reprehenſus, quia rei ſuę furtum facere nemo poteſt §. 1. *Inſtit. de oblig. quæ ex delict.* DEC. Qui condicit fundum indebitum quem per facti errorem ſoluit, illud ipſum dominium repetit, quod habebat antequàm ſolueret, & quod ſemper habuiſſet, ſi per errorem facti non ſoluiſſet, eodémque dominij iure fructus percepiſſet, non ille cui fundus ſolutus eſt, quia nec dominus, nec bonæ fidei poſſeſſor factus fuiſſet, ſi non ei ſolutum fuiſſet per errorem. Ergo quæ ratio æquitatis inducit condictionem fundi, eadem quoque dat cauſam reſtituendorum fructuum, & aliarum huiuſmodi acceſſionum naturalium, quæ fundo ſua ſponte acceſſerunt. Nec ius dominij & plus quàm bona fides eius cui condicitur, poteſt eſſe impedimẽto, quoniam aliud eſt de acquiſitione, aliud verò de lucro fructuum tractare *d. §. poſt litem*, & cùm in propoſito cauſa reſtituendorum fructuum ſit antiquior cauſa eorundem acquirendorum, non eſt mirum potiorem eſſe cauſam veteris domini quàm noui, & condicentis quàm eius cui condicitur, perinde in fructibus quam in dominio, vt ita cauſam dominij fructuum quoque cauſa ſemper ſequatur, vt in dubitandi ratione diximus ad verſic. præcedentem ex *l. & ex diuerſo* 35. §. 1. *ſupr. de rei vindic.* Sic dicimus, ſi minor aut alius quilibet qui in integrum reſtitui poteſt, fundum vendiderit, deinde in integrum reſtitutus ſit, fructus ei omnes reſtituendos eſſe, ex natura reſtitutionis in integrum, quæ omnia reponit in priorem & priſtinum ſtatum *l. quod ſi minor* 24. §. *reſtitutio l. patri* 27. §. *ſi pecuniam ſupr. de minor. l. vnic. C. de reput. quæ fiunt in iudic. in integr. reſtit.* In quo errant plerique interpretũ anteſignani pragmaticorum noſtrorum, exiſtimantes emptorem, quia bonæ fidei poſſeſſor eſt, quouſque petita ſit reſtitutio, non alios fructus reſtituere compelli, quàm quos ex die litis conteſtatæ perceperit, quaſi exinde malæ fidei poſſeſſor factus: quod certè non ita eſt. Omnes enim fructus reſtituere debet, non ratione malæ fidei, quæ ante litem conteſtatam nec vlla eſt, nec eſſe poteſt, ſed vi & poteſtate actionis, cuius natura ita fert, vt fructuum omnium reſtitutionem ſecum trahat, ſiue in integrum reſtitutio ſit, ſiue condictio indebiti, aut alia condictio eius rei, quæ aliquando fuerit mea. Sic enim idem Paulus noſter diſtinguit in *l. videamus* 38. §. *ſi actionem infr. de vſur.* Nempe quia non eadem ſubeſt ratio, aut æquitas reſtituendorum fructuũ eius rei, quæ nunquam fuit actoris, vt ſi condictio certi ex ſtipulatione exerceatur *d. l. cùm fundus* 31. *ſupr. de reb. credit. d. l. 2. de vſur.* neque diſtinguimus an poſſeſſor tãto tempore fructus reſtituendos poſſederit, quantum ad bonorum mobilium vſucapionem complendam neceſſarium eſt, cùm repetantur poteſtate, vt dixi, perſonalis actionis, quæ vſucapione nulla excluditur. Cęterùm quod dicimus omnes fructus in condictionem indebiti venire, ſic intelligendum eſt, vt eatenus duntaxat veniant, quatenus poſſeſſor ex iis locupletior factus eſt, *l. ſi non ſortem* 26. §. *libertus infr. hoc tit.* item deducta impenſa quæ ad fructus percipiendos neceſſaria eſt, *l. in ſumma* 65. §. *et qui indebitum infr.* Locupletior autem ex fructibus perceptis factus eſſe poſſeſſor intelligitur, quoties tantundem de ſuo fuerat erogaturus, vt benè hîc notat Accurſius ex *l. ſed etſi lege* 25. §. *quod autem & §. adeò ſup. de hered. petit. & l. in pupillo* 47. *infr. de ſolut.*

1 ¶ Sed & ſi nummi alieni dati ſint, condictio competet, vt vel poſſeſſio eorum reddatur. quemadmodum & ſi falsò [a], exiſtimans poſſeſſionem me tibi debere alicuius rei, tibi tradidiſſem, condicerem. Sed & ſi poſſeſſionem tuam feciſſem [b], ita vt tibi per longi temporis præſcriptionem auocari non poſſit: etiam ſic rectè tecum per indebiti condictionem agerem.

*Ad §. 1. Sed etſi nummi.*

RAT. DVB. Qui alienos nummos ſoluit, non transfert dominium, ideóque nec liberatur *l. ſi alieni 78. infr. de ſolut. l. Iulianus 47. §. 1. mandat.* Ergo non poteſt condicere, quia is demùm condicere poteſt, qui dominium habuit, & is demùm condictione tenetur, qui dare poteſt, id eſt, dominium transferre *§. ſic itaque Inſtit. de action. iunct. l. vbi autem 75. §. vlt. de verb. obligat.* DEC. Condictionis nomen per ſe nihil niſi repetitionem ſignificat eius quod tranſlatum fuit in alium, transferri autem poteſt aliquando dominium cum poſſeſſione, aliquando poſſeſſio ſine dominio, ſiue ab initio id actum ſit, vt dominium cum poſſeſſione, ſiue vt ſola poſſeſſio transferretur, ſi dominiũ cum poſſeſſione indebitè trãſlatum ſit, condictio indebiti danda eſt ad repetendum cum poſſeſſione dominium, quod ſicuti vix trãsfertur ſine poſſeſſione, exceptis quibuſdam caſibus, de quibus in *l. 1. & 2. ſupr. de public. in rem act.* ita nec niſi per poſſeſſionem, cum qua ſemel coniunctum fuit, *l. per procuratorem 8. C. de acquir. poſſeſſ.* ſcilicet ſi ab ea ſeparari non poſſit, vt ea lex ait, ſi autem poſſeſſio ſola quoquomodo trãſlata ſit abſque dominio, quia dominium penes ſoluentem non erat, poſſeſſio quoque ſola ſine dominio condicetur: ita enim fiet ex vtraque parte, vt neque abfuturum ſit, quicquam ei qui indebitum ſoluit, cùm nihil tranſtulerit, niſi poſſeſſionem quam recuperat, neque ex aliena iactura locupletetur is qui accepit, cùm poſſeſſionem quam ſolã acquiſiuerat, reſtituat. Taceo, quod etiam poſſeſſionis dominium quoddam eſt: quicquid enim noſtrum eſt, id vt in dominio noſtro ſit, prorſus neceſſe eſt. Poſſeſſionem verò noſtram non minùs verè & rectè, quàm dominium noſtrum eſſe dicimus, *l. 1. infr. de bonor. poſſ. & in l. 1. C. Theodoſ. eod. tit.* Ideóque quiſquis transfert poſſeſſionem, dicitur etiam transferre dominium poſſeſſionis.

a *Quemadmodum ſi falſo.* RAT. DVB. & DECID. eadem eſt quæ ad verſic. præcedentem: conuenit enim hic verſiculus cum ſuperiore in eo quod vterq. tractat de ſola poſſeſſione translata: ſed ſuperior de poſſeſſionis tranſlatione ab eo facta, qui id agebat, vt dominium quoque transferret, quod tamen quia erat alienum, transferre non potuerat, hic verò de poſſeſſione tranſlata ab eo qui ſe poſſeſſionem tantùm transferre debere putabat, quam tamẽ nec debebat. Vtroque autem caſu ſicuti poſſeſſio ſola trãsfertur, ita & ſola poſſeſſio condicitur: id enim ſolum condici poteſt, quod indebitè tranſlatum fuit, vt ſuprà diximus. Quid ergo ſi is, in quem ſola poſſeſſio tranſlata fuerat, puta nummorum, de quibus agitur initio huius §. aut alterius cuiuſdam rei mobilis, eam rem cõſumpſerit, aliterve amiſerit? Reſpondent bene interpretes, conſumptione ſicuti cõciliatur mutuum, ita & indebitum conciliari, cùm cauſa indebiti cauſæ mutui æquiparetur *§. is quoque Inſtit. quib. mod. re cõtr. oblig. & l. 5. §. is quoque infr. de oblig. & action.* ſi modò conſumpta res ſit in vtilitatem eius cui indebitè ſoluta fuerat poſſeſſio, quoniam & hoc caſu contra æquitatem naturalem ex aliena iactura locupletaretur. Proinde cùm hoc caſu ea ipſa res & poſſeſſio, quæ indebitè ſoluta fuit, condici non poſſit, tantundem neceſſariò condicendum eſt, vt in mutuo. Sed ſi amiſſa poſſeſſio ſit, difficilius videtur, vt condictione teneri debeat is, qui locupletior factus non eſt, *arg. l. ſi non ſortem 26. §. libertus infr. hoc tit.* Putat tamen Bartolus poſt Accurſium etiam hoc caſu condici poſſe tantundem quaſi ſecuta tãdem amiſſione dominium iam inde ab initio tranſlatum fuiſſe intelligatur nummorum, vt ita is qui nummos accepit debitor generis ab initio cõſtitutus eſſe videatur ex *l. ſi filiusfamilias 14. ſupr. de reb. credit.* genus enim perire non poteſt *vulg. l. incendiũ 11. C. ſi cert. pet.* Aliud ergo eſt ſi ſolutio facta ſit in ea ſpecie, quę in genus tranſire & degenerare nunquam poſſit, vt benè concludit Accurſius ex *d. § libertus.* Illud tamen mirum videtur, quod pro poſſeſſione rei mobilis recuperanda detur actio perſonalis, cùm interdictum nullum detur, vt noſtri traduot ad *l. rem quæ nobis 15. de acquir. poſſ.* Sed nouum non eſt, vt latiùs pateat condictio quàm interdictum, cum ex facto noſtro naſcatur. Sic & condictio triticaria datur ad poſſeſſionem *l. 2. infr. de condict. tritic.* & pignoratitia *l. ſi rem 9. §. is quoque de pignor. act. iunct. l. ſi in area 33. infr. hoc tit.* quam tamen huic §. opponit Accurſius quaſi contrariam, quòd in ea ſcriptum ſit, ſi is qui in aliena area ædificauit, poſſeſſionem ipſe tradiderit, condictionem eum non habere, quia nihil accipientis fecerit, ſed rem ſuam dominus habere incipiat. Verùm facilis reſponſio eſt, nihil in illa ſpecie factum eſſe accipientis, vt lex ait, ideóque ne condictionem competere, quoniam area in qua poſſeſſor ædificauerat, iam erat accipientis, & poſſeſſio ædificij, poſſeſſio quoque areæ eſt. In ſpecie autem huius §. tractamus de tranſlata poſſeſſione eius rei, quæ nec dantis erat, nec accipientis, ſed aliena, vel quæ ita erat dantis, vt accipiens non poſſit dicere, ſe rem ſuam habere nunc incipere.

b *Sed etſi poſſeſſionem tuam feciſſem.* RAT. DVB. In condictione indebiti non veniũt acceſſiones ciuiles, ſed naturales tantùm, vt diximus initio huius legis ex *l. 1. C. hoc tit.* Atqui quod accedit per vſucapionem, aut longi temporis præſcriptionem, acceſſio ciuilis eſt non naturalis. Nec enim ius naturale, aut gentium vſucapionem vllam agnoſcit, aut longi temporis præſcriptionem, ſed tantùm ius ciuile, & ex ratione merè ciuili, de qua in *l. 1. infr. de vſucap.* contra rationem naturalẽ, de qua in *l. id quod noſtrum 11. de regul. iur. & Tit. de vſucap. Inſtit.* Ergo ſi poſſeſſionem tuam fecerim, ita vt propter longi tẽporis præſcriptionem auocari à te non poſſit per verum dominum eius rei, cuius poſſeſſionem in te tranſtuli, non eſt mihi permittendum, vt per indebiti condictionem tecum agam, ne alioqui nihil tibi proſit lõgi temporis præſcriptio qui poſſediſti, ſed mihi, qui per totũ illud tempus non poſſedi. DEC. Eę demum acceſſiones ciuiles nõ veniũt in condictionẽ indebiti, per quas, ſi venirẽt, fieret vt damnum aliquod poſſeſſor ſentiret, puta ſi pecuniæ, quæ indebitè ſoluta eſt, vſuras præſtare teneretur: id enim duntaxat agit ciuilis legiſlator, vt omne lucrũ auferat poſſeſſori, non etiã vt damnũ ei aliquod irroget. Vnde eſt quod nec aliæ naturales acceſſiones in hanc condictionẽ veniũt, quàm ea quib. poſſeſſor locupletior factus eſt, vt diximus ad initiũ huius legis ex *l. ſi non ſortẽ 26. §. libertus infr. hoc tit.* Atqui cùm per hanc cõdictionẽ indebiti auocatur acceſſio illa ciuilis, quæ per vſucapionem fit, & longi temporis præſcriptionem, nullum damnum poſſeſſori infligitur, ſed lucrum duntaxat eripitur, quod per vſucapionem aut longi tẽporis præſcriptionẽ ſibi acquiſiuerat. Ergo eam quoque acceſſionem quamuis ciuilem in hanc condictionem venire æquum eſt, non minùs quàm ſi eſſet naturalis. Sed qui fieri poteſt, vt longo tempore præſcribat, vel vſucapiat is qui indebitum accipit, cùm in mala fide eſſe videatur, quæ non tantùm vſucapionem impedit, ſed etiam longi temporis præſcriptionem? *leg. vnic. Cod. de transform. vſucap.*

Nimirum ſi is, cui poſſeſſionem tradidi bona fide, putauerit ſibi eſſe debitam, quæ tamen vera fuit indebita, vt in *leg. hominem 3. infr. pro ſuo.* Et ita non malè Accurſius: quamuis Bartolus exiſtimet parùm referre an ſciens indebitum, an neſciens quis poſſeſſionem acceperit, quia quod bonam fidem requirimus in vſucapiente & præſcribente, eò pertinet, vt mala fides impediat vſucapionem, & longi temporis præſcriptionem aduerſus dominum, non etiam vt bona fides requiratur in accipiente reſpectu eius qui ſoluit indebitum. Etſi enim is qui accepit, ſciuerit eſſe indebitum, ſi tamen ſoluentem credidit eſſe dominum, atque ita dominium in ſe tranſlatum eſſe per ſolutionem, nihil vetat eum vſucapere, & longo ſaltem tempore præſcribere, quia quod ad dominum rei pertinet, non fuit in mala fide ex *l. ſi quis fundum 43. infr. de acquir. poſſ.* Eáque Bartoli interpretatio vt ſubtilior, ita probabilior mihi videtur. Nam quod in *d. l. hominem pro ſuo*, adhibetur diſtinctio, an is qui indebitum accepit, indebitum ſciuerit, an ignorauerit, rationem illam habet, quia indebitum ſolutum fuerat ab ipſo domino, contra quem vſucapio obiiciebatur. Ideò autem loquitur hîc Paulus de longi temporis præſcriptione, non etiam de vſucapione, quia vſucapio ſolius poſſeſſionis nulla eſt, cùm ſit adiectio dominij per continuationem poſſeſſionis temporis lege definiti *l. 3. infr. de vſucap.* ponimus enim tranſlatam fuiſſe poſſeſſionem ſolam, non etiam dominium, atque ita nullum adeſſe titulum ratione dominij, ſine quo titulo non procedit vſucapio *l. Celſus 27. eod. tit.* At longo tempore acquiri etiam ſola poſſeſſio poteſt, vnde & nomen habet longæ poſſeſſionis, nec enim adiectionem dominij inducit, ſed tantùm parit exceptionem, ne à poſſeſſore auocari poſſit poſſeſſio, vt hic verſiculus innuit, & diximus latè ad *l. penult. ſupr. de mort. infer. & ad l. ſi dato 13. §. Iulianus ait ſupr. de iureiur.* Et quamuis requirat titulum non minùs quàm vſucapio *l. 4. & paſſ. C. de præſcr. long. tempor.* ſufficit tamen titulus tranſlatæ poſſeſſionis ad ſolam poſſeſſionem præſcribendam, nec dominij titulus ad hoc exigitur, vt hic locus omnium optimè probat. Cùm verò detur condictio domini, non domino aduerſus dominum, domino autem vindicatio contra non dominum, quærunt noſtri vtrius actionis potior cauſa eſſe debeat, an vindicationis, an condictionis, & cur is, qui condicit, non repellatur exceptione illa dolo facis, qui petis, quod redditurus es *l. dolo 8. de doli mal. except.* Reſpondent autem poſt Bartolum, & rectè potiorem condictionis cauſam eſſe debere quàm vindicationis, nec malè, ſed mala tamen ratione: aiunt enim condictionem hoc caſu dari non tantùm ad poſſeſſionem, ſed etiam ad dominium, quaſi dominium ſit vſucapione reconciliatum, vt in motuo *l. 2. §. appellata ſupr. de reb. credit.* Hoc verò falſum eſt. Condictio enim hoc caſu datur non dominij, ſed ſolius poſſeſſionis, cùm per longi temporis poſſeſſionem dominium acquiri non poſſit, vt diximus, nec titulus aliquis præceſſerit, ex quo ſequi vſucapio potuerit. Itaque non de vſucapione Paulus hîc loquitur, ſed de longi temporis præſcriptione, vt monuimus, quam paſſim noſtri interpretes cum vſucapione confundunt valde imperitè, ac perniciosiſſimo errore. Nihílne ergo niſi poſſeſſionem condicet is, qui poſſeſſionem duntaxat indebitam tradidit? Nihil planè, niſi quod condicit poſſeſſionem cum ea vtilitate, quæ per longi temporis præſcriptionem acceſſit, ſcilicet vt à poſſeſſore auocari ea poſſeſſio non poſſit propter exceptionem, quæ per longi temporis poſſeſſionem acquiritur. Ergo falſum etiam illud eſt, quod interpretes ſupponunt pro vero, huic, cui poſſeſſio condicitur, competere rei vindicationem, cùm non detur ea niſi domino, *leg. in rem 23. & paſſ. D. de rei vindic.* dominium autem per longi temporis poſſeſſionem nullum acquiratur, nec vlla conſequenter in rem actio, niſi cùm poſt completam longi temporis poſſeſſionem deferente aduerſario, poſſeſſor iurauit rem ſuam eſſe: quo caſu etiam vtilis actio poſſeſſori datur, ſed propter iuſiurandum, non propter longi temporis præſcriptionem *d. §. Iulianus ait*, vbi nos explicauimus. Enimuerò ſi ponas, vt in principio huius legis, tranſlatum fuiſſe cum poſſeſſione dominium rei indebitè ſolutæ, eadem quæſtio recurrit, cur non potior ſit cauſa eius cui condicitur, cùm ſit dominus, quàm condicentis qui dominus non eſt. Verùm facilis reſponſio eſt, antiquiorem eſſe cauſam condictionis, quàm vindicationis, & conſequenter potiorẽ, quia res ſoluta indebitè condicentis fuit antequàm fieret eius cui hodie iuſtè condicitur. Et ſicuti condictio tollit, ſi non intellectum ſaltem effectũ acquiſiti aduerſario dominij, ita & impedit ne vindicatio vlla dari poſſit ei, qui per cõdictionem in eam cauſam deducitur, in qua eſſet ſi dominus nunquam fuiſſet, quomodo de poteſtate euictionis Papinianus noſter loquitur in *l. ſi patroni 55. §. vlt. ad S C. Treb.* condictio enim nihil niſi euictio quædam eſt, ſed quæ datur non domino ob id ſolùm, quòd dominus aliquando fuerit, & ſine cauſa iuſta dominium illud amiſerit. Et quemadmodum dicimus vſucapione non extingui cauſam pignoris, *l. vſucapio 7. C. de pignor.* quia quæſtio pignoris nihil commune habet cum intentione dominij, nec vlla cum eo ſocietate coniungitur, *l. 1. §. cùm prædiſ. infr. eod. ill. tit. l. iuſto errore 44. §. non mutat infr. de vſucap.* ita & dicendum eſt, ex iniuſta illa dominij acquiſitione, quæ fit per acceptam ſolutionẽ indebiti non poſſe condictionem extingui, quæ & anteriorem & iuſtiorem cauſam habet, ſed extingui potiùs condictione vindicationem, quaſi iam pro non domino habendus ille ſit, qui in eo eſt, vt dominium quod vel ſine cauſa vel ex iniuſta cauſa habet, aduerſario reſtituere mox debeat. Nec facilè poſſum probare quod Bart. hîc notat, poſſe fieri aliquo caſo, vt etiam acquiſito per vſucapionem dominio, poſſeſſio tamẽ ſola quæ indebitè ſoluta fuit cõdicatur, vt puta, inquit, ſi tradideris mihi poſſeſſionem ex vna cauſa, & ego ex alio titulo, & alia cauſa præſcripſerim, quoniam hoc caſu proprietas non acceſſerit occaſione proprietatis quã à te habui, ſed ex alia cauſa. Quod certè falſum eſt. Dominium.n. quod per vſucapionẽ acquiritur, ſemper accedit poſſeſſioni *d. l. 3. de vſucap.* cum ſine poſſeſſione nulla poſſit eſſe vſocapio *l. ſine poſſeſſione 25. eod.* Et quemadmodum id quod meum eſt, non poteſt magis fieri meum *d. §. ſic itaque Inſtit. de act.* ita nec poſſeſſio quã ego per ſolutionem indebiti tuam feci magis tua fieri poteſt. Proinde verũ ſemper eſt te vſucepiſſe occaſione eius poſſeſſionis, quã à me habuiſti, & conſequenter dominium quoq; quod per vſucapionem acceſſit reſtituere te mihi oportere. Eſt enim hic quoque caſus ex illis in quib. dominiũ poſſeſſioni ſemel iunctũ à poſſeſſione ſeparari non poteſt, vt in *d. l. procuratorem 8. C. de acqu. poſſ.* quãuis dici ſoleat, quod & verum eſt nihil commune habere cauſam poſſeſſionis cum cauſa proprietatis *l. naturaliter 12. §. nihil commune infr. eodem ill. tit.*

ſcili-

ſcilicet cùm proprietatis & poſſeſſionis cauſa formaliter & in abſtracto conſideratur, non etiam cū in concreto. Itaque qui condicit poſſeſſionem, is in conſequentiam neceſſariam condicit etiam dominium quod poſſeſſioni quoquomodo acceſſit, vndequaque tandem acceſſerit, & quidem ſuo iure, adeò vt non idcirco vereri domino cùius dominiū vſucaptum eſt, vlla actione teneatur, vt omnes interpretes poſt Accurſium conſentiunt ex *l. ſi alienam 33. infr. de mort cauſ. donat.* Quod autem obucitur ex *l. vlt. C. de his qui à non domin manum fuer.* vbi præſcriptio tollit perſonalem actionem, quę alioqui domino eſſet competitura contra eum, qui alienum ſeruum per obreptionem factam Principi manumiſit, benè diluit Bartolus ex eo quod præſcriptio ibi perimit dominium, aut vt loqui debuit, inefficacem conſtituit actionem & vindicationem dominij, cuius ſola ratio cauſam præbebat actioni perſonali; hîc verò præſcriptio non tollit cauſam perſonalis actionis, ſed eam auget potius, & validat.

2 ¶ Sed etſi vſusfructus in re ſoluta alienus ſit: deducto vſufructu, à te condicam.

*Ad §. 2. Sed etſi vſusfructus.*

RAT. DVB. Vſusfructus in plerïſque caſibus pars dominij cenſetur *l. 4. ſupr. de vſufr.* & cùm rei emolumentum contineat, ſaltem portionis inſtar obtine *leg. cùm filius 76. §. dominus de legat 2. leg. qui vſumfructum 58. de verb. oblig.* ergo ſi eam rem indebitè tibi ſoluerim cuius proprietas ad me pertinebat, vſusfructus verò ad Titium, non eſt mihi permittendum, vt proprietatem condicam, non magis quā vt partem corporis pro indiuiſo *arg leg. ſi pœna 19. §. ſi infr. hoc tit.* DEC. Vſusfructus in iure conſiſtit non in parte *l. Mæuiæ 66. § fundo de legat. 2. l. ſi à reo 70 §. ſi reo inf. de fi. et ſſ.* nec permiſcēda eſt cauſa proprietaria cū cauſa vſusfructus *l. pen. infr. de acqu. poſſ.* Nihil ergo vetat fundum, qui indebitè ſolutus eſt, etiāſi vſusfructus in eo alienus ſit (ſic enim legendum hîc eſt *in re ſoluta*, non vt apud Accurſium *cum re ſoluta*,) cōdici dummodo condicatur deducto vſufructu. Hęc enim adiectio ideò neceſſaria eſt, quoniam alioquin is qui fundum ſimpliciter condiceret, plenam non nudam proprietatem auocaret, cùm appellatione fundi plena proprietas ſignificetur *l. ſi alij fundum 19. de vſufruct. legat.* atque ita repereret etiam id quod ſuum antea non fuiſſet, quaſi extincto iam vſufructu, qui tamen alienus adhuc eſſet: hoc verò pugnaret vtique cum naturali æquitate, qua tamen condictiones omnes nituntur, vt ad initium huius legis diximus. E contrario fieri poteſt, vt qui nudam proprietatem in fundo habuit, eâmque indebitè ſoluit, cùm alius in eo fundo haberet vſumfructū, nec tamen eum poſſideret, etiam fructus condicat, quamuis vſumfructum ipſum non poſſit nec plenā proprietatem condicere, ſcilicet ſi poſſeſſor fructus illos perceperit, quia verum eſt acceſſiſſe fructus poſſeſſioni, quam à ſoluente indebitam habuit, nec alio iure quæſitos ei fuiſſe quàm quia eos bona fide perceperit *l. bonæ fidei 48. infr. de acquir. rer domin.* cùm à domino cauſam habuerit *l. ſi quis cùm ſciret 8. pro emptor.* Cęterùm ſi fructus nullos perceperit, non magis fructus ei condici poterunt, quàm vſusfructus qui alienus eſt: & ita benè poſt Accurſium Bartolus. Quod tamen intellige, ſi modò poſſeſſor neſcierit vſumfructum ad alium pertinere, nam ſi ſciuit, non poteſt videri eos fructus bona fide percepiſſe *d. l. bonæ fidei § in contrarium*, quamquam vix fieri poteſt, vt neſciuerit vſumfructū ad alium pertinere is, cui nuda tantùm proprietas ſoluta eſt, niſi acceperit eo errore, quaſi plena proprietas ad ſoluentem pertineret. Aliud eſt, ſi is cui nuda proprietas indebitè ſoluta fuit, fructuarium expulerit, non enim eo magis plena proprietas condici poterit, quia expulſio fructuarij non extinguit vſumfructū, nec eum conſolidat cum proprietate, neq; propter indebitam nudæ proprietatis ſolutionem, ſed facto poſſeſſoris expulſum ponimus fructuarium. Planè ſi poſſeſſor poſtea pergeret velle frui, ob expulſum à ſe & facto ſuo fructuarium, poſſet dominus contra poſſeſſorem agere negatoria, quia quod ad eum pertinet, liberas ædes habet, inquit Accurſius ex *l. loci corpus 4. §. competit ſupr. ſi ſeruit. vindic.* Idem quærit, quid ſi id quod tibi indebitè tradidi, tuum crediderim, atque ita dominij tranſlatio in te nulla facta ſit, quia nec animum habui transferendi. Reſpondet autem, conſumptione ſecuta, vtilem me condictionem etiam dominij habere, quia dominium re vera meum fuit, idq; ad inſtar & exemplum mutui *arg. §. is quoque Inſtit quib. mod. re contr. oblig. iunct. l. certi condictio 9. §. ſi nummos* vbi dixi *ſupr. de reb. credit.* Illa quęſtio difficilior eſt, quam poſtremo loco propoſuit Accurſius, ſi fundum tibi tradiderim, cuius alius ſit emphyteuta, & tu emphyteutam expellas, an fundum pleno iure quaſi totum meum poſſim cōdicere, non detracto iure emphyteutico, quod ad alium pertinebat. Reſpondet verò poſt Ioannem, non per omnia bonam eſſe comparationem vſusfructus & emphyteuſeos, propterea quòd vſusfructus perſonam imitetur, & cum ea finiatur, non etiam emphyteuſis, quæ ad heredes quoſcunque ſui natura etiam extraneos tranſit. Etſi enim extinctis quoque perſonis in emphyteuſi expreſſis, emphyteuſis ad dominum directum reuertitur *§. emphyteuſis Nouell. 7. de non alien aut permut. reb. eccleſ.* non minus quàm vſusfructus ad proprietatem, vna tamen emphyteuſis eſt in perſonis omnium, cùm tamen variatis fructuariorū perſonis idem vſusfructus eſſe nō poſſit *l. ſtipulatio iſta 38. §. ſi quis ita de verb. oblig.* vt benè pro Accurſio Bartolus diſputat. Cætera quę hîc congerit Bart. de admittenda vel reïicienda exceptione quæ ſit de iure tertij aut excluſiua iuris agentis in totum, & ipſo iure, aut reſpectu tātùm cōmoditatis & vtilitatis alicuius, aut etiam non aliter quàm ſi tertius velit, item quæ ſit de iure quodam tertij acceſſorio rei principalis, aut de eo quod per ſe principaliter ſubſiſtat, conſultò hîc prætermittimus, non ſolum quod aliena ſint ab huius §. ſententia, ſed etiam quia hanc ipſam quæſtionem alio commodiore loco iam tractauimus, & alibi ſępe tractaturi ſumus.

16. POMPONIVS lib. 15. ad Sabinum.

SVb condicione debitum, per errorem ſolutum, pendente quidem condicione repetitur: conditione autem exiſtente, repeti non poteſt a, quod autem ſub in-

certo die debetur [b], die exiſtente non repetitur.

*Ad l. Sub condicione 16.*

RAT. DVB. Quod ex ſtipulatione condicionali debetur, quandiu pendet condicio, incertum eſt, an ex ea ſtipulatione deberi poſſit, ideóque nec interim peti poteſt ab eo, qui etiam deficiente condicione puram actionem habiturus eſſet, *leg. pecuniam 36. ſupr. de reb. credit.* Eâdem ergo ratione dicendum eſt, ſi id quod ſub condicione debetur pendente condicione ſolutum ſit, non poſſe id repeti antequam condicio defecerit, quia non poteſt dici certò ac verè indebitum, quod fieri adhuc poteſt, vt aliquo caſu debeatur. DEC. Quod ſub condicione debetur, nullomodo deberi intelligitur, antequam condicio venerit, quia nec dies priùs cedere intelligitur, *leg. cedere diem 213. de verb. ſignific. leg. grege 13. §. final. infr. de pignor. leg. ſi quis reum 5. §. idem Iulianus in finem infr. de liber. legat.* Ergo ſi interim ſolutum ſit, repeti poteſt per hanc indebiti condictionem. Aliáque ratio eſt pecuniæ, quæ vni purè debita, alij ſub condicione nonandi animo promiſſa eſt, de qua in *dict. leg. pecuniam.* quandiu enim deberi vni poteſt, verum eſt alij eam non deberi, ideóque nec ab alio interim peti poſſe. Nos de ea pecunia loquimur, quæ vni tantùm ſub condicione debita & promiſſa eſt, ac proinde quam nec alius petere poteſt, nec is ipſe cui promiſſa fuit, cùm nec ei adhuc debeatur. Proinde ſi interim ſoluta ſit, nihil cauſæ eſt, cur ſoluenti per errorem non ſit danda condictio, quia ad impediendam condictionem non ſufficit, vt quod ſolutum eſt, deberi aliquo caſu poſſit, ſed neceſſe eſt, vt aliquo iure iam debitum ſit, eo tempore quo condicitur. Denique ſeparanda eſt petitio à repetitione. Peti non poteſt, niſi quod certum ſit iam debitum eſſe, alioqui ante diem petere actor videtur, ideóque malè agere *dict. leg. pecuniam in fin.* At repeti poteſt, quicquid certum non eſt debitum eſſe, licèt incertum ſit, an aliquo caſu deberi poſſit, & fieri queat, vt poſteà debeatur.

a *Condicione autem exiſtente repeti non poteſt.* RAT. DVB. Superueniens exiſtentia condicionis non facit quin verum ſit ſolutum fuiſſe indebitum ſolutionis tempore inſpecto. Adeò vt nec is qui ſoluit, liberetur, tanquam qui non ſoluerit idipſum, quod promiſit *leg. ſtipulatio iſta 38. §. inter incertam infr. de verb. obligat.* Ergo nec poteſt impedire condictionem indebiti ſoluti, vt qualitas iuncta verbo intelligatur ſecundùm tempus verbi *leg. 4. §. ſi extraneus ſupr. de noxal. action.* DEC. Condicionis euentus facit, vt quod anteà & ſolutionis tempore fuit indebitum, reperiatur debitum eo tempore, quo de condictione quæritur: non enim ſufficit ad inducendam condictionem indebiti, vt fuerit aliquando indebitum, ſed neceſſe eſt, vt tale ſit eo tempore, quo condicitur. Ita namque fit, vt qualitas iuncta verbo intelligatur ſecundum tempus verbi, quod non fieret, ſi ſolutionis tempus inſpiceretur, *l. ex parte 25. de ſolution.*

b *Quod autem ſub incerto die debetur.* Malo legere *quod item.* Nihil enim eſt in hoc verſiculo, quod ſuperiori ſententiæ aduerſetur. Eſtque hæc emendatio probabilior, quàm ſi cum Iacobo Cuiacio legas in verbis ſequentibus *die non exiſtente*, aut quod in idem recidit *die pendente.* Sic enim ille *lib. 13. Obſeruat. cap. 20.* Et verò non alia verſiculi huius ratio eſt, quàm quia dies incertus pro condicione habeatur non minus in contractibus *d. l. ſtipulatio iſta 38. §. inter incertam de verb oblig.* quàm in teſtamentis *leg. dies incertus 75. de condict. & demonſtr.* Ratio autem dubitandi non alia rurſum, quàm quod aliud ſit deberi quid in diem, aliud verò ſub condicione. Sed intelligi hoc debet de eo quod debetur in diem certum, id eſt, quem omnino venturum eſſe certum eſt *d. §. inter incertam l. quod certa 70. de ſolution. l. cedere diem 213. de verbor. ſignific. §. 1. Inſtit. de Attil. tutor.* nam inter condicionem & diem incertum nihil vnquam intereſt, neque quod ad condictionem indebiti pertinet, neque alia vlla iuris parte. Incertum ergo diem hîc intellige, qui certo opponitur, id eſt, qui an venturus ſit necne, incertum eſt, non autem quem certum ſit venturum eſſe, licèt neſciatur quando. Nam de eiuſmodi die incerto tractatur in *l. ſequ.* id eſt, de die mortis, qui & incertus dicitur *l. 1. de condict. & demonſtrat.* ad differentiam incerti, de quo in hoc verſic. agitur. Et ſanè incertum diem ſimpliciter cum dicimus, eum intelligere debemus, cui magis hæc appellatio conueniat, id eſt, qui omninò ſit incertus, non ſolùm quando venturus ſit, ſed etiam, an aliquando, vt in exemplo quod adfert Accurſius de die nuptiarum nam is dies quem venturum eſſe certum eſt, licèt incertum ſit quando, aliqua ſaltem ex parte certus eſt: nec aliud iuris eſt in condicione: etſi namque condicionem appellamus eam quoque quam omnimodo extituram eſſe certum eſt, parum tamen differt à non condicione, licèt hoc incerti habeat quòd neſciatur quando extitura ſit *l. ſi pupillus 9. §. qui ſub condicione inf. de nouat.* Et condicio propriè illa eſt, de qua neſciatur non ſolùm quando futurum ſit, vt impleatur, ſed nec an aliquando impleri poſſit *l. quod ſi ſub condicione 18. infr.*

17. VLPIANVS libro 2. ad Edictum.

NAm ſi, *cùm moriar*, dare promiſero, & antea ſoluam: repetere me non poſſe Celſus ait. quæ ſententia vera eſt.

*Ad l. Nam ſi cùm moriar 17.*

RAT. DVB. Quod ſub incerto die debetur, die demum exiſtente non repetitur, at priuſquam dies exiſtat, ſi ſolutum ſit, repetitur, perinde ac ſi ſub condicione debitum fuiſſet, vt proximè dictum eſt in *verſic. vlt. legis præcedentis.* at qui dies mortis incertus eſt, ergo pro condicione haberi debet, etiam quod pertinet ad ſuſpendendam debiti cauſam *l. Statius Florus 48. §. Cornelio Felici infr. de iur. fiſc.* vt proinde, ſi quod promiſi dare cùm moriar, viuus ſoluero, poſſim id repetere condictione indebiti. DEC. Incertum quidem eſt, quando dies mortis venturus ſit, & eo reſpectu mortis dies rectè ac verè incertus dicitur, ſed tamen certum eſt venturum aliquando eſſe, & hoc ſenſu certus eſt non incertus, & certo diei comparandus magis quàm condicioni, præter-

quàm

quàm ſi compares condicioni omnimodo extituræ, de qua in *leg. ſequent.* & quæ nec pro condicione habetur, vt ſuprà diximus ex *leg. ſi pupillus 9. §. qui ſub condictione infr. de nouat.* Atqui quod in diem certum debetur, aut ſub condicione omnimodo extitura, ſi ſolutum ſit interim, non repetitur. Ergò nec quod ante mortem meam ſolui, quamuis non niſi mortis tempore dari debuerit *leg. heres meus.* vbi eſt textus elegans *D. de condictio. & demonſtr.* Itaque non exemplum legis præcedentis in hac ponitur, quæ prima interpretatio Accurſij eſt, ſed *ἀντίθετον* quoddam, ac ſi ſcriptum hîc eſſet, meritò Pomponium in lege præcedente locutum eſſe de die incerto, id eſt, merè incerto, & qui nihil ex vlla parte certi habeat. Nam ſi in diẽ mortis aliquid promiſſum ſit, aliud dicendum eſſet, quia non prorſus incertus, ſed aliqua ex parte certus dies ille eſt, cùm non poſſit non exiſtere, ita vt non tam condicione quàm mora ſuſpendi debitum videatur, quomodo Papinianus loquitur in *dict. leg. heres meus.* Et ita ſi has duas leges intelligas, nihil in iis erit quod abſurdum aut inconueniens videri poſſit, non magis quàm ſi per manifeſtiorem antitheſin Vlpianus hîc ſcripſiſſet, *Alioquin ſi non ſub die prorſus incerto, ſed in diem mortis meæ aliquid promiſeris.* Sic enim hæc lex ſuperiori coniungenda eſt, & ſententia Celſi accipienda, quam Vlpianus hîc refert & probat, itémque iſta vt promiſſio facta per hæc verba, *cùm moriar* aliam cauſam habeat, quàm donationis, & ſit promiſſio inter viuos, alioqui cenſeretur donatio cauſa mortis, vt Bartolus hîc tractat ex *leg. Seia 42. D. de mortis cauſa donat. leg. Seia 11. de dot. releg. iunct. leg. 1. C. vt action. ab hered. & contra hered. incip. leg. hereditarium 7. de bon. author. iudic. poſſid. leg. vltim. C. de contr. & commit. ſtipulation. leg. mortis cauſa 18. infr. de mort. cauſ. donat.* Miror autem Accurſium ſeparare hac parte legatum à ſtipulatione, quaſi id quod ex ſtipulatione debetur ſub die incerto, ſi interim ſolutum ſit, repeti non poſſit, contrà verò repeti poſſit legatum ſub incerto die relictum, etiam quem venturum eſſe certum ſit, aut quaſi dies incertus in legato duntaxat pro condicione habeatur *dict. leg. dies incertus leg. talis ſcriptura 30. §. ſed etſi ſub condicione de legat. 1.* non etiam in ſtipulatione. Etſi enim verum eſt, quod Accurſius adfert pro ratione diſſimilitudinis, ex ſtipulatione condicionali ſpem tranſmitti ad heredem *leg. ſi is cui 42. de obligat. & action.* non item ex legato *leg. 4. infr. quand. dies legat. ced. leg. vnic. §. ſin autem ſub condicione. Cod. de caduc. tollend.* nimirum, quia in ſtipulatione, quamuis condicionali factum aliquod ſtipulatoris interuenit, qui eo facto ſuo ſibi ſuiſque prouidere voluit *leg. ſi pactum 9. infr. de probation.* quod in legato ſecus eſt, quod totum pendet ex facto & voluntate teſtatoris, vt docuimus *libro 15. Coniectur. capit. 6.* Attamen non minus in contractibus quàm in teſtamentis dies incertus condicionem facit, vt ſuprà diximus ex *leg. ſtipulatio iſta 38. §. inter incertam infrà de verborum obligationib. leg. qui promiſit 49. l. ſufficit 56. inf. hoc titul.* nec minus parit cõdictionem indebiti, ſi ante diem exiſtentem ſolutum ſit, quàm ſi ex cauſa legati in diem incertum relicti ſolutum eſſet, quia nec ſolui adhuc poteſt quod nondum debetur *dict. §. inter incertam*, & in legatis quoque id obtinet, vt ea demum ſolui poſſint, quæ certum eſt debitum iri, quamuis dies certus nondum venerit, cuiuſmodi ſunt legata in diem certum relicta *dict. leg. 1. §. primo de condiction. & demonſtrat.* Denique paria ſunt ac ferè ſynonyma, ſolui quid iam poſſe, & ſolutum repeti non poſſe. Generaliter enim quicquid ſolui iam poteſt, ita vt ſolutum pariat liberationem, id ſi ſolutum ſit, repeti poſtea non poteſt, cùm fieri nequeat, vt eadem ſolutio pariat & liberationem & condictionem *leg. cùm is 32. §. primo iunct. leg. ſi non ſortem 26. §. ſi centum infr. hoc titul. leg. cùm quis 38. §. primo & §. de peculiis in fine leg. pupilli 96. §. vltim. infr. de ſolution.* Sicut nec illud fieri facilè poteſt, vt ſolutio debiti facta vel liberationem non pariat, vel condictionem extra caſum ſingularem *leg. Neratius 63. infr. hoc titul.* Nulla igitur differentia eſt, quod ad condictionem indebiti pertinet, inter ſtipulationem & legatum, ſi dies incertus fuit, non magis quàm ſi expreſſa fuerit condicio ſiue in legato ſiue in ſtipulatione. Illa tantùm differentia obſeruanda eſt, cùm quid in diem mortis ſiue promiſſum ſiue legatum eſt, an in diem mortis creditoris aut legatarij dilata res ſit, an in diem mortis debitoris & heredis. Poſteriore hoc caſu nihil incerti eſt, quia & creditorem & legatarium moriturum eſſe certum eſt, nec tam condicione quàm mora obligatio ſuſpenditur *dict. leg. heres meus.* Priore verò, licèt debitorem pariter, aut heredem moriturum eſſe certum ſit, incertum tamen eſt, an viuo eo creditor aut legatarius moriturus ſit, an poſtea. Si mortuo iam eo, dubitationem res non habet, quin & quod promiſſum & quod legatum eſt, debeatur heredi creditoris, itémque legatarij ratione ſcilicet illa vtrique communi, quòd ſtipulationis aut legati dies ceſſerit, quo caſu etiam legatum tranſmittitur ad heredem. Si autem viuo adhuc promiſſore, aut herede, ſtipulatio quidem non intercidit, legatum autem intercidit, non quaſi ſtipulationis dies ceſſerit, non autem legati (nam nec ſtipulationis condicionalis dies ante condicionis euentum cedit *dict. leg. cedere diem 213. de verborum ſignificat.*) ſed quia ſtipulatio condicionalis etiam cuius dies nunquam ceſſit, tranſmittitur, legatum condicionale non item, propter rationem illam diuerſitatis quam ſuprà attulimus, idque ſiue talis ſit incertus dies, vt certum tamen ſit eum tandem extiturum, ſiue prorſus incertus, ita vt nec an extiturus ſit ſciri poſſit. Sed non debet hac parte ſeparari dies incertus quiſquis ille ſit, ſiue mortis, ſiue nuptiarum, à condicione expreſſa, neque rurſum quantum ad condictionem indebiti ſiue ex ſtipulatione, ſiue ex legato ſolutum ſit, ſed vt omnia ex iuris ratione æſtimentur, ſeparandus eſt duntaxat caſus, quo ſolutum ſit ante diei incertæ vel condicionis euentum, id quod certum ſit omnimodo debitum iri, ab eo caſu quo ſolutum fuerit id quod incertum ſit, an aliquando debeatur, vt priore caſu indebiti condictio denegetur, ſiue ſolutum ſit, quod promiſſum, ſiue quod legatum fuit *dicta leg. qui promiſit 49. infr. hoc titul.* Alia tamen ratio conſtituitur ſtipulationis & legati in eo, quod ex ſtipulatione certũ eſſe poteſt debitum iri, quod ſi ex legato deberetur, non æquè certum eſſet, nempe quia ex ſtipulatione certũ eſt debitum iri, quod debetur in diem mortis, non quòd dies huius ſtipulationis cedat ante diem mortis, ſed quia etiã ſi ante diẽ cedentem ſtipulator ipſe moriatur, nõ eo minus trãſmittit ſtipulationẽ ad heredem: at ex legato in diem mortis relicto certum non eſt debitum iri, quamuis perinde certum ſit moriturum heredem, in

Digitized by Google

cuius mortis tempus legatum dilatum eſt, quia non ſufficit diem legati quandocunque cedere, ſed neceſſe eſt, vt cedat viuo legatario, qui alioquin nihil ad heredem tranſmitteret: non cedit autem viuo legatario, ſi fortè is viuo herede moriatur *dict. leg. ſi cùm heres 4 infr. quand. dies legat. ced. dict. leg. heres meus*, vbi quæ proponitur prima ſpecie de legato in hæc verba relicto, *Heres meus cùm morietur Titius, centum ei dato*. In qua ſpecie ait Papinianus legatum, non tam condicione quàm mora ſuſpēdi, rationem non aliam habet, quàm quia legati huius dies, non niſi viuo Titio poſſit cedere, ſiquidem cedit moriente Titio, inſtans autem mortis vitæ adſcribitur, vt ſæpiùs diximus ex *leg. qui duos 18. §. 1. de manumi. teſtament. & leg. vltim. de condicion. inſtitution.* Atque ita fortaſſe Accurſius in poſteriore ſua interpretatione ſēſit: non tamen ſatis apertè, vt puto, explicauit, neque rurſum Bartolus, licèt hîc paullo diſtinctiùs.

18. Idem libro 47. ad Sabinum.

QVòd ſi ea condicione detur, quæ omnimodo exſtatura eſt: ſolutum repeti non poteſt: licet ſub alia condicione, quæ an impleatur, incertum eſt, ſi antè ſoluatur, repeti poſſit.

*Ad l. Quòd ſi ea condicione 18.*

Rat. dvb. Quod ſub condicione debitum eſt, ſi interim ſolutum ſit, repetitur *leg. ſub condicione 16. ſupr.* Atqui condicio etiam quæ omnimodo extatura eſt, attamen condicio eſt: fit enim & concipitur per articulum *ſi*, perinde atque alia quælibet condicio *leg. cùm ab eo 41. infrà de contra. empt.* quamquam nec aliud eſt ſi concipiatur per articulum *cùm* vt puta *cùm moriar*, ſicut in lege præcedente *leg. ſi Titio 22. verſ. nec intereſt*, vbi eleganter Pomponius, *infr. quand. dies legat. ced. leg. qui promiſit 49. infr. hoc titul.* Ergo etiam quod ſub ea condicione debetur, quæ omnimodo extatura eſt, ſi ſolutum ſit, repeti non poteſt. Dec. Condicio, quæ omnimodo extatura eſt, nomen quidem condicionis retinet, ſed vim & poteſtatem condicionis non habet, quia licèt in futurum conferatur, quod ad faciendam condicionem præcipuè neceſſarium eſt *leg. itaque 39. ſupr. de reb. credit.* nullam tamen habet incertitudinem quãtum ad euentum implementi, cùm non poſſit non impleri, nec ſe habet indifferenter ad eſſe & non eſſe, ex quo potiſſimùm ſubſtantia condicionis æſtimatur, licèt incertum ſit quando impleatur condicio, *leg. ſufficit 56. infr. hoc titul. leg. heres meus 79. de condic. & demonſtr. leg. ſi quis ita ſcripſerit 33. de hered. inſtitution.* Ergo quòd ſub condicione omnimodo extatura debetur, ſi interim ſoluatur, non poteſt repeti, perinde ac ſi purè debitum eſſet: nam & qui ſub tali condicione ſtipulatur, purè ſtipulari intelligitur *leg. ſi pupillus 9. §. qui ſub condicione infr. de nouat.* nec magis certum eſt iam deberi, quod purè debetur, quàm debitum iri, quod ſub condicione omnimodo extitura promiſſum eſt, ſicut & quod in diem certum, de quo in *leg. in diem 10. ſupr.* & rurſum id quod in diem incertum omnimodo tamen euenturum, cuiuſmodi eſt dies mortis, ſcilicet ſi debeatur ex ſtipulatione, non ex legato ſecundum eam diſtinctionem, quam docuimus ad legem præcedentem: cum qua non ita hæc coniungenda eſt, quaſi ſuperiori aduerſetur, ſed potiùs, vt quod in præcedenti dictum eſt, de promiſſione facta in diem omnino extituram, protrahatur ad promiſſionem factam, ſub condicione omnimodo extitura, & diſtinguatur ab ea condicione quæ fit verè condicio, itémque à die incerto qui ſit omnino incertus, & an & quando, vt Bartolus loquitur.

19. Pomponivs libro 22. ad Sabinum.

SI pœnæ cauſa eius, cui debetur, debitor liberatus eſt: naturalis obligatio manet. & ideo ſolutum repeti non poteſt.

*Ad l. Si pœnæ cauſa 19.*

Rat. dvb. Liberatio & obligatio ſecum inuicem pugnãt: facit enim obligatio debitum, quod liberatio facit indebitum. Ergo quoties debitor liberatus eſt in pœnam eius, cui debetur, obligationem aliquam manere impoſſibile eſt, & conſequenter ſi debitor ita liberatus ſoluat, poteſt repetere quaſi indebito ſoluto. Dec. Ratio iuris ciuilis aut prætorij iura naturalia corrumpere non poteſt *leg. eas obligationes 8. ſupr. de capit. minut. §. vltim. Inſtitution. de legit. agnat. tutel.* Atquin obligatio naturalis ex ſola æquitate naturali æſtimatur, *leg. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de ſolut.* Ergo quamuis ratio aliqua iuris, ſiue ciuilis, ſiue prætorij liberet debitorem, vt in exemplis quæ congerit Accurſius ex *leg. 3. §. vltim. ſuprà quod quiſque iur. leg. extat 13. quod met. cauſ. leg. ſi quis in tantum. 7. Cod. vnde vi leg. in criminali. 5. Cod. de iuriſdict. omn. iudic. & Nouell. de ſtatut. & conſuetud. contra libert. eccleſ. §. primo leg. qui exceptionem 40. infr. hoc titul. leg. ſed ſi paterfamilias 9. §. vltim. & leg. ſeq. infr. de Senatuſconſulto Maced.* (etſi poſtremum hoc exemplum ſumptum ex Senatuſconſulto Macedoniano diſplicet Bartolo, nec immeritò, cùm Macedonianum non modò naturalem obligationem non tollat, ſed neque ciuilem, *dict. leg. ſed ſi paterfamilias 9. §. vltim. & leg. ſeq.* vbi dicemus) naturalis tamen obligatio remanet, quæ proinde impedit repetitionem ſoluti. Placet tamen quod Bartolus notat, non poſſe ex huiuſmodi obligatione naturali induci compenſationem,

Digitized by Google

nem non ex *l. quacunque 14. infr. de compenſation.* qua mouetur Bartolus, quaſi in ea ſcriptum ſit, nõ quæcunque per exceptionem perimi poſſunt, in compenſationem venire (contrà enim generalis Iauoleni ſententia & regula eſt, vt ea demum & omnia quæ per exceptionem perimi poſſunt, in compenſationem nõ veniant, id eſt, vt nihil eorum quæ per exceptionem aliquam elidi poſſunt, compenſari poſſit) ſed quia nihil fit contra rationem iuris, aut ciuilis aut prætorij, cùm repetitio ſoluti impeditur, ſiquidem id fit per ſolam retentionem: at fieret, ſi poſt liberationem ciuilem aut prætoriam induceretur compenſatio, quoniam ipſo iure compenſatio fit *l. ſi ambo 10. inf. de compenſat. l. ſi conſtat 4. Cod. eodem.* Itémque quoniam is qui compenſat, non tantùm excipere, ſed etiam petere quodammodo videtur *l. amplius non peti 15. infr. rat. rem haber.* non etiam ille qui retinet quod actor vult cõdicere. Idem tractari poteſt ſi verus debitor per iniquam ſententiam abſolutus ſit: nec enim eo minus remanet naturaliter obligatus, ideóque ſi ſoluat, non repetit *leg. Iulianus verum debitorem 64. infr. hoc titul.* quem tamen nemo probabiliter dixerit poſſe compenſationem pati, ſi ſummotus creditor prætextu ſubſiſtentis adhuc naturalis obligationis velit compenſare id quod ipſe inuicem debeat abſoluto debitori. Eſt enim hic effectus naturalis obligationis ex iure ciuili, vt pariat compenſationem, ex quo iure ciuili etiam illud eſt, vt ſententia pariat liberationem, & pro veritate habeatur *l. res iudicata 208. de reg. iur. leg. ingenuum 25. ſup. de ſtatut. homin.* An non verò etiam ille, vt naturalis obligatio impediat repetitionem ſoluti? Ita verò: ſed differentia illa eſt inter effectum hunc, & cæteros, quos producit naturalis obligatio, id eſt, vt pariat exceptionem, deductionem & compenſationem, quod in obiicienda non modò exceptione & deductione, ſed etiam compenſatione, quamuis ipſo iure fiat, vt diximus, factum aliquod obiicientis neceſſarium eſt, cui facto ius reſiſtit ſiue ciuile illud ſit, ſiue prætorium, quod debitori attulit liberationem. At in retinendo nullum factum retinentis verſatur, ſed ad retinendum ſufficit, vt eam rem poſſideat, quam nec velit reddere, nec poſſit actor ei auferre, proinde nihil facit contra liberationem aduerſario partam iure ciuili, aut prætorio; præſertim cùm poſſeſſor effectus ſit facto aduerſarij, qui tametſi liberatus, ſoluit tamen, licèt per errorem, quod in caſu obiiciendæ exceptionis, deductionis, & compenſationis diuerſum eſt. Is namque qui in creditoris pœnam, cùm ei aliquid deberet, debito liberatus eſt, ſi agat poſtea, & ex noua cauſa aliquid petat, nihil facit, propter quod danda ſit creditori, quamuis re vera & naturaliter creditor remaneat, aut exceptio, aut deductio, aut compenſatio contra eum qui iure liberatus eſt, quamuis perinde naturalis obligatio omni caſu ſubſiſtat. Illud non malè tentat Bartolus, hunc qui naturaliter obligatus manet, quamuis iure ciuili aut prætorio liberatus ſit, teneri tamen in conſcientia vt ſoluat: nam cùm is natura debeat, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem ſecuti ſumus *l. cùm amplius 84. §. primo de reg. iur.* fieri certè nequit, vt quod etiam iure gentium dari oportet, in foro conſcientiæ non debeatur:

1 ¶ Quamuis debitum ſibi quis recipiat: tamen ſi is, qui dat, nõ debitum dat, repetitio competit. veluti ſi is, qui heredem ſe, vel bonorum poſſeſſorem falsò exiſtimans, creditori hereditario ſoluerit: hic enim neque verus heres liberatus erit: & is, quod dedit, repetere poterit. quamuis enim debitum ſibi quis recipiat: tamen is, qui dat, non debitum dat: repetitio competit.

*Ad §. 1. Quamuis.*

RAT. DVB. Non poteſt fieri vt indebitum ſit quod debetur creditori, quamuis ab alio, quàm ab eo qui ſoluit. Ita enim fieret, vt quid eſſet idem debitum & indebitum, quod implicaret cõtradictionem: nec enim debet eadem res diuerſo iure cenſeri, multo minus contradictorio *leg. eum qui ædes 23. de vſucap.* indéque nimirum eſt quod ait *lex repetitio 44. infr. hoc tit.* repetitionem nullam eſſe ab eo qui ſuum recepit, licèt alius, quàm qui ſoluit, debeat. Cui cõuenit etiam quod ſcriptum eſt in *leg. de hereditate 5. C. de petitione hered.* vbi dicitur hereditatis poſſeſſorem, qui bona fide ſoluit creditoribus hereditariis euicta hereditate: nihil ideò poſſe ab iis repetere cũ ſuum receperint. Ergo verum eſſe non poteſt quod hîc ſcribit Pomponius, ſi quis heredem ſe vel bonorum poſſeſſorem falsò exiſtimans creditori hereditario ſoluerit, neque verum heredem liberari, & bonæ fidei poſſeſſorem id quod dedit poſſe repetere. Multóque minus quod generalius hîc ſcribitur, quamuis debitum ſibi quis recipiat, ſi tamen is qui dat, non debitum dat, repetitionem competere.

DEC. Multum intereſt, an quis ſuo nomine ſoluat, quod alius debet, an alieno: ſi ſuo nomine ſoluat, ſicut debitorem verum non liberat, ita ſoluti tanquam indebiti habet condictionem, *leg. ſi quid poſſeſſor 31.* in verbis illis *finge enim eum dum ſe heredem putat, ſoluiſſe ſuo nomine ſupr. de heredit. petit. leg. cùm quis 38. §. de peculio infrà de ſolution. leg. ſi à patre 5. Codice hoc titulo.* Si autem alieno nomine, & liberat debitorem etiam inuitum nedum ignorantem *leg. ſoluendo 39. ſupr. eod. illo titulo leg. ſolutione 23. de ſolution.* & ſibi condictionem nullam acquirit *dicta leg. repetitio, & dict. leg. de hereditate.* ſed potius negotiorum geſtorum contra eum quem liberauit, quamuis cum quoque ſcùm eius liberandi animum non habuit *leg. quæ vtiliter 45. §. vltim. ſupr. de negotiis geſtis.* Ergo ſi is qui heredem ſe vel bonorum poſſeſſorem falsò exiſtimabat, creditori hereditario ſoluerit, non hereditario nomine, ſed ſuo proprio, neque verus heres liberatus erit, & is, quod dedit repetere poterit. Atque ita benè Accurſius, Bartolus, & alij omnes locum hunc intellexerunt, qui alioquin pugnaret cum *dict. lege de hereditate & dicta leg. ſi quid poſſeſſor.* & ideò rectè Paulus in *leg. in ſumma 65. §. vltim. infr. hoc titul.* indebitum eſſe ait,

by Google

non tantùm quod omnino non debetur, ſed & quod alij debetur ſi alij ſoluatur, aut ſi quod alius debebat, alius *quaſi ipſe debeat* ſoluat, quibus verbis *quaſi ipſe debeat* manifeſtè deſignatur ille, qui ſuo nomine ſoluit, non qui alieno, de quo etiam Africanus in *d. l. cùm quis 38. §. de peculiis inf. de ſolut.* vt intelligamos verum eſſe quod Bartolus ad hunc locum notat, indebitum conſiderari non tantùm ex parte recipientis, ſed etiam ex parte ſoluentis. Nec tamen probare poſſum quod addit idem Bartolus in dubio videri bonæ fidei poſſeſſorem hereditatis ſoluiſſe hereditario nomine potius quàm proprio, puto enim ſuo potius ſoluiſſe videri *leg. & magis 4. infr. de ſolut. leg. indebitam 47. infr. hoc tit. l. ſi filius de in rem verſ. l. Papinianum 28. mandat.* cùm ſe ſolum debitorem eſſe arbitretur: quod diuerſum eſt in caſibus quos in contrarium Bartolus poſt Guillielmum congerit ex *l. 1. inf. de inſtit. act. l. cùm poſt mortem 43. de admin. tutor. l. pro herede 20. §. 1. de acq. hered.* licèt enim vna tantùm hîc obligatio ſit, eáque hereditaria, bona fides tamen poſſeſſoris facit hoc caſu vt plus eſſe debeat in opinione quàm in veritate, ſiue quòd bona fides tantum poſſidenti præſtare debeat quantum veritas, vbi lex impedimento non eſt, vt habet iuris regula *l. bona fides 136. de regul. iur.* ſiue quòd is qui ſe heredem vel bonorum poſſeſſorem, quamuis falsò, exiſtimat, ſuam obligationem ab hereditaria non diſtinguat: quaſi hereditaria per aditionem hereditatis extincta & ſola ſua manente, de quo tamen vide quæ ſcripſi ad *d. l. ſi quid poſſeſſor.*

2 ¶ Si falsò exiſtimans debere, tibi nummos ſoluero, qui pro parte alieni, pro parte mei fuerunt: eius ſummæ partem dimidiam, non corporum, condicam.

*Ad §. 2. Si falsò.*

Rat. dvb. Qui pro ea pecunia, quam putat ſe debere, ſoluit nummos communes, id eſt, partim ſuos, partim alienos, cùm ſit dominus eius partis quam in nummis illis habet, eius alienandæ ius vtique & poteſtatem habet *l. ſi ſocius 16. ſupr. de reb. cred.* Ergo pro ea parte nummos illos & corpora eorum ſingula poteſt condicere, non etiam dimidiam partem quantitatis, cùm omnis condictio præſupponat alienationem & translationem dominij, nullius autem corporis partem alienare ſoluens potuerit, quæ ſocij fuit *d. l. ſi ſocius.* Dec. In nummis non tam corpora ipſa quæ ſoluuntur, conſideramus, quàm ipſam quantitatem quæ ex iis efficitur *l. ſi is cui 94. verſ. ſin autem communes infr. de ſolut.* quantitas autem illa in iure conſiſtit non in corpore, adeò vt nummi ob eam cauſam ſeparētur à rebus corporalibus, quaſi non ſint & ipſi corporales *l. qui heredis 46. infr. hoc tit.* Ergo qui cùm ſe falsò debere putaret, ſoluit nummos communes eius ſummæ, poteſt & debet dimidiam partem condicere non ſingulorum corporum, etiamſi ſingula corpora communia fuerint *l. nam etſi fur 13. §. vlt. ſupr. de reb. credit.* dimidiam partem, inquam, reſpectu numeri, puta quinque ex decē, non vna quinque magis quàm alia: vt Bartolus benè interpretatur, addens intelligendum hoc eſſe de condictione proprietatis & dominij nō poſſeſſionis: poſſeſſionem enim condici poſſe etiam alterius partis, quæ fuit aliena ex *leg. indebiti 15. §. ſed ſi nummi ſupr.* niſi ſecuta eſſet conſumptio: quo caſu totum condici poſſet, & quidem ratione etiam dominij, quaſi conciliato indebito per conſumptionē *d. § ſed ſi nummi,* ſicut & mutuum eodem modo conciliaretur *d. l. nam & ſi fur 13. §. vlt.* vbi diximus *ſuprà de reb. credit.* niſi rurſum conſumens eſſet dominus partis, inquit Bartolus, quia tunc conſumptione mutuum non conciliaretur. Quòd ſi non ſit ſecuta conſumptio, fieri tamen aliquo caſu poteſt, vt totū condicendum ſit, puta ſi nummi non ab initio fuerint communes & commixti, ſed ex poſtfacto & ex interuallo ſecuta cōmixtio proponatur, vt in *l. ſi alienus 78. inf. de ſolut.* Commixtio enim conſumptioni æquiparatur quantū ad amittendū dominiū quod ante immixtioné competebat *d. l. ſi alieni l. 1. § præterea infr. de ſeparat. l. 3. §. vlt. & l. 5. in princ. ſupr. de rei vind. leg. vſufructuarium 62. §. ſi viuarus ſupr. de vſufr.*

3 ¶ Si putem me Stichum aut Pamphilum debere, cùm Stichum debeam, & Pamphilum ſoluam: repetam, quaſi indebitum ſolutum. nec enim pro eo, quod debeo, videor id ſoluiſſe.

*Ad §. 3. Si putem.*

Rat. dvb. Etiam aliud pro alio volenti creditori ſolui poteſt, quamuis non inuito *l. 2. §. 1. ſupr. de reb. cred. l. ſi non ſortem 26. §. ſi centum infr. hoc tit. l. manifeſti 17. l. ſi operas 20. C. de ſolut.* Ergo ſi putem me Stichum aut Pamphilum debere, cùm Stichum ſolum debeam, & Pamphilum ſoluam, repetere quaſi indebitum non poſſum. Dec. Qui ſe putat Stichum aut Pamphilum ſub disiūctione, & alternatione debere, ſi Pamphilum ſoluat, non poteſt videri animum habere ſoluendi aliud pro alio, cùm Pamphilum ipſum debere ſe arbitretur, nec igitur poteſt videri debitum ſoluiſſe, licèt creditor eo animo acceperit quaſi aliud pro alio ſolutū, concurrat. n. neceſſe eſt animus & affectio ſoluentis cū animo & adfectione recipientis *l. in omnibus rebus 55. inf. de oblig. & action.* Ergo condictionem indebiti hoc caſu cōpetere fatendum eſt. Planè ſi volens debitor volenti creditori aliud pro alio ſoluiſſet, non idem probandum eſſet, quia nec ex parte debitoris cauſa vlla eſſet, cur inuito creditore repetitio ei dari deberet, vt benè hîc Bartol. notat, cū per eiuſmodi ſolutionē debitor ſibi liberationem quæſiuerit, ſolutio autem quæ liberationem parit, nūquam poſſit parere condictionē *d. §. ſi centum l. cùm is 32. §. 1. inf. hoc titul.* Quid verò, ſi quis cùm re vera Stichum aut Pamphilum deberet, & Stichū ſolum debere ſe putaret, Stichū ſoluerit? Nō repetet, quia debitū non indebitū ſoluit, tam. n. verè Stichum, quàm Pamphilum debuit, & cùm duæ res alternatiuè & disiunctim debētur, vtraque in obligatione eſt, quamuis ita vt alterutrā duntaxat præſtari neceſſe ſit *l. ſi is cui 18. de legat. 2. l. Stichum aut Pamphilum 95. in princ. de ſolut.* Et ita benè poſt Ioannem Accurſius.

4 ¶ Si

4 ¶ Si duo rei, qui decem debebant, viginti pariter ſoluerint: Celſus ait, ſingulos quina repetituros: quia cùm decem deberent, viginti ſoluiſſent: & quod amplius ambo ſoluerint, ambo repetere poſſunt.

*Ad §. vlt. Si duo rei.*

RAT. DVS. Quod debent duo correi debendi, ſi ab vno ex ipſis ſolutum ſit, ſiue communi ſiue etiam proprio nomine, alium liberat, quoniam vna tantum obligatio eſt, quæ proinde vnica ſolutione tollitur *l.2.& 3.& paſſ.inf. De duob. reis.* Ergo fieri non poteſt, vt quod posteriore loco ſolutum fuit, non ſit indebitum, nec proinde vt condictio indebiti non competat ei ſoli qui poſterior ſoluit, nõ etiam illi qui prior, cùm is verè debitum ſoluerit *l.cùm duo 25.* vbi hoc ipſum diſertè ſcriptum eſt *inf. hoc tit.*

DEC. Multum refert, an correi duo ſoluant ex ordine temporis, id eſt, vnus poſt alium, an ſimul ambo & pariter, vt Vlpianus hîc loquitur, id eſt, ita vt diſcerni non poſſit, quis prior, & quis poſterior ſoluerit, quomodo Accurſius bene explicat. Priore caſu id obtinet quod ſcriptum eſt in *dict. l. cùm duo.* poſteriore verò quod in hac lege, quia cum neſciri poſſit, quis prior ſoluerit, aut quis poſterior, non poteſt dici, quis eorum debitum ſoluerit, & quis indebitum: & tamen conſtat ſoluta fuiſſe decem indebita, cùm ſoluta fuerint viginti, nec niſi decem tantùm deberentur. Ergo cùm decem condici poſſint, dicendum eſt, ſingulos, qui dena ſoluerunt, poſſe quina condicere: etſi enim ſinguli dena debuerunt, vno tamen ſoluente, omnium obligatio tollitur, quæ vna tantùm fuit, vt diximus, vt proinde negari non poſſit ſolutum fuiſſe indebitum, & conſequenter condictioni locum eſſe debere, ne alioqui ex alterutrius, aut potius ex vtriuſque iactura creditor locupletetur. Quod igitur amplius quàm deberetur, ambo ſoluerunt, ambo repetere poſſunt, vt hîc Vlpianus ex Celſo ſcribit.

20. IVLIANVS libro 10. Digeſtorum.

SI reus & fideiuſſor ſoluerint pariter in hac cauſa non differunt à duobus reis promittendi. quare omnia, quæ de his dicta ſunt, & ad hos transferre licebit.

*Ad l. Si reus 20.*

RAT. DVS. Multum diſtat obligatio fideiuſſoris ab obligatione correi debendi: quia plurium correorum debendi vna tantùm obligatio eſt, eáq; in perſonis ſingulorum æquè principalis *l.2.l.3.§.1. De duobus reis.* At rei & fideiuſſoris duæ obligationes ſunt principalis vna, altera verò, quæ fideiuſſoris eſt, acceſſoria: licèt vna tantùm ſit ſumma, quæ ab vtroque debetur. Ergo ſi reus & fideiuſſor pariter ſoluerint, dicendum eſt, dandã eſſe reo condictionem non fideiuſſori, cùm & prior ſoluere reus debuerit id quod ipſe proprio nomine debuit, & fideiuſſor, qui & ipſe ſoluit, regreſſum aduerſus eum habiturus ſit ſiue mandati actione ſiue negotiorum geſtorum *l.ex mandato 20.§.1.infr. mandat.* vt proinde duplicis ſolutionis incõmodo futurus ſit reus obnoxius, ſi non ei omnimodo detur condictio indebiti potius quàm fideiuſſori: quod in duob. correis debendi diuerſum eſt, quorũ alter ſi ſoluerit, nullũ aduerſus eum habere poteſt regreſſum, niſi ceſſæ ſint ei à creditore actiones *l.rem hereditariam 65. inf. De euict. l.ſi in rem 12. Cod. ſi cert. petat.* nec proinde videtur magnum damnum paſſurus fideiuſſor, etiãſi non detur ei condictio, cum à principali debitore indemnitatem pleniſſimam ſit conſecuturus. DEC.

Nemo ideò magis obligatur, quòd ab alio ſit repetiturus poſtea quod ſoluerit *l.nemo ideo 171. De reg. iur.* Proinde cùm reus & fideiuſſor pariter ſoluerũt ſummã debitam, id eſt, ita vt neſciri poſſit, quis eorum prior aut poſterior ſoluerit, non eo minus videri debet fideiuſſor indebitum ſoluiſſe, quod à reo poſſit repetere. Fatendum enim eſt ſolutum fuiſſe indebitum tam à fideiuſſore quàm à reo, & conſequenter vtriq; condictionem paris ſummæ dãdam eſſe: quomodo in duobus correis debendi diximus in lege præcedente. nam in cæteris quidem cauſis differt fideiuſſor à correo debendi, ſed in hac cauſa vt Iulianus hîc ſcribit, nihil differt, ne quidem iure nouo inſpecto, quod Iuſtinianus induxit, vt reus ante fideiuſſorem conueniri debeat *Nouell. 4. De fideiuſſ. Authent. præſente Cod. eod.* non enim prohibuit Iuſtinianus, ne poſſit fideiuſſor prior ſoluere, ſi liberare ſe citius velit, ſed tantùm, ne prior cogi & vrgeri ad ſolutionem poſſit. Itaq; tametſi ex ea conſtitutione inferre quis vellet, in dubio præſumendum eſſe fideiuſſorem poſteriorẽ ſoluiſſe, quia reus prior ſoluere debuit, retenta tamen ea facti ſpecie, quam Iulianus hîc proponit de reo & fideiuſſore qui pariter eodémque tempore ſoluerint, nullus aut dubitationi, aut præſumptioni locus relinquitur, vter prior ſoluerit. itaque manet hæc lex incorrecta non tantùm eo caſu, quo fideiuſſor beneficio Iuſtinianeæ conſtitutionis renunciauerit, vt notat Bartolus, ſed etiamſi non renuntiauerit: in eóque Accurſius & Bartolus, meo iudicio, errauerunt. Simile aliquid eſt in *l.ſed & ſi quis 24.§.1.ſupr. De vſufr.* vbi vide quæ ſcripſimus.

21. PAVLVS libro 5. Quæſtionum.

PLanè ſi duos reos non eiuſdem pecuniæ, ſed alterius obligationis conſtitueris, vt puta Stichi aut Pamphili, & pariter duos datos, aut togam vel denaria mille: non idem dici poterit in repetitione, vt partes repetant: quia nec ſoluere ab initio ſic poterant. igitur hoc caſu electio eſt creditoris, cui velit ſoluere: vt alterius repetitio impediatur.

*Ad l. Planè ſi duos 21.*

RAT. DVB. Cùm duo conſtituti ſunt rei debendi non eiuſdem pecuniæ, vt in ſuperioribus legibus, ſed alterutrius [ſic enim legendum puto, non vt vulgò alterius] obligationis, id eſt alternariuæ & diſiunctiuæ, vt puta Stichi aut Pamphili, æquè vna & eadem obligatio eſt ſingulorum correorum, ac ſi eiuſdem pecuniæ correi eſſent, niſi quod quandiu vtraque res extat, non poteſt alterutra peti abſolutè ne debitori electio auferatur *l. 2. §. Scæuola infr. de eo quod cert. loc. l. plerunque* 10. *§. vlt. De iur. dot. l. Stichum aut Pamphilum* 95 *in princ. De ſolut.* Ergo ſi pariter ſoluerint vnus Stichum, alius Pamphilū, nec ſciri poſſit, quis prior ſoluerit, perinde dicendum eſt poſſe eum qui Stichum ſoluit, repetere partem Stichi, & eum qui ſoluit Pamphilum repetere poſſe partem Pamphili, atque ſi dena ſinguli ſoluiſſent, poſſet eorum quiſque dena repetere: nam & qui Stichū debet, parte Stichi ſoluta liberatur pro ea parte, & in reliquam duntaxat partem tenetur *l. ſtipulatus ſum* 9. *§. 1. infr. de ſolut.* Cur non ergo partem Stichi ſi indebitè ſoluta ſit, condicere poterit? DEC. Condictio indebiti ſoluti eodem modo danda eſt, quo & ſolutio fieri potuit: quemadmodum enim nō aliud per hanc condictionem repetitur, quàm quod ſolutum fuit, ita nec alio modo, quàm quo vel ſolutum fuit, vel ſaltem ſolui potuit. Atqui correi debitores Stichi, vel Pamphili non potuerunt inuito creditore partem Stichi ſoluere, & partem Pamphili, atque ita conſequi liberationem, quamuis ſi creditor partem Stichi accipere velit, ſequatur liberatio *d. l. 9. §. 1. d. l. 2. §. 1. De verb. oblig.* Ergo nec Stichi partem condicere poteſt is, qui Stichum ſoluit, nec Pamphili partem is, qui Pamphilum: alioqui ille partē Stichi, hic partem Pāphili ſoluiſſe videretur. quod enim ea ſoluto non condicitur, ſolutum remanet penes creditorē, ac ſi nunc primùm ſolueretur. Igitur vel totus Stichus condicendus eſt, vel totus Pamphilus, ſicut ab initio, vel totus Stichus, vel totus Pamphilus ſolui debuiſſet. Atqui non alius Stichum poteſt condicere quàm qui Stichum ſoluit, nec alius Pamphilum, quàm qui eum ſoluit. Ergo creditoris qui vtrumq; accepit, ſed alterutrum indebitè, electio eſt, vtri malit condictionem dari: nam ſi retinere Stichum malit, ei competet repetitio qui ſoluit Pamphilum, ſi verò Pamphilum habere malit, condictionem Stichi habebit is, qui Stichum ſoluit: nec enim exſpectandum eſt, vt qui ſoluerunt conſentiant, cū procul dubio electurus ſit quilibet condictionem eius hominis quē ſoluerit, ille Stichi, hic Pamphili. Præterquàm quòd ex iuris regula, in alternatiuis electio eſt debitoris *d. l. plerunq.* 10. *in fi. De iur. dot. d. l. 2. §. Scæuola de eo quod cert. loc.* is autem qui & Stichum & Pāphilum accepit, cùm ei alteruter dūtaxat deberetur, factus eſt ex creditore debitor, ex cauſa condictionis & quidem alternatiuus, cùm incipiat debere aut Stichū, aut Pamphilū. Quæ ratio mouiſſe olim Vlpianū & Celſum videtur, vt in huiuſmodi quæſtione darent electionē creditori, qui ſolutionem accepiſſet, non debitori qui ſoluiſſet, cōtra quos tamen Iulianus & Papinianus putarunt, imò verò dandam eſſe electionem creditori, qui ab initio etiam dandi habuiſſet. Quam ſententiam Iuſtinianus noſter tāquam veriorē præualere voluit in *l. pen. C. hoc tit.* Vlpiani tamen & Celſi ſententia extat adhuc in *l. ſi non ſortem* 26. *§. pen. in fi. infr.* ſicut & ſententiæ Iuliani veſtigium quoddam extat in *l. cùm is* 32. *in princ. infr.* Videtur autem Paulus in hac lege Papiniani & Iuliani ſententiam magis probare, cū ait in hoc caſu electionem eſſe creditoris, cui velit ſoluere, id eſt, indebitum reddere, vt alterius repetitio impediatur, ſic innuens, non ergo in alio caſu idem eſſe, ſed debitorū potiùs electionē dari oportere. Cur verò potiùs in hoc caſu? Nēpe quia plures ſoluerant, & tamen alteruter ſolus indebitum, ſed ita, vt neſciri poſſet vter ille eſſet, nec proinde vtri electio dari deberet, an ei qui Stichū ſoluiſſet, an ei qui Pamphilum. Neceſſariò igitur danda eſt creditori cui malit reddere. Cōſequenter dicendum eſt manere hanc legē etiā hodie incorrectā, nec ad eam ſpeciem quæ hîc tractatur, Iuſtiniani conſtitutionem illam pertinere, quod & Cuiacius ſenſit *lib. 8. Obſeruat. cap. 35.*

22. POMPONIVS libro 22. ad Sabinum.

SEd & ſi me putem tibi aut Titio promiſiſſe: cùm aut neutrum factum ſit, aut Titij perſona in ſtipulatione comprehenſa non ſit, & Titio ſoluero: repetere à Titio potero.

*Ad l. Sed & ſi me putem 22.*

RAT. DVB. Cùm exiſtimās me tibi aut Titio promiſiſſe ſolui Titio, ſi quidem neutrū eorum factum ſit, id eſt, ſi neque tibi, neq; Titio promiſeram, non habet res dubitationem, quin condicere Titio poſſim quod ei ſolui per errorem, quia omnino indebitū eſt, quod neque tibi, neque Titio debui: ſed ſi verum fuit, me tibi promiſiſſe, putaui autem perſonam Titij in ſtipulatione comprehenſam eſſe, quaſi adiecto eo ſolutionis gratia, & ei ſolui, quamuis verum ſit perſonam eius in ſtipulatione cōprehenſam non eſſe, non tamen videtur eo magis danda mihi aduerſus Titium condictio, cùm non eo minùs verum ſit debitam eſſe tibi pecuniam, quam quaſi adiecto ſolui, quia etſi perſona eius in ſtipulatione comprehenſa eſſet, non quidem obligationis gratia, quod fieri non potuit, cùm alij ſtipulari nemo poſſit, ſed ſolutionis, perinde verum eſt, nihil Titio deberi, ſed tibi ſoli totū *l. cum qui* 56. *§. qui ſibi l. Iulianus* 131. *§. 1. infr. de verb. oblig.* Quod ergo Titij perſona in ſtipulatione comprehenſa non eſt, facere nō debet, vt mihi faciliùs indebiti condictio dari debeat, quā nihil Titio deberem, etiamſi perſonā eius in ſtipulatione comprehendiſſem, quo tamen caſu nemo diceret dandā eſſe mihi aduerſus eum condictionem, quia quod ſibi à me debitum eſſet, rectè Titio ſolutum fuiſſet, perinde ac ſi Titio debuiſſem, non tibi, aut ac ſi duo credendi correi fuiſſetis *§. ſi quis alij Inſtit. De inutil. ſtipulat.* DEC. Multùm refert, an perſona Titij in ſtipulatione, per quam tibi promiſi, comprehenſa ſit, quamuis ſolutionis tantùm cauſa, non obligationis, an non: etſi enim vtroque caſu verum eſt nihil Titio deberi, priore tamen verum eſt Titio rectè ſolui, tanquam adiecto, & ex ea ſolutione liberationem mihi perinde contingere contra te atque ſi tibi ſoluiſſem, quia ſolutio in extraneam quoque perſonam conferri iure poteſt *d. §. ſi quis alij l. vero procuratori* 12. *§. penult. l. aliud eſt* 106. *De ſolut.*

Poſte-

Poſteriore verò caſu non poteſt ſolui Titio, vt ex ea ſolutione liberatio contingat, cùm Titij perſona nullomodo in ſtipulatione comprehenſa ſit. Ergo priore caſu ſolutio cùm pariat liberationem, non poteſt parere condictionem, poſteriore autem ſolutio parit condictionem, quia non poteſt parere liberationem *l. ſi non ſortem 26. §. ſi centum & § ſi decem infr. hoc tit.* condicam non tibi, licèt me tibi debere putauerim, & Titium tuæ obligationi adiectū fuiſſe, ſed Titio, quia non tibi, ſed Titio ſolui *l. his ſolis 49. inf.* Atque hæc vera & germana huius loci ſententia & ratio eſt, non quam Accurſius & Bartolus comminiſcuntur, quaſi proprij facti ignorantiam prætendere liceat, cùm agitur de damno vitando, vt hic & in *l. vlt. § licentia Cod. de iur. delib.* non etiam cum de lucro captando, vt in *l. quanquam 7. infr. ad SC. Vellean.* de quo ne quidem per ſomnium Pomponius cogitauit. Quoties enim de condictione indebiti tractamus, errorē facti aliquem interueniſſe ſupponimus, & quidem ex probabili aliqua cauſa, qualiſcunque & vndecunque illa ſit, quæ ex facti circumſtantiis pendeat, aut etiam ex imprudentia, vt & in *l. prox. in princ. l. cùm is 32. & §. 7. inf. l. creditor §. vlt. ſupr. De ſolut.*

1 ¶ Cùm iter excipere deberem, fundum liberum per errorem tradidi. incerti condicam, vt iter mihi concedatur.

*Ad §. 1. Cùm iter.*

RAT. DVB. Si cùm in traditione fundi quem tibi retenta itineris ſeruitute vendidi, deberem iter excipere, fundum liberum, & nullo excepto itinere per errorem tibi tradiderim, nihil eſt quod indebitum videar tradidiſſe. Fundum enim tradidi, quem ex contractu vēditionis tradere debui, iter verò nō tradidi, quia neque potui habere ſeruitutem itineris in re mea, antequam traderem, neque tu iter illud habere poſt factam tibi traditionem, cùm nemini res ſua ſeruiat *l. in re communi 26. de ſeruit. vrban. præd. ſupr. l. vtifrui 5 ſi vſusfr. pet.* Ergo non poſſum iter condicere condictione indebiti, multo minus incerti vt iter mihi reſtituatur, quomodo Pomponius hic loquitur, cum iter nunquam habuerim, & indebiti condictio incerti nulla ſit, ſi Accurſio & Bartolo credimus, quomodo ille poſt Ioannem locum hunc interpretatur de condictione ſine cauſa ex *l. 3. infr. tit. prox.* hic verò de condictione incerti, quæ proprium ius & nomen habeat, ita vt cum nulla alia poſſit concurrere. DEC. Cùm ego tibi fundum liberum tradidi, quem retenta ſeruitute itineris tradere debueram, verum eſt me tibi & debitum & indebitum aliquid tradidiſſe. Debitum, quatenus fundum tibi tradidi, quem ex cauſa venditionis tradere debui, indebitum verò, quia tradidi fundum liberum, quē itineris ſeruitute affectum tradere debueram. Itaque fundum condictione indebiti condicere nō poſſum, quia ſic fieret, vt condicerem debitum: at neq; rurſum iter quod ego neq; tradidi, quia nunquam penes me fuit, nec à te poſſum repetere, qui nullum habes. Supereſt igitur, vt agere debeam cōtra te ad hoc, vt iter mihi reſtituatur, id eſt, vt ſeruitus itineris mihi conſtituatur, quam haberem, ſi retenta ea fundum tibi tradidiſſem. Poteſt enim ſeruitus conſtitui per retentionem & exceptionem, quæ fiat in ipſa rei propriæ traditione *l. in tradendo 7. iunct. l. ſeq. ſupr. commun. præd. l. in traditionibus 48. ſupr. De pact. l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.* etiam quæ inutilis futura ſit conſtituenti *leg. ei fundo 19. de ſeruit. l. venditor 13. commun. præd.* quamuis alioquin inutiles ſint ſeruitutes, quæ nec perſonæ vtiles eſſe poſſunt nec prædio *l. quoties 15. De ſeruit.* Denique cùm ſeruitutes & iura prædiorum nihil aliud ſint, quàm ipſa prædia qualiter ſe habentia *l. quid aliud 86. De verb. ſign.* conſequens omnino eſt, vt qui fundū liberum tradidit, quem ſeruum tradere potuit, aliquid certè plus debito ſoluerit, vt & in *l. qui exceptionem 40. §. ſi pars infr. hoc tit.* plus enim longè eſt fundum liberum habere quàm ſeruum, ideòque dicuntur ſeruitutes prædiorum augere ius fundi dominantis, minuere autem ius fundi ſeruientis *l. de pupillo 5 §. & belle Sextus Pedius inſr. De oper. noui nunciat.* Atqui quod plus debito dedit, quamuis certè indebitū ſit, incertum tamen eſt, non ſolùm quòd iura omnia etiā rei certę incerta eſſe intelligantur, ne vſusfructu quidem excepto *l. ſi fundi 12. ſupr. hoc tit. iunct. l. vbi autem 75. §. fundi certi inf. De verb. oblig.* ſed etiam, quia quicquid in faciendo aut non faciendo conſiſtit, incertum eſſe intelligitur *§. qui id quod ead. leg.* Ergo condictionem hanc & indebiti eſſe neceſſe eſt, quia plus debito ſolutum fuit, & incerti, quia quod plus debito ſolutum eſt, incertum eſt, ſiue quòd in facto conſiſtant, ſiue quòd omnes huiuſmodi actiones, quæ dantur ad factum, non aliud perſequantur, quàm id quod intereſt *l. quoties quis alium 81. eod. tit. l. ſi quis ab alio 15. in fi. De re iud.* quod ſemper incertam quantitatē cōtinet *l. ſi commiſſa 13. inf. Rat. rem haber. l. vlt. De prætor. ſtipul. l. vlt. ſupr. ſi quis in ius vocat. non ier. l. liber homo 118. §. vlt. De verb. oblig.* quamuis etiam per aliam actionē quam incerti poſſit peti reſtitutio ſeruitutis, puta per actionem ex vendito, vt in *l. ſi certo ſupr. commun. præd. l. 2. C. de pact. int. empt. & vend.* Proinde falſum eſt, quod vulgo putant, condictionem indebiti ſemper eſſe certi, nūquam incerti: nam imò verò incerti eſt, quoties id quod indebitè ſolutū fuit, incertum eſt, vt in *hoc § & d. l. ſi qui exceptionem §. ſi pars inſr. l. heres 5. in fin. & in l. ſi ſib. liberum 8.* vbi eadē ſpecies proponitur *inf. de act. empt. l. quod ſi nulla 60. de leg. 1. l. trib. 8. iunct. l. 4. §. 1. ſupr. de vſufr. ear. rer. quæ vſu conſum.* certi autem quoties certum petitur, licèt ex incerto contractu *l. certi cond. 9.* vbi latius ſcripſi *ſup. de reb. cred.* Longéq; alia actio eſt, quæ ciuilis incerti aut in factum appellatur, de qua in *l. ſi dominus 8. & ſeq. leg. permiſiſti 16. & paſſ. de præſcr. verb.* aut condictio furtiua incerti, de qua in *l. & ideo 12. §. vlt. inf. de cond. furt.* aut actio nō ex ſtipulatione ad rem incertam, vt malè interdū loquitur Bartol. ſed ex ſtipulatu, quæ alia actio eſt *l. ſi quis certum 24. ſupr. De reb. cred. & Inſtit. De verb. oblig. in pr.* quas cum indebiti incerti condictione malè confūdit hîc Bartolus, vt condictionem incerti nouam conſtituat, à condictione indebiti prorſus differentem, & commentitiæ ſuæ diſtinctionis, quam hic iā multis ex partibus componit, prætextum aliquem quærat, quaſi verò non aliter poſſint cōciliari leges quas congerit, quàm ſi condictio indebiti incerti de libris noſtris deleatur, cùm tamen nulla ſit, quæ neget incerti condictionem & indebiti dandam eſſe ſi quod indebitè ſolutum eſt incertum fuerit. Deniq; non omnis condictio indebiti incerti eſt, neq; rurſum omnis condictio incerti eſt etiam indebiti, ſed ſicuti condictio incerti eſt, quoties incertum cōdicitur, & condictio indebiti, quoties indebitum, ita & cōdictio incerti indebiti, quæ ex vtraq; cōficitur, quoties vtrumq; cōcurrit, vt quod ſolutū eſt, & indebitū ſit & incertū. Cętera dixi ad *d. l. certi c. 9. ſu. de r. cr.*

23. VLPIANVS libro quadrageſimotertio ad Sabinum.

ELeganter Pomponius quærit: ſi quis ſuſpicetur tranſactionem factam vel ab eo, cui heres eſt, vel ab eo, cuius procurator eſt: & quaſi ex tranſactione dederit, quæ facta non eſt: an locus ſit repetitioni. & ait, repeti poſſe, ex falſa enim cauſa datum eſſe. Idem puto dicendum, & ſi tranſactio ſecuta non fuerit [a], propter quam datum eſt. Sed & ſi reſoluta ſit tranſactio [b], idem erit dicendum.

*Ad l. Eleganter 23.*

RAT. DVB. Aliud eſt dari quid ob tranſactionem, aliud verò dari ob cauſam *l. in ſumma 65. infr. hoc tit.* vbi hæc quaſi diuerſa ſeparantur. Ergo ſi quis ſuſpicans tranſactionem factam vel ab eo cuius heres eſt, vel ab eo cuius procuratorem ſe ſciat, vel denique ſi voles etiam à ſeipſo, vt in principio legis præced. & quaſi ex tranſactione dederit, quæ tamen nulla ſit, quamuis falſa, vel nulla dandi cauſa fuerit, dicendum eſt ceſſare condictionem indebiti, quandoquidem non eo minus verum eſt, datum eſſe ob tranſactionem, quæ adeò fauorabilis eſt, vt etiamſi lis nulla ſubſit, ſed tantùm metus litis, dum ne quid per calumniam factum ſit, inhibeatur repetitio *dict. l. in ſumma l. 2. Cod. de tranſact.* Proinde dicendum videtur in hac quoque ſpecie non debere locum eſſe repetitioni. Nam etſi exiſtimans me tibi debere tradam, cùm nihil deberem, placet vſucapionem ſequi poſſe, dummodo & tu putes debitum eſſe *l. ſi exiſtimans 48. de vſucap. aliàs l. penult. pro ſolut.* quaſi ſufficiente ſola opinione tituli, quod & in aliis omnibus vſucapiendi cauſis plerique veteres crediderunt, quos etſi Vlpianus poſt Celſum refellit in *l. Celſus 27. eod. tit. de vſucap.* fatendum tamen eſt, in aliis pleriſque iuris partibus magis inſpiciendum eſſe, quod in opinione eſt, quàm quod in veritate, vt in *l. is qui putat 15. & ſeqq. l. in repudianda 23. leg. cùm falſum 46. de acquir. vel amitt. hered.* DEC. Quod ex falſa cauſa ſolutum eſt, repeti quandocunque poteſt, tanquam indebitum & condictione indebiti: falſa enim cauſa nulla eſt, in quo differt à turpi, vel iniuſta cauſa, de qua in *tit. præcedente*, nec tamen parit condictionem ſine cauſa, quia cauſæ prætextum aliquem, & nomen habet. Ideóque habet illa condictio ſine cauſa proprium titulum, qui hunc ſequitur, at de condictione ob falſam cauſam titulus alius nullus eſt, quàm hic de condictione indebiti. Atquin id quod quaſi ex cauſa tranſactionis debitum ſolutum eſt, cùm tranſactio nulla præceſſit, ex falſa cauſa proculdubio ſolutum eſt, vt Vlpianus ex Pomponio hîc ſcribit. Ergo repeti per indebiti condictionem poteſt, tanquam ſolutum ab eo qui ſe putabat ex ea cauſa debere: hoc enim neceſſario addendum eſt, quia ſi cauſa falſa ex qua ſolutum eſt talis ſit, quæ mouere non potuerit ſoluentem, vt ſe aliquid debere putaret, non ideò locus eſt repetitioni, quamuis cauſa falſa ſit, *l. damus 52. infrà hoc tit.* Idem igitur eſt, ſi quis quaſi ex compromiſſo condemnatus falſo, ac per errorem ſoluerit, nam & is repetere poteſt *leg. ſi non ſortem 26. §. ſi quis quaſi infrà.* quia & compromiſſum tranſactionis ſpecies quædam, aut ſaltem initium quoddam eſt.

a *Idem puto dicendum, etſi tranſactio ſecuta non fuerit.* RAT. DVB. Cùm aliquid datum eſt ob cauſam quæ ſecuta non eſt, locus ſit condictioni ob cauſam dati cauſa non ſecuta, de qua diximus *tit. 4. ſupr.* Non ergo condictioni indebiti, de qua dictum eſt in ſpecie præcedente. DEC. Quod datur ſpe futuræ tranſactionis non tam ob cauſam dari intelligitur, quàm ob rem aliquam: cauſa enim confertur in tempus præteritum, res autem in futurum *d. l. damus infr. l. ſi ita legatum 12. infr. de condict. & demonſtr.* vbi non abſimilis inter cauſam & pœnam differentia conſtituitur, re autem non ſecuta, ob quam aliquid datum eſt, competit ſpecialior illa condictio, de qua *d. tit. 4. ſupr. d. l. in ſumma 65. infr. hoc tit.* In eóque differt hic caſus à ſuperiore, in quo proponitur datum, quaſi ex cauſa tranſactionis iam factæ, quæ tamen nulla erat, conuenit autem in eo, quod vtroque caſu locus eſt repetitioni, licèt alia, & alia ratione, vt notat Accurſius, itémque alia, atque alia ſpecie condictionis: non enim de ſola condictione indebiti agitur in hoc *Tit.* ſed de qualibet repetitione, vt conſtat ex *dict. l. damus, & dict. l. in ſumma*, & aliis quàm plurimis. Condictionis nomẽ latius eſt quàm repetitionis, cùm eo nomine ſignificentur actiones perſonales omnes, quibus intendimus dari quid nobis oportere *§. appellamus Inſtit. de action.* Sed repetitionis nomen, quo hîc Vlpianus vtitur, viciſſim latius eſt quàm condictionis indebiti. Condictiones enim omnes, de quibus in duobus titulis ſuperioribus actum eſt, & agetur *in ſeq.* repetitiones ſunt, ſed condictiones indebiti non ſunt.

b *Sed etſi reſoluta ſit tranſactio.* RAT. DVB. Etiamſi reſoluta ſit tranſactio, non eo minus tamen verum eſt, factam eam fuiſſe: quod enim factum eſt pro infecto haberi non poteſt *leg. in bello 12. §. factæ autem res infrà de captiu. & poſtlim. leg. denique 19. ſuprà ex quibus cauſ. maior.* Ergo ſi quid ex eiuſmodi tranſactione reſoluta ſolutum ſit, non poteſt videri ſolutum ex cauſa, vel nulla, vel falſa, vel quæ non ſit ſecuta, vt in duobus caſibus proximè præcedentibus. DEC. Reſoluta tranſactio, ſiue vi & poteſtate conuentionis alicuius in tranſactione ipſa appoſitæ, ſiue ex noua & poſteriore partium conuentione, vt in *l. ſi diuerſa 14. Cod. de tranſact.* perinde habetur, ac ſi facta nunquam fuiſſet. Quod & in contractibus aliis omnibus euenit, qui ipſo iure reſoluti ſunt, & legitimè, id eſt, iis ipſis modis quibus celebrati fuerant, *l. ab emptione 58. ſuprà de pact. leg. 1. & 2. Cod. quand. lic. ab empt. diſced. l. voluntate 10. in princip. & §. 1. infr. Quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit. l. 2. l. 4. §. ſed & Marcellus infr. de in diem addict. l. 1. 2. & paſſ. de leg. commiſſ.* Perinde igitur repeti poteſt, quod ex reſoluta venditione ſolutum fuit, atque ſi vel nulla tranſactio præceſſiſſet, vel nulla ſubſecuta eſſet, niſi quod hoc caſu locus eſt condictioni indebiti. Sic & in condictione ſine cauſa dicimus, ſiue ab initio ſine cauſa promiſſum eſt, ſiue cauſa promittendi fuit, quæ tamen vel finita fuerit, vel ſecuta

non

non ſit locum eſſe condictioni ſine cauſa *l. 1. §. ſi ab initio & l. nihil refert 4. infr. tit. proxim.* Aliud tamen eſt finitam eſſe cauſam, aliud verò reſolutam eſſe tranſactionem: non enim finitur cauſa cùm contractus reſoluitur, ſed redit ad non cauſam: itaque non condictioni ſine cauſa locus eſſe hoc caſu poteſt, ſed condictioni indebiti, quamquam ſi quis vellet, etiam condictionem ſine cauſa hoc caſu dare, non valde repugnarem *d. l. 1. §. vlt. De cond. ſine cauſ.* eſt enim generalis condictio ſine cauſa, quæ proinde non minùs quàm condictio certi, cum condictione indebiti poteſt concurrere: quod enim ſine cauſa ſolutum eſt, non poteſt non eſſe indebitum, vt dicemus ad *d. l. 1. infr. tit. prox.*

1 ¶ Si poſt rem iudicatam quis tranſegerit, & ſoluerit: repetere poterit idcirco, quia placuit, tranſactionem nullius eſſe momenti. hoc enim Imperator Antoninus cum Diuo patre ſuo reſcripſit. retineri tamen, atque compenſari [a], in cauſam iudicati, quod ob talem tranſactionem ſolutum eſt, poteſt. quid ergo, ſi appellatum ſit, vel hoc ipſum incertum ſit, an iudicatum ſit, vel an ſententia valeat? magis eſt, vt tranſactio vires habeat. tunc enim reſcriptis locum eſſe credendum eſt, cùm de ſententia indubitata, quæ nullo remedio attentari poteſt, tranſigitur.

*Ad §. 1. Si poſt rem.*

Rat. dvb. Patum eſt rem eſſe iudicatam quoiuſque mandata ſit executioni ſententia vigor enim ſententiæ totus in executione conſiſtit *l. ſi longiu 7. C. de execut. rei iudic. l. à Diuo Pio 15. in princ. infr. de re iudic.* executionis autem euentus dubius eſſe poteſt, & plerunque eſt *l. quod debetur 51. infr. de pecul.* quod ſufficit, vt tranſactio fieri rectè poſſit cùm & ſolus metus litis ſufficiat *l. 2. C. de tranſact.* Eſt enim ſemper ſatis iuſta cauſa tranſactionis, quoties aut à lite, aut à metu litis diſceditur, *l. in ſumma 65. infr. hoc tit.* Dec. Tranſactio non poteſt fieri, niſi de re dubia alioqui nulla eſt, *l. 1. ſupr. de tranſact.* Atqui poſt rem iudicatam nihil dubij ſupereſt, quia res iudicata finem liti & controuerſiæ imponit, *l. 1. infr. de re iudic. l. ſingulis infr. de except. rei iudic.* cùm res iudicata pro veritate habeatur, *l. ingenuum 15. ſupr. de ſtat. homin. l. res iudicata 206. de reg. iur.* Ergo poſt rem iudicatam, facta tranſactio nullius eſt momenti, & ita benè Imperatoribus placuit. Sed hoc intellige de re iudicata quæ certa ſit, & indubitata, & quæ nullo remedio attentari poſſit, vt ſequitur in fine huius §. Nam ſi incertum ſit, an iudicatum ſit, quia fortè negetur [ſola enim negatio facit rem dubiam *l. vlt. Cod. quib. ad libert. proclam. non licet*] aut an ſententia valeat, licèt nondum appellatum ſit, nec appellari adhuc poſſit [non enim appellari iure poteſt, antequam conſtet & iudicatum eſſe & ſententiam tenere] magis eſt, vt tranſactio vires habere debeat; multo magis ſi vel appellatio interceſſerit, vel appellari adhuc poſſit, *l. & poſt rem 7. ſupr. de tranſact.* quia nimirum his omnibus caſibus lis adhuc ſubeſſe poteſt, inquit Vlpianus in *l. poſt rem iudicatam 11. eod. tit.* quamuis res iudicata dicatur etiam a qua appellatum eſt, aut appellari poteſt, vt benè hîc poſt Azonem diſputat Accurſius. probátque ex hoc loco & ex eo quod appellatio dicitur extinguere iudicatum *l. furti 6. §. 1. ſup. de his qui notant. infam. l. 1. §. vlt. infr. ad SC. Turpill.* Proinde non aliud erit, tametſi a ſupremo Senatu iudicatum ſit, quamuis ab eo appellari non poſſit, non magis quàm olim à Præfectis prætorio *l. vnic. ſupr. de offi. præf. præt.* nam & Senatuſconſultorum authoritas ſi non per appellationem, aliis tamen remediis attentari poteſt, vt puta per ciuilem ſupplicationem, & erroris in facto propoſitionem quam Reuiſionem vocant, *Auth. quæ ſupplicatio Cod. de precib. Imp. offer.* Extra hos caſus, neque poſt Senatuſconſultum, neque poſt rem à quolibet inferiore iudice iudicatam, facta tranſactio valere poteſt. Planè ſi dubius ſit euentus executionis, ita vt in executione iudicati lis aliqua ſubſit, vel ſubeſſe adhuc poſſit, dubitari non oportet, quin etiam ſuper executione poſſit tranſigi, & conſequenter poſt rem quoque iudicatam, non enim de ſententiæ executione tractari poteſt, niſi poſt latam ſententiam *d. l. ſi longiu d. l. à Diuo Pio in princ. & tot. tit. De execut. rei iudic.* Quid verò ſi res iudicata nouata ſit per ſtipulationem Aquilianam, & in eam transfuſa? nec enim dubitatur quin Aquiliana ſtipulatio nouet obligationes & actiones omnes *l. item Aquilia 4. §. & præced. ſupr. de tranſact. l. & vno 13. §. 1. infr. de acceptil. §. præterea Inſtit. quib. mod. toll. oblig.* Et certi iuris eſt interpoſita poſt iudicatum Aquiliana ſtipulatione, poſſe tranſigi, at non de re iudicata, quæ iam nulla eſt, tanquam per nouationem perempta, ſed de ſtipulatione aut potiùs de lite, quæ ea ſtipulatione naſci poteſt: ſtipulatio enim initium eſt litis, cuius res iudicata finis eſt *l. minor 40. §. 1. ſup. de minor.* ſed hoc intellige cum Bartolo, ſi modò Aquiliana illa ſtipulatio interpoſita ſit verè non fictè, *l. 4. § ſi ex conuentione infr. de re iudic.* Et ita benè illi intelligunt quod ſcriptum eſt in *leg. ſi cauſa 32. Cod. de tranſact.* non quomodo nonnulli putant, quos refert & refellit Accurſius, quaſi de re iudicata tranſigi poſſit per Aquilianam ſtipulationem, quod certe falſum eſt. Adde, eſſe hoc ita quoque intelligendum, ſi non per calumniam ſuper ſtipulatione certa & indubitata tranſigatur, *l. in ſumma 65. infr. hoc tit.*

a *Retineri tamen atque compenſari.* Rat. dvb. Actus non poſſunt, nec debent operari vltra intentionem agentium *vulg. l. nomina 19. iunct. l. præced. ſupr. de reb. credit.* Atqui pecunia quę tanquam ex cauſa tranſactionis data eſt, non ideo data fuit, vt in cauſam iudicati conuerteretur, ſed vt obligatio, quam ex tranſactione poſt rem iudicatam interpoſita natam putabat is qui ſoluit, diſſolueretur. Non ergo in cauſam iudicati retineri aut compēſari poteſt. Dec. Res iudicata cùm pariat actionem ſiue in factum, ſiue iudicati eam velis dicere *leg. actori 8. Cod. de reb. credit.* ita & multo magis parit retentionem ex *reg. l. 1. infr. de pignor. l. 1. §. is autem infr. de ſuperf.* quamuis obligationem naturalem non magis poſſit in-

docere quàm tollere, ſed ciuilem tantùm *l. Iulianus verū debitū 64. infr. hoc tit.* multo magis etiā compēſationē quantitatis ſcilicet indebitè ſolutæ ex cauſa tranſactionis cū ea, quæ ex iudicato debetur. ſicut enim cōpenſatio fieri poteſt etiā contra iudicatum, *l. cum militi 16. §. 1. infr. de cōpenſat.* ſicut & ex alia cauſa qualibet *l. vlt. C. eod.* ita & pro iudicato cuius cauſa omniū ferè fauorabiliſſima eſt, propterea quòd res iudicata, vt diximus, pro veritate habetur, *d. l. res iudicata 206. de reg. iur. d. l. & poſt rem 7. §. 1. D. de tranſact.*

2 ¶ Item ſi ob tranſactionem alimentorum teſtamento relictorum datum ſit: apparet poſſe repeti, quod datum eſt: quia tranſactio Senatuſconſulto infirmatur.

*Ad §. 2. Item ſi ob tranſactionem.*

RAT. DV a. De quacunque cauſa litigari poteſt, etiam tranſigi poſſe dicendum eſt: ne alioqui nulla ſuperſit ratio diſcedendi à lite quod iniquum eſſet, cùm & iuſta cauſa ſit tranſigēdi, ſi à lite diſcedatur, *l. in ſumma 65. infr.* & verecunda cogitatio ſit eius qui lites execratur, *l. 4. §. 1. ſupr. de alien. iud. mut. cauſ. fact.* Atqui de alimentis etiam futuris litigari poteſt, perinde ac de præteritis, nec minùs ſi ex teſtamento, quàm ſi ex contractu debeantur: quid enim eſt tam certum & apertum, de quo litigari non poſſit? Quidni ergo tranſigi etiam poterit? Quòd ſi tranſigi poteſt, ergo etiam quod ex ea tranſactionis cauſa ſolutum erit, non repetetur, ne permittatur repetere volenti factum proprium impugnare contra *l. poſt mortem 25. ſupr. de adopt.* DEC. Oratio Diui Marci, de qua in *l. cùm hi 8. ſupr. de tranſ.* & Senatuſconſultum ad eam factum [vt ſolebant fieri Senatuſconſulta ad orationes Imperatorum in Senatu recitatas *l. 1. infr. de reb. eor. qui ſub tut.* quod Accurſius noſter ad hunc locum non intellexit] infirmat tranſactiones omnes de alimentis futuris factas ex teſtamento debitis, non ex contractu ob rationem poſitam in *d. l. cùm hi*. vbi diximus. Ergo cùm tranſactio non valeat, ſi quid ex ea ſolutum ſit, repeti poterit tanquam indebitum, nec enim prohibetur quis contra proprium factum venire quoties factum illud à iure improbatum eſt, *cap. non præſtat impedimentum de reg. iur. in 6.* niſi conſulto & authoritatem præſtante Prætore tranſactio facta ſit: hoc enim oratio excepit, vt non deeſſet licentia tranſigendi, ſi materia & iuſta cauſa ſubeſſet, *d. l. cùm hi l. de alimentis 8. C. eod. tit.* nihil porrò intereſt, an ex teſtamento alimenta futura, de quibus tranſactum eſt, debeantur, an ex codicillis, aut ex alia voluntate, dummodo vltima non etiam inter viuos, vt benè Accurſius monet ex *d. l. cùm hi §. 1. & 2.* vbi etiam diuerſitatis rationem attulimus. Cæterùm quod ex huiuſmodi tranſactionis cauſa ſolutum eſt, licèt ſit ex ea cauſa indebitum, retineri tamen poterit, & compenſari ex cauſa alimentorum exemplo eius quod ſcriptum eſt *in §. prox. præced.*

3 ¶ Si quis poſt tranſactionem nihilominus condemnatus fuerit: dolo quidem id fit, ſed tamen ſententia valet: potuit autem is (ſi quidem ante litem conteſtatam tranſegerit [a]) volenti litem conteſtari opponere doli exceptionem. ſed etſi poſt litem conteſtatam tranſactum eſt [b]: nihilominus poterit exceptione doli vti poſt ſecuti. dolo enim facit, qui contra tranſactionem expertus, amplius petit. & ideo condemnatus, repetere poteſt [c], quod ex cauſa tranſactionis dedit. ſanè quid ſi ob cauſam dedit? neque repeti ſolet, quod ob cauſam datum eſt, cauſa ſecuta. ſed hic non videtur cauſa ſecuta, cùm tranſactioni non ſtetur. Cùm igitur repetitio eius oritur, tranſactionis exceptio locum nō habet. neque enim vtrumque debet locum habere & repetitio, & exceptio.

*Ad §. 3. Si quis poſt tranſactionem.*

RAT. DV a. Non poteſt ferri ſententia & ſequi condemnatio, niſi aliqua lis ſubſit, cùm ſententia & res iudicata finem liti imponat per abſolutionem aut condemnationem *l. 1. infr. de re iudic.* Atqui per tranſactionem à lite diſceditur *l. in ſumma 65. infr.* ideóque tranſactionis exceptio dicitur etiam litis finitæ *l. 2. ſupr. de iureiur. l. fratris tui 10. C. de tranſ.* Vnde eſt, quod opponi poteſt & debet ab initio litis, ad impediendum litis initium & progreſſum, vt in hoc ipſo §. ſcriptum eſt. Ergo poſt tranſactionem interpoſitam non poteſt ſequi condemnatio. DEC. Tranſactio ſi non facta ſit interpoſita ſtipulatione aliqua, non tollit actionem ipſo iure, ſed tantùm per exceptionem, ſicut & aliud pactum quodlibet: tranſactio enim nihil niſi pactum eſt, ſi ſtipulatio non interueniat, *l. cùm proponas 17. l. ſub prætextu inſtrumentorum 19. l. ſiue apud acta 28. C. de tranſact.* Cùm ergo ſuperſit actio, ex qua proinde agi poteſt, [cùm ſine actione agere nemo poſſit, *l. ſi pupilli 6. §. vlt. ſupr. de neg. geſt.*] conſentaneum eſt, vt non impediat tranſactio, quominùs ſuper ea actione iudicari poſſit, & is qui pecuniam ex cauſa tranſactionis aliquid dedit, condemnari, & conſequenter ſententia valeat ipſo iure, quamuis non careat dolo is, qui poſt tranſactionem per quam à lite diſceſſit, nihilominùs litem perſequitur contra proprij facti conſcientiam, & ita extorquet condemnationem. Nemo enim ob id ſolùm condemnatur aut ſummouetur, quòd ſit in dolo, ſed quòd oppoſita ei ſit exceptio vel replicatio doli. Sic fit, vt in executione iudicati poſſit is qui tranſegit, obiicere doli exceptionem contra victorem, ne ex dolo ſuo lucrum actor ſentiat, ſi malit condemnatus effugere iudicati executionē, quā repetere quod ex cauſa tranſactionis dedit, cū etiā rei iudicatæ doli exceptio poſſit obiici *l. 4. §. Labeo ait infr. de*

*infr. de except. rei iudic.* Planè non eo minus tenet ſententia, quòd dolo malo actoris aliquid factum ſit, cùm etſi per ſordes aut per errores, aliterve per iniuriam iudicis lata eſſet ſententia, nihilominus valeret, adeóque executioni mandanda eo caſu eſſet, propter rerum iudicatarum authoritatem *l. ſeruo 65. § cùm prætor infr. ad SC. Treb.* Miror verò Accurſium hîc notare, iniquitatem tolerari aliquando: quaſi verò hîc toleretur, vt & in *l. relegatorum 7. §. ad tempus infr. de interd. & releg. l. nam poſtea quam 9. § ſi damnetur ſupr. de iureiur. l. 1. Cod. de plur. petit.* ex eo ſcilicet quod Vlpianus ait, dolo quidem fieri, ſi poſt tranſactionem quis condemnatus ſit, ſed tamen ſententiam valere: non enim toleratur iniquitas, quæ per doli exceptionem corrigitur, data etiam repetitione condemnato ſi ſoluerit ex cauſa tranſactionis ante condemnationem, vt ſubricitur in hoc §. *Ita enim fit*, vt actor qui contra tranſactionem expertus obtinuit, alterutro lucro priuetur neceſſario aut tranſactionis, aut rei iudicatæ.

a *Potuit autem is (ſiquidem ante litem conteſtatam tranſegerit.)* RAT. DVB. Non alius poteſt repeti exceptione doli quàm qui in dolo eſt, in dolo autem non eſt, qui iure ſuo vtitur *leg. ſi duorum 52. infr. de action. empt.* Atqui iure ſuo vtitur is, qui agit, etiam poſt tranſactionem, cùm actio ſubſiſtat nec per tranſactionem perempta ſit ipſo iure, vt ſuprà diximus. Ergo non poteſt doli exceptio locum habere contra actorem, qui litem conteſtari vult etiamſi tranſegerit.

DEC. Doli exceptio tunc locum habet, cùm quis per occaſionem iuris ciuilis cõtra naturalem æquitatem lucrum captat ex damno alieno *l. 1. infr. de doli mali except.* Atqui in propoſita ſpecie, is qui prætextu actionis ſibi competentis ipſo iure vult litem conteſtari cum eo cũ quo tranſegit, captat lucrũ ex damno aduerſarij per occaſionem iuris ciuilis, & quidẽ contra naturalem æquitatem, cùm veniat aduerſus factum proprium, ſuámque conuentionem, quod nemini facere licet *l. poſt mortem 25. ſupr. de adopt.* Ergo doli exceptione repellendus eſt, ex quo noſtri vulgò poſt Accurſium & Bartolum inferunt, exceptionem tranſactionis impedire litis ingreſſum & proceſſum, non minùs quàm exceptionem rei iudicatæ & iuriſiurandi, quod in aliis exceptionib. peremptoriis ſecus eſt, ex *cap. exceptionis extr. de lite conteſt.* Quod etſi verum eſt, quoties contra pacti formam agitur, puta ſi adſit pactum expreſſum de non petendo, aut de non amplius agendo (exceptio ſiquidem tranſactionis nihil niſi exceptio pacti eſt, vt ſupra diximus) non tamen benè ex hoc §. probatur, in quo nõ de tranſactionis, ſed de doli exceptione loquitur Vlp. quæ doli exceptio multum diſtat ab exceptione pacti, eique ſubſidiaria eſt *l. & heredi 21. §. 1.* vbi diximus, *ſupr. de pact.* nec proinde locum habet, niſi cùm pacti & tranſactionis exceptio locũ habere non poteſt, puta ſi ſimpliciter tranſactum ſit de negotio, non ſubiecto aliquo pacto de non petendo, aut de non amplius agendo. Illud planè verum eſt, ex tranſactione naſci exceptionem doli.

b *Sed ſi poſt litem conteſtatam tranſactum ſit.* RAT. DVB. Per litis conteſtationem quaſi contrahitur *l. 3. §. idem ſcribit inf. de pecul. l. delegare 11. l. aliam 29. de nouat.* Vnde eſt quod in omnibus ferè iuris partibus inſpicitur tempus litis conteſtatæ *l. vinum 22.* vbi diximus, *ſupr. de reb. credit. l. 2. inf. de vſur.* Ergo nõ debet, nec poteſt tranſactio facta poſt litem conteſtatam nocere, & exceptionem doli parere. Illud enim maximè inſpiciendum eſt, an dolus adfuerit tempore litis conteſtatæ *l. 2. §. circa infr. de doli mali except.*

DEC. Qui poſt litem conteſtatam tranſegit, licet nihil ab initio fecerit ex eo tempore quo litem conteſtabatur, nunc tamen dolo facit qui contra tranſactionem expertus amplius petit, nec eo minus danda eſt doli exceptio poſt litem conteſtatam, cùm dolus poſt conteſtationem inducitur, nec enim poteſt doli exceptio eſſe ante dolum, & iudici pedaneo qui à prætore poſt litem conteſtatam datus eſt, omnium rerum officium incumbit, quæ in iudicio verſantur, ac proinde quę pendente iudicio contingunt *l. Aediles 25. §. item ſciendum eſt infr. de ædilit. edict.* Nihil igitur refert, vtrum ante an poſt litem conteſtatam fiat tranſactio, quam equidem conſtat etiam poſt litem conteſtatam, ac pendente iudicio fieri poſſe *l. ſi contra 8. C. de appellat. l. 1. §. qui autem ſupr. de calumniat.*

c *Et ideò condemnatus repetere poteſt.* RAT. DVB. ſtatim ponitur in textu his verbis *ſanè quidem ob cauſam dedit.* Nam vt ſequitur apud Vlpianum, quod ob cauſam datum eſt, non ſolet repeti cauſa ſecutâ. Sed in propoſito quod ex cauſa tranſactionis datum eſt, negare non poſſumus, quin ob cauſam datum ſit, nec rurſum quin ſecuta ſit cauſa, cùm tranſactio ſufficiens ſit ad producendam exceptionem doli, vt modò diximus. Ergo quod ex huiuſmodi tranſactionis cauſa ſolutum eſt, repeti non poteſt.

DEC. Non videtur cauſa ſecuta quoties tranſactioni non ſtatur. Atqui cùm is qui tranſegit, nihilominus pergit litem perſequi, perinde ac ſi non tranſegiſſet, adeóq; extorquet condemnationem, apparet nolle illum ſtare tranſactioni. Ergo quaſi cauſa non ſecuta, dicendum eſt repeti poſſe, quod ex cauſa tranſactionis ſolutum fuit, nempe ſi is qui tranſegit, malit pati condemnationem, vt condicat quod dedit, quã obiicere doli exceptionem ad euitandam condemnationem, nec enim niſi valdè iniuſtè ac per iniuriam iudicis condemnari poſſet, oppoſita ſiuè ante ſiue poſt litem conteſtatam doli exceptione, vt in *l. exceptione 67. infr. de fideiuſſ.* Porrò nulla condemnatione ſecuta repetitioni locus eſſe non poteſt, cùm tranſactione vires ſuas exerente per oppoſitam doli exceptionem, non poſſit videri non ſecuta cauſa trãſactionis ob quam datum fuit. Proinde is, qui tranſegit ſiue ante ſiue poſt litem conteſtatam, & ex cauſa tranſactionis aliquid dedit, eligere debet ante ſententiam, an condemnari malit, & repetere quod dedit, an verò malit vti exceptione & ſtare trãſactioni, vt effugiat condẽnationem: non enim debet vtrumque habere & repetitionem & exceptionem, vt hîc Vlpianus ſubiicit, ſicuti ex eodem actu ſolutionis non poſſunt condictio & liberatio contingere *l. ſi non ſortem 26. § ſi decem infr. hoc tit.* Quid verò ſi neque ante neque poſt litem conteſtatam is, qui ex cauſa tranſactionis ſoluit, doli exceptionem oppoſuerit, atque ita ſe condemnari paſſus ſit? an in executione quoque iudicati ſaluam habebit electionem, vel opponendæ exceptionis doli, vel condicendæ ſolutionis? Videtur enim poſſe illi imputari, cur non citius eam exceptionem oppoſuerit, ſatiſque videtur ei conſultum, quòd pecuniæ, quam ex cauſa tranſactionis dedit, habeat repetitionem. Sed tamen cùm in iudicati quoque executione doli exceptio locum habere poſſit, vt initio huius §. diximus ex *leg. 4. §. Labeo ait, infr. de except. rei iudic.* magis eſt, vt adhuc ei ſalua ſit electio: licèt enim ſententia teneat, non ta-



Digitized by Google

mẽ purgat exceptionem doli. Et generaliter ad impediendam executionem iudicati admittuntur exceptiones omnes, quæ non impugnant iudicatum *l.tamen ſi non tt.* vbi dicemus *infr. ad SC. Maced. l. Neſennius 41. §. vlt. infr. de re indic.* Et quod contra ſcriptum videtur in *l. 2. C. ſentent. reſc. non poſſ.* ad eas exceptiones peremptorias ſpectat, quæ impugnant iudicatum, nec niſi per viam appellationis & in cauſa appellatoria proponi poſſunt. Illud tantùm ei qui tranſegit & ſoluit, prohibitum eſt, ne & exceptione & condictione ſimul vtatur: alterutro enim auxilio contentus eſſe debet *l. qui hominem 34. §. vlt. infr. de ſolut.* niſi cùm aliter actum eſt, inquit Accurſius ex *l. pen. ſup. de tranſact. & l. cùm proponas 17. C. eod. ill. tit.*

4 ¶ Si qua lex ab initio, dupli, vel quadrupli ſtatuit actionem: dicendum eſt, ſolutum ex falſa eius cauſa, repeti poſſe.

*Ad §. vlt. Si qua lex.*

RAT. DVB. Pœnæ depenſæ repeti non ſolent *leg. pœna 42. infr. hoc tit.* Ergo quod ſolutum eſt ex cauſa pœnalis alicuius actionis, repeti non poteſt, multóque minus ſi ab initio pœnalis actio illa fuit: tanto magis enim pœnalis actio eſt, ad differentiam earum, quæ per inficiationem creſcunt, nec proinde niſi ex poſtfacto pœnales fiunt, ex quibus tamen ſi quid ſolutum ſit, conſtat repeti id non poſſe, tametſi ex falſa cauſa ſolutum ſit *l. ea quæ 4. Cod. hoc tit.*

DEC. Non poſſunt dici pœnæ depenſæ, quæ ex falſa cauſa quamuis pœnali ſolutæ ſunt, crimen. n. aliquod ſubeſſe oportet, vt pœna dici poſſit *l. Gracchus 4. C. ad l. Iul. de adult.* Ergo ſi quid ſolutum ſit ex cauſa pœnalis alicuius actionis, quæ dupli pœnam ab initio ſtatuat, vt actio furti nec manifeſti, vel tripli, vt vi bonorum raptorum, aut quadrupli, vt furti manifeſti, & ea cauſa falſa inueniatur, dicendum eſt ſolutum repeti poſſe, quia omninò indebitum eſt. Cauſa verò falſa inuenitur, ſi nullum prorſus crimẽ admiſſum ſit, puta ſi quis confeſſus ſit, ſe furtum aut rapinam feciſſe, cùm tamen neque furto ſubtractũ, neque vi raptum quicquam fuerit: nam ſi factum ſit furtum vel rapina, licèt ab alio, quàm ab eo qui ſoluit, repetitio nulla eſſe poteſt, quia verum eſt eum qui accepit, ſuum recepiſſe ex *reg. l. repetitio 44. infr. hoc tit.* Eſt autem alia ratio eius, qui ſoluit ex falſa cauſa actionis merè ab initio pœnalis, & eius qui ex falſa cauſa actionis, quæ ex poſtfacto pœnalis fiat & per inficiationem creſcat, nõ quia vani timoris æſtimatio nulla ſit, vt malè hîc ratiocinatur Accurſius ex *l. ſi quis ab alio 13. infrà de re iudic.* ſed vt melius idem ille ad *d. l. ea quæ*, quoniam is qui ſoluit indebitum ex falſa cauſa eius actionis, quæ poſſit per inficiationem creſcere, videtur eo veluti precio decidere & tranſigere de periculo actionis, quaſi malens damnum hoc quantumuis indebitum incurrere quàm periculum præſtandi fortaſſe propter inficiationem dupli *arg. leg. quid ergo 13. § pœna grauior ſupr. de his qui notant. infam. l. 3. & 4. C. eod. ill. tit.* Quod in eo qui conuenitur, aut conueniri potuit actione merè ab initio pœnali non ſimiliter dici poteſt. Quid ergo ſi ſolutum ſit indebitum ex falſa cauſa actionis legis Aquiliæ? Dubitationem facit, quia ex vna parte actio legis Aquiliæ ex ſui natura & ab initio pœnalis eſt *l. inde Neratius 23. §. hanc actionem ſupr. ad l. Aquil. §. his autem verbis Inſt. eod. tit.* Ex altera verò parte, ex poſtfacto quoque fit magis pœnalis, & creſcit per inficiationem ad duplum *l. contra negãtem 4 C. eod. tit.* Sed magis eſt, vt cenſeri debeat iure actionis, quæ ex poſtfacto fit pœnalis, ac proinde, vt ſolutum ex falſa eius cauſa nõ poſſit repeti propter periculum, quod ſubeſt ne pœna ipſa, quæ actioni ab initio ineſt, creſcat per inficiationem *d. d. l. ea quæ.* Nec obſtat hic §. qui intelligẽdus eſt de iis demum actionib. pœnalibus, quæ ita ſunt ab initio pœnales, vt ex poſtfacto magis pœnales fieri nõ poſſint. Nec diſtinguo hac parte, an ille ipſe, qui ſoluit, damnum dederit, an alius, quomodo tamen Accurſius & Bartolus diſtinguunt. Eſt enim ei diſtinctioni tunc ſolùm locus, cùm quæritur, an actione legis Aquiliæ poſſit quis ex ſua confeſſione falſa condemnari, vt poſſit ſi confeſſus ſit ſe illum occidiſſe quem alius occiderit, non etiam ſi eum quem nemo *d. l. inde Neratius §. vlt. & legib. ſeqq.* Sed aliud eſt de condemnatione, aliud verò de condictione indebiti quærere. Notandus autem eſt hic caſus, in quo ſolutum quamuis indebitum non repetitur: quando ſcilicet ſolutum eſt ex falſa cauſa eius actionis, quæ per inficiationem creſcat ex *d. l. ea quæ.* Alios congerit Accurſius, ſi quis ſciens indebitum ſoluerit, quamuis ea mente, vt poſtea repeteret *leg. quod quis 50. infr. hoc tit.* Cui ſimilis eſt ille qui ſciens ſe tutum exceptione perpetua nihilominus ſoluit, de quo in *l. prox. ſeq. & in l. ſi non ſortem 26. §. indebitum 3. infr.* Item ſi falsò iurauerit creditor ſibi deberi, cùm iuſiurãdum pro veritate habeatur *§. item ſi quis poſtulante Inſtit. de act.* Item ſi iudicatum ſit *l. 1. C. hoc tit. l. ſi fideiuſſor 29. §. in omnibus infr. mandat.* Item ſi tranſactum *leg. 2. Cod. hoc tit. & hac ipſa lege in princip.* Item ſi ex cauſa pietatis ſolutum probetur, vt in *l. cùm is 32. §. mulier infr.* Deniquè ſi quis ſuo nomine ſoluerit, quod ab alio debetur, vt in *l. ſi pœna 19. §. 1. ſupr. l. in ſumma 65. §. vlt. infr.* Quibus tamen caſibus obſeruat Bartolus, nec inſubtiliter, cauſam quidem debiti expreſſam & remotam in ſuperioribus caſibus nullam eſſe, ſed tamen proximam aliquam & tacitè ſubintellectam ſubeſſe, quæ impedit repetitionem, ſcilicet tranſactionis, donationis, aut quam aliam ſimilem: quod certè verum eſt.

24. IDEM libro 46. ad Sabinum.

SI is, qui perpetua exceptione tueri ſe poterat, cùm ſciret ſibi exceptionem profuturam, promiſerit aliquid, vt liberaretur: condicere non poteſt.

*Ad l. Si is, qui 24.*

RAT. DVB. Debitor qui exceptione aliqua perpetua tutus eſt, debitoris loco non habetur, ſicut neque creditor ille qui exceptione perpetua ſummoueri poteſt *l. creditores 10. l. creditor 55. de verb. ſignif.*

Debitor

Debitor ſiquidem propriè intelligitur is à quo inuito exigi pecunia poteſt *l. debitor 108. eod.* non autem poteſt exigi ab eo qui perpetua exceptione tutus eſt: imò nec ab eo qui temporali, quandiu tempora opponendæ exceptionis elapſa non ſunt. Sed tamẽ de perpetua tantùm non de temporali exceptione hîc loquimur, quia non abſolutè verum eſt, exigi non poſſe ab eo qui temporali duntaxat exceptione tutus eſt, cùm poſt tempus ſi conueniatur ſoluere teneatur. Vnde eſt quod dicimus eum qui temporalem exceptionem timet, ſimilem eſſe cõdicionali creditori *d. l. creditor*, quia ſicuti condicionalis creditor non poteſt agere ante condicionis euentum *l. cedere diem 213. eod. tit.* ita nec ille qui exceptione temporali aliqua ſummoueri poteſt, effectum vllum actionis ſuæ conſequi, ſi intra tempus illud agat, quamuis ſummo iure poſſit agere. Ergo quod quis ſoluit quaſi debitor, quamuis ſciens ſe tutum exceptione perpetua poteſt repetere, non enim quòd ſciat ſibi eam exceptionem competere, facit quominus competat.

DEC. Exceptio quamuis perpetua competens debitori, non facit quin verè debitor maneat ipſo iure: pendent enim exceptiones omnes ex æquitate iuris prætorij, quod actionem iure ipſo competentem non magis tollere poteſt, quàm ius ciuile in totum extinguere, ſed tantùm aſperitatem iuris ciuilis corrigere ac emendare *l. ius autem 7. §. 1. ſupr. de iuſtit. & iur.* Ergo quod quis ſoluit, ſciens ſe tutum exceptione perpetua, non poteſt repetere, quia verè & abſolute debitum eſt. De ſciente enim tantùm ideò Vlpianus hîc loquitur, quoniam is qui ſciens prudenſque remittit exceptionem ſibi competentem, donanti ſimilis eſſe creditur *leg. ſi quis delegauerit 12. infr. de nouat.* cuius namque per errorem ſoluti repetitio eſt, eius conſulto dati donatio eſt *leg. cuius per errorem 53. de regul. l. indebitum 9. Cod. hoc tit. l. cum qui 21. §. 1. ſupr. de inoff. teſtam.* quod de ignorante non perinde dici poteſt: nemo ſiquidem videri poteſt repudiare aut amittere ius quod ſibi competere ignorat *vulg. leg. mater decedens 19. eodem titul. de inoffic. teſtament.* Ergo ad impediendam condictionem indebiti duo hæc coniunctim requiruntur, vt is qui ſoluit tutus fuerit exceptione perpetua, & vt tutum ſe ſciuerit, alioqui condictio indebiti locum habet. Sed neque omnis exceptio perpetua parere condictionem indebiti poteſt, ſed ea demum quæ fauorabilis eſt, id eſt, quæ ex fauore & æquitate negotij proficiſcitur non ex odio creditoris iuxta diſtinctionem *leg. qui exceptionem 40. infr.* Excipiunt etiam noſtri eam exceptionem perpetuam quæ ſit inducta ad rigorem iuris conſeruandum, qualis eſt, inquiunt, exceptio rei iudicatæ ex *leg. Iulianus 64. & leg. iudex 28. infr.* ſed non ſatis benè. Habet enim illa exceptio rationem aliam ſpecialem, quia nititur æquitate ciuili tantùm non etiam naturali, vt ibi dicemus. Cæterùm ſi quis ſciens ſe tutum exceptione temporali ſoluerit, non eo minus repetere poterit, quia non tam donaſſe & exceptionem remiſiſſe, quàm ante tempus ſoluiſſe ac ſolutionem prorogaſſe intelligitur: id enim ſoluit quod finito exceptionis tempore æquè ſoluere cogi potuiſſet, *l. in diem debitor 10. ſup. hoc tit.* Perpetuam itaque exceptionem eſſe oportet vt condictio inducatur *d. leg. qui exceptionem l. ſi non ſortem 26. §. indebitum 3. & §. qui filiofamilias infr.*

25. IDEM libro quadrageſimo ſeptimo ad Sabinum.

CVm duo pro reo fideiuſſiſſent decem, deinde reus tria ſoluiſſet, & poſtea fideiuſſores quina: placuit eum, qui poſterior ſoluiſſet, repetere tria poſſe. hoc merito: quia, tribus à reo ſolutis, ſeptem ſola debita ſupererant: quibus perſolutis, tria indebita ſoluta ſunt.

*Ad l. Cum duo 25.*

RAT. DVB. Cùm pro vno reo fideiuſſores duo accepti ſunt, qui decem fideiuſſerunt, conſtat fideiuſſores ſingulos ſaltem quina debere, admiſſo inter eos beneficio diuiſionis, quod habent ex epiſtola Diui Hadriani *l. inter fideiuſſores 26. l. inter eos 51. infr. de fideiuſſ.* Ergo quamuis ambo quina ſoluerint, id eſt, quinque ſinguli, nihil tamen quaſi indebitum ſolutum poſſunt condicere, aut ſi condictio eis danda eſt, vtrique dari debet vnicuique pro rata & viili, vt in *l. ſi pœna 19. §. vlt. ſup.* non ei ſoli qui poſterior ſoluit. DEC. Condictio indebiti datur, quoties ſolutum eſt id quod ſolutionis tempore indebitum fuit, licèt antea fuerit debitum. Refertur enim condictio hæc ad tempus ſolutionis, niſi quod ſufficit etiam indebitum eſſe eo tempore, quo agitur condictione indebiti. Atqui in propoſita ſpecie, cùm duo pro reo fideiuſſiſſent decem, ponimus reum deinde tria ſoluiſſe, poſtea fideiuſſores ſingulos quina ex ordine, verum eſt dicere, non niſi ſeptem fuiſſe debita, cùm quinque ſoluta ſunt ab illo ex fideiuſſorib. qui prior ſoluit, quib. quinque ſolutis, duo tantùm ex decẽ in obligatione ſuperfuerunt. Conſequens igitur omninò eſt, vt fideiuſſor qui poſterior quinque ſoluit, ſoluat tria plus debito. Soli ergo ei condictio cõpetit, vt tria quæ plus debito ſoluit, poſſit repetere, alij enim debitũ ſoluerunt *l. vlt. §. Titius infr. hoc tit.* Diuerſum eſt, ſi fideiuſſores pariter quina ſoluerint, id eſt, eodem tempore, ita vt neſciri poſſit quis prior aut poſterior ſoluerit, vt in *d. l. ſi pœna §. vltim. ſupr.* vbi rationem differentiæ attulimus. Iunge *l. ſed etſi quid 25. §. 1. ſupr. de vſufruct.*

26. IDEM libro viceſimo ſexto ad Edictum.

SI non ſortem quis, ſed vſuras indebitas ſoluit, repetere non poterit, ſi ſortis debitæ ſoluit. ſed ſi ſupra legitimum modum [a] ſoluit: Diuus Seuerus reſcripſit, (quo iure vtimur) repeti quidem non poſſe: ſed ſorti imputandum: &

ſi poſtea ſortem ſoluit, ſortem quaſi indebitam repeti poſſe [b]. Proinde & ſi antè ſors fuerit ſoluta [c], vſuræ ſupra legitimum modum ſolutæ, quaſi ſors indebita, repetuntur. quod ſi ſimul ſoluerit [d], poterit dici, & tunc repetitionem locum habere.

*Ad l. Si non ſortem 26.*

RAT. DVB. Indebiti ſoluti condictio ei qui ſoluit competit. Atqui ſunt indebitę vſuræ, quę nullomodo, aut aliter quàm per ſtipulationem promiſſæ ſunt, indebitæ quidem iure ciuili, etiamſi pactum nullum interceſſerit, niſi ſtipulatio ſubſecuta ſit *leg. quamuis 3. Cod. de vſur. l. Titius 24. infr. de præſcrip. verb.* debitæ tamen naturaliter cùm ex nudo pacto, ſi eo modo promiſſæ ſint. Ergo quamuis ſors debita fuerit, ſi tamen vſuræ debitæ non fuerint, quia nullomodo promiſſæ ſunt, & ſolutæ ſint, dicendum eſt condici eas poſſe: nihil ſiquidem vetat ſortem deberi, vſuras verò non deberi: quia non quemadmodum vſuræ tanquam acceſſoriæ ſubſiſtere abſque ſorte nō poſſunt: ita nec ſors ſine vſuris: poteſt principale eſſe ſine acceſſoriis, non item acceſſoria ſine principali, *l. cùm principalis 178. de reg. iur.* Non eſt igitur bona conſecutio, ſi quis dicat cum Vlpiano, ſortis debitæ vſuras indebitas & ſolutas condici non poſſe, ob id ſolùm quòd ſors debita fuerit, ſic enim legendum hîc eſt, *ſi ſortis debitæ ſoluit*, vt Florentiæ, non vt vulgo apud Accurſium *ſi ſorti debitas ſoluit.* Implicat enim contradictionem, ſi quis dicat vſuras & indebitas eſſe & debitas abſolutè, quamuis fieri poſſit, vt indebitæ ſint ciuiliter, debitæ autem naturaliter, quomodo locum hunc Accurſius ob vicium vulgaris lectionis interpretari coactus eſt. DEC. Qui beneficium ab aliquo accepit, hoc ipſo naturaliter obligatur ad ἀντίδωρα, & ad remunerationem, *l. ſed etſi 25. §. conſuluit ſupr. de hered. petit.* Atqui beneficium nec leue accipit, qui gratuitam pecuniam nullis ſiue per ſtipulationem, ſiue per pactum promiſſis vſuris accipit, ergo hoc ipſo ſe obligat ad ἀντίδωρα naturaliter, vt proinde ſi vſuras eius pecuniæ vltro ſoluat, non poſſit eas repetere tanquam indebitas, cùm naturaliter eas debuerit, illámque naturalem obligationem ea ſolutione agnouiſſe videatur, vt in *§. libertus 12. infr.* Vna enim liberalitas aliam liberalitatem facilè prouocat in perſona eius qui priorem accepit *l. ſi verò non remunerandi 12. §. ibidem Papinianus infr. mandat.* Vnde eſt quod cùm debitor gratuita pecunia vtitur, id eſt, pro qua vſuræ nullæ promiſſæ ſint, poteſt tamen creditor de fructibus rei ſibi pignoratæ ad legitimum vſque modum vſuras retinere *l. cùm debitor 7. infr. quib. mod. pignus vel hypoth. ſoluit.* Vbi notandum eſt Paulum non ita loqui, vt dicat poſſe creditorem fructus rei obligatæ retinere, ſed vſuras de fructibus, quaſi obligato ad ἀντίδωρα debitore, non quidem vt fructus pignoris præſtet creditori, ſed vt vſuras pecuniæ creditæ, ex fructibus rei obligatæ redigendas ad modum vſque legitimum. Quanto magis igitur ſi debitor ipſe ſoluat creditori vſuras, quamuis nullomodo promiſſas? Adeſt enim hoc caſu multo expreſſior voluntas creditoris vſuras debitori ſoluentis, quàm pignus dantis. Proinde locus hic intelligi debet de vſuris nullomodo promiſſis, atque ita etiam prætorio non minus quàm ciuili iure indebitis [ quæ enim nudo pacto promiſſæ ſunt ex iure prætorio debentur, quo pacta omnia quæ nec contra leges, nec contra bonos mores ſunt, cōſeruantur ad producendam non quidem actionem, ſed exceptionem *l. iuris gentium 7. §. ſed cùm nulla & §. ait prætor ſupr. de pact.* ] ſed tamen ſi ſoluantur debitis in vicem remunerationis, &, vt clarius dicam, vſuras iure ciuili debitas facit ſtipulatio; iure prætorio pactum nudum, at in vicem remunerationis ſola earum ſolutio, aut fructuum pignoris perceptio *d. §. conſuluit, & dict. l. cùm debitor.* Itaque priuſquàm ſoluantur, omninò indebitę ſunt, at vbi ſolutę ſunt, debitæ reperiuntur naturaliter, tanquam agnita, vt diximus, per ſolutionem ea naturali obligatione. Atque ita locus hic meo iudicio intelligi debet, non quomodo Accurſius intelligit de vſuris nudo pacto promiſſis. Non enim dici poſſunt illæ indebitę, licèt nullo interueniente ſtipulationis vinculo exigi non poſſint.

a *Sed ſi ſupra legitimum modum.* RAT. DVB. Ex demum vſuræ videntur in vicem remunerationis, & iure ἀντιδώρου debitæ, quæ licèt promiſſæ nullomodo fuerint, ſolutę tamē ſunt vltro à debitore, vt modò diximus. Ergo etiamſi ſupra legitimū modū ſolutæ ſint, dicendū tamen eſt, nō eo magis repeti eas poſſe: modus enim legitimus vſurarum, id eſt, qui olim à legibus præſcriptus fuit, hodie autem à Iuſtiniano in *l. eos 26. C. de vſur.* exigēdis tantùm, aut promittendis etiā pecuniis, non vltro & liberaliter ſoluendis præſcriptus eſt: & cōſequenter nec in ſortem imputandū eſt, quod in cauſam vſurarū nominatim exſolutū eſt. DEC. Quod lege fieri prohibitum eſt, non magis tacita quàm expreſſa conuentione fieri poteſt, ne quod vna via prohibetur, concedatur altera *l. ſcire oportet 21. §. 1. infr. de legit. tutor l. magis puto §. §. ſi pupillus de reb. eor. qui ſub tutel.* Atqui leges non patiuntur vſuras immoderatas aut exigi, aut promitti, non ob id ſolùm quòd odioſæ ſint, ob naturam pecuniæ [ eſt enim pecunia res ſui natura ſterilis, quæ aliā pecuniam gignere & parere non poteſt ] ſed etiam quia facilè in infinitū, aut ſaltem in immenſum excurrerent, niſi certo modo coercerētur, tum quoque cùm vltro & donandi animo ſoluerentur, *arg. l. penult. §. 1. infr. de donat. iunct. l. Aquilius 27. eod.* Ergo nec ſupra legitimum modum ſolui eas etiam ex remunerationis cauſa permittendum fuit. Proinde meritò Diuus Seuerus reſcripſit, repeti quidē eas nō poſſe, cùm ad legitimum vſque modum fuerint naturaliter, vt diximus, debitæ, ſed tamen quatenus legitimum modum excederent, ſorti imputandas eſſe, vt ex eo ſolutionis grauioris incommodo, debitor liberationem catenus conſequatur, vt & in *l. creditor 102. §. vlt. de ſolut.* Ita fit, vt ea ſolutio, quæ condictionem vſurarum illegitimarum parere non poteſt, quia ſortem debitam eſſe verum eſt, pariat liberationem ſortis pro ea parte, pro qua condictionem alioqui competere neceſſe eſſet.

b *Etſi poſteà ſortem ſoluit, ſortem quaſi indebitam repeti poſſe.* RAT. DVB. In omnibus numerationibus & ſolutionibus maximè inſpiciendum eſt qua mente factæ ſint, ne actus operetur vltra intentionem agentis *l. non omnis 19. & præced. ſupr. de reb. credit.* Et quamuis plerūque dubitetur, an ſolutio ſimpliciter facta in ſortem cedere debeat, an in vſuras, vt in

l. 1.

*l.in his 5.§.1.l.cùm ex pluribus 97.infr.de ſolut.l.1. Cod. eod.* cùm tamen conſtat, in cauſam ſortis ſolutum fuiſſe, aut in cauſam vſurarum, dubitationi locus nullus relinquitur, an ſorti imputandum ſit, quod in vſuras ſolutum eſt, an contra. Atqui in propoſita ſpecie ponimus ſolutas eſſe vſuras quaſi vſuras, non quaſi ſortem, & ſortem debitam fuiſſe, quamuis vſuræ fuerint indebitæ. Ergo ſi poſt ſolutas vſuras indebitas, etiam ſors quæ verè debebatur, ſoluta ſit; non eſt admittendum vt ob factam ſolutionem vſurarum indebitarum, ſors quaſi indebita repeti poſſit. DEC. Cùm vſuræ omninò indebitæ fuerunt & ſolutæ vltra legitimum modum, ſicuti vſque ad legitimum modum quaſi naturaliter & ob *αἰτίδομα* debitæ, vt ſuprà diximus: ita quod modum legitimum excedit, non poteſt ad cauſam vſurarum proficere, quæ non magis poſtquam ante ſolutionem debitæ fuiſſe intelliguntur. Ergo neceſſe eſt, vt ſortem ipſo iure minuant, tantúmque ex ſorte decedat, quantum ex ſolutione vſurarum vltra legitimũ modum ad creditorem peruenit, conſequenter ſi ſors ipſa quaſi adhuc tota debita ſoluta ſit, fatendum eſt poſſe cõdici quaſi indebitam ſortem illam quæ poſteriore loco ſoluta eſt. Fieri enim nequit, vt poſterioris ſolutionis tempore indebitum non ſit, quod iam ſolutum inuenitur *l.prox.ſup.l.vlt.§.Titius 2.infr.hoc tit.*

e *Proinde etſi antè ſors fuerit ſoluta.* RAT. DVB. Vſuræ poſt ſortẽ ſolutæ ſupra legitimũ modũ, non poſſunt minuere ſortem iam ſolutam *l. indebitas 18. C.de vſur.* Ergo nec iure ſortis repeti, ſed potius iure vſurarum, quod & innouere videtur Philippus Imperator in *d.l.indebitas*, contra quàm hîc ab Vlpiano ſcriptum ſit.

DEC. Vſurarum ſolutio, quæ non poteſt proficere ad minuendam ſortem iam ſolutam quæ fuit debita, prodeſt ad eam augendam, vt quemadmodũ fuit debita quatenus primùm ſoluta eſt, ita & ſit indebita, quatenus ex vſurarum illegitimarum facta poſtea ſolutione aucta eſt. Ergo quod vſurarũ illegitimarũ nomine poſt ſolutã ſortẽ ſolutũ eſt, cõdici tãquam indebitũ poteſt, ſed iure ſortis non vſurarũ ac ſi is, qui cùm centum deberet, quinquaginta præterea ſoluit ſupra legitimum modum vſurarum, centum & quinquaginta ſortis nomine ſoluiſſet. Neq; pugnat quod in *d.l.indebitas* ſcriptum eſt, vſuras poſtea ſolutas repeti poſſe: id enim ex hoc loco ita intelligendũ eſt, vt tamen non quaſi vſuræ, ſed quaſi ſors repetantur. Cur verò non quaſi vſuræ, cũ tanquam vſuræ ſolutę ſint? Ideo fortaſſe quò vſuras illegitimas lex nullomodo agnoſcit, ac ne quidem vſurarum nomine dignatur, vſuras enim ius facit, & vſuræ non natura, ſed iure percipi dicuntur in *l. ſi nauis 62. ſup.de rei vind.* Subtilis ſanè quæſtio hæc eſt, habuitque diſſentiẽtes prudentes veteres, vt apparet ex *d.l.indebitas*, ſed & ſubtilior & verior opinio illa eſt quam Vlpianus hîc probat, nec Imperator improbat in *d.l.indebitas.*

d *Quid ſi ſimul ſoluerit?* RAT. DVB. & DEC. ad hunc verſicul. eadem eſt quæ ad ſuperiorem. Nam videbatur eum qui ſortem ſimul cum vſuris illegitimis ſoluit, partim ſortẽ ſoluiſſe, partim vſuras illegitimas, atque ideò non ſortem, ſed tantùm id quod ſupra legitimum modum vſurarum ſoluit, condicere eum debere. Sed magis eſt, vt quod vſurarum illegitimarum nomine ſolutum eſt, cùm vſuris imputari non poſſit, ſorti imputetur, nouámque ſortẽ faciat, ſed indebitam totam, quæ priori debitæ accedat. Quicquid enim ſupra legitimum modum vſurarum promittitur, pro non adiecto quidem habendum eſt *l.placuit 29 infr.de vſur.* ſed non æquè pro non ſoluto, quod ſolutũ eſt ſupra legitimum modũ. Ergo dicendũ eſt, hoc quoq; caſu repetitionem illicitarũ vſurarum locum habere, ſed tãquam ſortis, non tanquam vſurarũ, vt in ſpecie præcedente, cùm occaſione ſortis fuerint ſolutæ, vt & Bartol. hîc tractat. Aliud eſt ſi quis inuicem creditor idémque debitor ſit ante factam à ſe ſolutionem. Nam in iis caſibus in quibus compenſatio locum non habet, ſi ſoluat, non habet condictionem, ſed ſui tantùm crediti petitionem *leg. qui inuicem 30.* vbi dicemus *infr.* In propoſito autem caſu is qui vſuras illegitimas ſoluit, non fuit ante ſolutionem creditor; ſed factus eſt per ſolutionem.

1 ¶ Supra duplum autem vſuræ, & vſurarum vſuræ, nec in ſtipulatum deduci, nec exigi poſſunt: & ſolutæ repetuntur: quemadmodum futurarum vſurarum vſuræ [a].

*Ad §.1. Supra duplum autem.*

RAT. DVB. Vſuræ non propter lucrum petentium, ſed propter moram non ſoluẽtium infliguntur *l. cum quidam 17.§.ſi pupillo infr.de vſur. l. Titia Seia 87.§.vſuras de legat.2.* Moram autẽ ſuam cuique nocere æquum eſt *l.in condemnatione 173.§ pen. de reg.iur:* & conſequenter ea pœna coerceri, quæ contrahẽtibus placuit. Quidni ergo etiam ſupra duplũ promiſſæ per ſtipulationem vſuræ & exigi poterunt & ſolutæ, multóque magis ſolutæ retineri?

DEC. Honeſtus modus ſeruãdus eſt in omnibus; non immoderata cuiuſque affectio & auaritia ſubſequenda *l.ex damni 40.in princip. infr. de damn. infect.* Quæ autem vſuræ ſupra duplum promittuntur, aut exiguntur, aut ſoluuntur, honeſtum modum excedunt, cùm creditori cuilibet quantumuis auido & auaro ſatis eſſe debeat, quòd ſortis ſuæ duplum ex vſuris conſecutus ſit, nec ferendus eſt, ſi quid ſupra duplum aut exigere velit, aut retinere, licèt alio nomine quàm vſurarum & pœnæ nomine. Videtur enim illa promiſſio facta in fraudem legitimarum vſurarum, ideóque nec valet *l.pecunia 9. l.pœnam 44. infr.de vſur.l. 4.de nautic.fœnor.* Quò etiam reſpexiſſe videtur Iuſtinianus in *l.vnic. C.de ſent. quæ pro eo quod inter.* vbi conſtituit, vt nec id quod intereſt, poſſit in caſib. certis duplum excedere, cùm tamen longè fauorabilior cauſa ſit eius quod intereſt, quã vſuræ: æſtimatur.n. id quod intereſt, ex eo quod mihi re vera abeſt, quodq; lucrari potui *l. ſi commiſſa 13 infr. rat. rem haber.* Idẽ eſt de vſurarũ vſuris: nimia.n. auaritia, & nimis improbũ fœnus eſt, ſi quis velit vſurarũ vſuras non ſolutas quãuis per ſtipulationem promiſſas exigere, aut etiã ſolutas retinere, propter quod etiam infamiæ macula huic hominũ generi irrogatur *l. improbũ fœnus 20. C.ex quib.cauſ.irrog. infam.* Et quia plerique ne vſurarũ vſuras exigere videãtur; vſuras præteritas in ſortẽ cõuertunt, vt non vſurarum, ſed

Digitized by Google

ſortis vſuras exigant, Iuſtinianus noſter æquiſſima conſtitutione hoc diſtrictè prohibuit in *l. vlt. C. de vſur.* id eſt, ne qua conuentione vſuras etiam præteritas in ſortem redigere liceat, alioqui, inquit, non rebus, ſed verbis lex impoſita videretur. Et tamen non dubitant pragmatici noſtri adfirmare, poſſe fieri per conuentionem & ſtipulationem, vt ſolutas vſuras, aut pro ſolutis habitas poſſit creditor debitori in nouam ſortem computare, quaſi ex nouo contractu, nouóque mutuo atque ita vſurarum vſuras exigere, ſecuti errorem Accurſij in *dict. l. vlt.* quem tamen à cæteris interpretibus communiter improbatum eſſe Caſtrenſis ibidem teſtatur. Et rectè, nihil enim apertius eſt, quàm ea ratione aut potius ſubtilitate fraudem fieri conſtitutioni, nec tantùm ſententiam, ſed etiam verba Iuſtiniani apertè violari. Quod nos pluribus oſtendimus in Chiliade noſtra *de error. pragmatic.*

a *Quemadmodum futurarum vſurarum vſura.* Caue ne hoc ita intelligas, quaſi futurarum dumtaxat vſurarum non etiam præteritarum vſuræ prohibitæ ſint (omnes enim omnimodo prohibentur, vt modò diximus ex *l. vlt. C. de vſur. l. placuit 29. infr. eod. illo tit. l. improb. 20. C. ex quibus cauſis infam. irrog.*) ſed quia nec futurarum vſurarum magis quàm præteritarum vſuræ permittendæ ſunt, licèt fauorabiliores videri poſſint, ea maximè ratione quòd in poteſtate ſit debitoris eiuſmodi vſurarum præſtationem euitare ſoluendo priores, vt proinde ſibi debeat imputare, ſi non ſoluat *argum. dict. leg. pecunia 9. §. 1. l. Seio 12. infr. de vſur.* Sed non ita eſt, quia vſurarum vſuræ ſiue præteritarum ſiue futurarum nunquam permittendæ ſunt, nec ferendus vllomodo anatociſmus *d. l. vlt.* ratione etiam illa, ne acceſſionis detur acceſſio, quia nec datur accidens accidentis, vt aiunt Philoſophi. Adeò autem verum eſt, non deberi vſuras vſurarum, vt nec fideiuſſor eo nomine dari poſſit, quia cùm lex obligationi reſiſtit, vt Bartolus loquitur, non poteſt ei accedere fideiuſſor *l. is cui bonis 6. de verb. oblig.* cùm per mediam fideiuſſoris perſonam ad reum peruenitur *l. cùm lex 46. de fideiuſſ. l. non dubium 5. C. de legibus.*

2 ¶ Si quis falsò ſe ſortem debere credens, vſuras ſoluerit, poteſt condicere, nec videtur ſciens indebitum ſoluiſſe.

*Ad §. 2. Si quis falsò.*

Rat. dub. Aliud eſt ſortem promittere & debere, aliud verò vſuras, nec quicquam vetat ſortē debitam eſſe, vſuras verò indebitas, vt diximus initio huius legis. Ergo quod quis falsò crediderit ſe ſortem debere, non poteſt facere quominus etiam ſciens videatur vſuras indebitas ſoluiſſe, ſi eas ſoluerit, quas ſciebat nec per ſtipulationem, nec per pactum à ſe promiſſas fuiſſe. Atquin is qui ſciens ſe non debere indebitum ſoluit, non poteſt condicere *l. quod quis 50. infr. l. ſi is qui 24. ſupr. hoc tit.* cuius enim per errorem ſoluti repetitio eſt, eius conſulto dati donatio eſt *l. cuius per errorem 53. de reg. iur.* Ergo non eſt permittendum ei qui vſuras indebitas ſoluit, ſciens, vt eas condicat, quamuis ſortem ſe debere falsò putauerit. Dec. Quiſquis putat ſe ſortem debere, quamuis eam non debeat, fieri nequit, vt vſuras indebitas ſciens ſoluat, ſi quidem quiſquis ſortem debet hoc ipſo licèt vſuras non debeat, neque ciuiliter neqoe naturaliter, ſi tamen eas ſoluat, videtur facere debitas, nec repetere illas poteſt, vt ad principium huius legis docuimus. Ergo quemadmodum nemo dicitur ſoluere ſciens ſortem indebitam quam putat ſe debere: ita nec dici quiſquam poteſt ſciens ſoluere indebitas vſuras eius ſortis quam falsò debere ſe arbitratur. Et hæc loci huius ſententia eſt, non quam Accur. & Bartol. cōminiſcuntur de vſuris, quas debitor cùm ſciret ſe nullas debere, tamen promiſerit, vt ſe à vexatione & neceſſitate ſortis citius ſoluendæ liberaret. Nimirum intelligere non potuerunt, quomodo fieri poſſit, vt vſuræ nullomodo promiſſæ debeantur ſortis quantumlibet debitæ. Itaque probat optimè hic locus noſtram interpretationem ad primam huius legis ſententiam.

3 ¶ Indebitum autem ſolutum accipimus, non ſolùm ſi omninò non debeatur, ſed & ſi per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat, quare hoc quoque repeti poterit: niſi ſciens ſe tutum exceptione, ſoluit.

*Ad §. 3. Indebitum.*

De huius §. ſententia & ratione iam ſcripſimus ad *l. ſi is qui 24. ſupr.* Eſt enim vtriuſque loci ſenſus idem, indebiti condictionem competere non ſolùm ſi omnino indebitum ſit, quod ſolutum eſt, ſed etiamſi debitum ipſo iure fuerit, exceptio tamen perpetua debitori competierit ad ſummouendum creditorem, ne in effectu exigere quicquam potuerit, item eum qui ſciens ſe tutum exceptione perpetua nihilominus ſoluit, repetere non poſſe, quia donaſſe videatur *l. cuius per errorem 53. de regu. iur. l. ſi quis delegauerit 12. inf. de nouat. & delegat.* Idem ſcriptum eſt in §. *qui filiofamilias hac leg. & in l. qui exceptionem 40. inf.* Eædem igitur ſunt dubitandi & decidendi rationes ad vtrumque locum. Excipit Accurſius exceptiones perpetuas Macedoniani & rei iudicatæ ex *d. l. qui exceptionem & l. iudex 28. l. Iulianus 64. infrà hoc tit.* Nos ibi dicemus.

4 ¶ Si centum debens, quaſi ducenta deberem, fundum ducentorum ſolui: competere repetitionem, Marcellus libro viceſimo Digeſtorum ſcribit: & centum manere ſtipulationem: licet enim placuit, rem pro pecunia ſolutam,

parere

Digitized by Google

parere liberationem: tamen, ſi ex falſa debiti quantitate, maioris pretij res ſoluta eſt, non fit confuſio partis rei cum pecunia. nemo enim inuitus compellitur ad communionem. ſed & condictio integrę rei manet, & obligatio incorrupta. ager autem retinebitur, donec debita pecunia ſoluatur[a].

*Ad § 4. Si centum.*

RAT. DVB. Res ſoluta pro pecunia parit liberationem puta ſi fundus ſolutus ſit pro centum, dũmodò ea ſolutio volenti creditori facta ſit: nã quẽadmodum aliud pro alio ſolui creditori initio non poteſt *l. 2. §. mutui datio ſupr. de reb. credit.* ita nec quicquam vetat aliud pro alio ſolui volenti *l. manifeſti 17. l. obtera 20. C. de ſolut. l. pretij cauſa 9. C. de reſcind. vendit. l. 5. §. an poteſt infr. de pecun. conſtit. & Inſtit. tit. quib. modis tollit. oblig. in princip.* nec enim volenti fieri poteſt iniuria *l. in diem 9. § 1. inf. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Ergo ſi centum debens quaſi ducenta deberem, fundum ducentorum ſoluerim, dicendum eſt eiuſmodi ſolutione partam mihi eſſe liberationem pecunię debitæ, id eſt, centum aureorum, nec proinde repetitionem fundi poſſe mihi competere, niſi pro parte dimidia, quaſi pro ea tantùm parte ſoluto indebitè fundo. Quid enim vetat fundum pro parte ſolutum eſſe debitum, pro alia verò parte indebitum, ſiquidẽ fundus ex earũ rerũ numero eſt, quæ commodã diuiſionem recipiunt *l. 1. C. commun. diuid.* DEC. Nemo inuitus compelli poteſt ad communionem, in qua nec remanere quiſquam inuitus cogitur *leg. vlt. Cod. hoc tit.* propter diſcordias, quas materia communionis excitare ſolet, quomodo loquitur Papinianus in *leg. cùm pater 77. § dulciſſimis de legat. 2. l. in re communi 26. de ſeruit. vrban. præd. ſup.* niſi cùm neceſſitas & impoſſibilitas diuiſionis communionem inducit, vt in *l. 3. §. vlt. & l. 4. ſup. de rei vindic.* aut cùm cõuenit, ne intra certum tempus à communione diſcedere liceat vt in *l. in hoc iudicium 14. § ſi inter ſocios ſup. commun. diuid.* Nam quod Accurſ. aliter excipit etiã caſum illũ, de quo Iuſtinianus in *l. 1. §. ad hæc C. de annal. except.* vbi conſtituit, vt nemo audeat neque familiæ erciſcundæ neque communi diuidundo, ſicut neque alterius perſonalis vllius actionis vitam vltra triginta annos extendere, ad rem non pertinet. De præſtationibus enim perſonalibus intelligi id debet, quæ in iudicium familiæ erciſcundæ & communi diuidundo veniunt *l. item Labeo 22. § familiæ ſup. famil. erciſcun. l. 1. ſup. commun. diuid.* non etiam ita vt poſt annos triginta cogantur condiuiſores manere in communione, nec diuiſionem poſtulare poſſint, quod eſſet ridiculum. Atqui ſi cum tibi centum duntaxat deberẽ, cùm ducenta debere me putarem, ſoluerim tibi fundum ducentorum pro ducentis, eueniet, vt incidere nos in fundi communionem neceſſe ſit, ſi non liceat mihi totum fundum cõdicere. Pars enim fundi penes te manebit tanquam data tibi in ſolutum, & pars altera iure condictionis ad me redibit, atque ita fundus ille inter nos pro æquis partibus communis erit, & quidem inuitos, quod eſſet abſurdum. Neceſſe igitur eſt dicere per eam fundi ſolutionem non fuiſſe ſublatam obligationem cẽtum aureorum, qui re vera debebantur, cùm ea datio in ſolutum valere in totum non potuerit, nec rurſum pro parte: & ita manente illa obligatione integra, totius fundi repetitionem competere. Quoties enim ex falſa debiti quantitate, id eſt, pro maiore ſumma, quæ debita eſſe credebatur, quàm quæ debebatur maioris pretij res ſoluta eſt, non fit confuſio partis rei cum pecunia, alioqui compelleremur inuiti ad communionem. Ergo fundi integri condictio manet, & obligatio incorrupta, id eſt, non extincta per dationem in ſolutum: ſolutio enim, quæ non parit liberationem, parit neceſſariò condictionem: & è contrario, quæ liberationem parere non poteſt, parit condictionem *§. ſi decem infr. l. cùm is 32. §. 1. l. ſi centum l. qui hominem 34. §. vlt. l. cùm quis 38. §. 1. & ſeq. inf. de ſolut.* Et generaliter cùm amplius ſolutũ eſt, quàm debebatur, nec inuenitur pars, quæ repeti poſſit, totum eſſe indebitum intelligitur manente priſtina obligatione *l. cum amplius 184. in princ. de regul. iur. l. ſi is qui 56. § dicitur de iur. dot.* Nec proinde refert, cum de datione in ſolutum tractamus, an facta ſit ex cauſa, quę falſa ſit in totum, an ex ea, quę pro parte, idque propter indiuiduitatem cõtractus vt ita dicam *arg. leg. cam ex cauſa 139. de verb. oblig.* & quia is qui fundum integrum in ſolutum dedit ex debiti cauſa pro parte falſa, credendus eſt non fuiſſe partem daturus, nec is qui accepit partem accepturus effugiendæ communionis gratia *l. tutor 47. §. 1. ſupr. de minor. l. ſi quis aliam 47. infr. de ſolut.* vbi hanc ob ipſam rationem dicitur, ſi res in ſolutum data creditori pro parte euicta ſit, dandam ei eſſe, vt antea, totius debiti petitionem, ac ſi vel nulla datio in ſolutum facta, vel tota res in ſolutum data euicta eſſet. Aliam rationem adfert Bartolus in iis rebus, quæ in ſpecie conſiſtunt, quia, inquit, non tantum valet pars ſeparata à toto, quantum ſi aliis partibus vnita eſſet in toto ex *d. l. leg. ſi quis aliam & leg. quod autem 11. §. vlt. infr. de in diem addict. & l. gib. ſeqq.* Sed hæc ipſa ratio non aliam rationem habet, quàm quia per acquiſitionem totius fundi nulla inducitur communio, quæ per acquiſitionem partis induceretur. Facit enim hæc ratio pretioſiorem totum fundum, quatenus totus eſt, quàm ſit pars, quatenus pars eſt. Nec pugnat quod ex Marcello Vlpianus ſubiicit in *§. ſequent.* Si quis pecuniam debens oleum dederit pluris pretij, quaſi plus debens, vel cùm oleum deberet, oleum dederit, quaſi maiorem modum olei debens, non totum oleum eſſe repetendum, ſed ſuperfluum olei duntaxat, & ob hoc peremptam eſſe obligationem. Id enim fit, quia per eiuſmodi dationem in ſolutum nulla incidit communio inter dantem & accipientem, non magis quàm ſi pro fundo debito pecunia in ſolutum daretur, vt in *§. idem Marcellus 6. inf.* Idémque euenit data in ſolutum qualibet alia re quæ in genere conſiſtat. Recipiunt enim res eiuſmodi functionem in ſuo genere. Sed ſecus eſt in iis, quæ in ſpecie conſiſtunt, quia non æquè recipiunt functionem in ſua ſpecie.

a *Ager autem retinebitur donec debita pecunia ſoluatur.*

RAT. DVB. Non debet res indebita pro ea, quę debita eſt, retineri *leg. vltim. Cod. de commod. leg. obtentu 5. Cod. de crimin. expil. hered.* Atqui in propoſita ſpecie ager omnino indebitus eſt, pecunia autem debita, vt diximus. Ergo non poteſt ager retineri, donec debita pecunia ſoluatur.

DEC. Multum refert, an res indebita ſit penes

créditoré,ſine aliqoo debitoris facto,an iure aliqon quod à debitoris facto & voluntate cauſam traxerit,priore caſu non eſt locus retentioni,nec ſi res illa ad creditorem ſine vicio peruenerit, oiſi fnrtè ob impenſas, quæ circa rem illam & in eius vtilitatem factæ ſint,vt in *l.ſi in area 33. infr.hoc tit. l. in rebus 18.§. poſſunt infr.commod.l.qua ratione 9.§.litera de acquir.rer. domin.* l. *Paulus 14. de doli mal. except.* Poſteriore verò locus eſt, ſiue res illa fuerit à dominn pignnri data, cùm etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri poſſit *l.vnic. Cod. ill.tit.etiam ob chirogra.pecun. pign.retin.poſſ.* ſiue, ac multo magis, ſi eius rei dominium in accipientem tranſlatum fuerit, vt in hac ſpecie. Etſi enim fundus in ſolutum datus condicitur, propter vicium dationis in ſolutnm, non eo minùs tamen verum eſt alienatum eſſe fundum, eiúſque tranſlatum fuiſſe dominium, quod alioqoin condici & repeti nnn poſſet, cùmqoe plus ſit dominium habere, quàm ius pignoris, quídni retinebitur, dnnec ea ipſa præſertim pecunia ſoluta ſit, ob quam datus fuerat fuodus in ſolutum? Quídni etiam ob chirographariam pecuniam, licèt ea res oeque ſit, neque voquam fuerit iure pignoris obligata? plus ſiquidem iuris habet in re, vt diximos, qui dominium eius habet, quàm qui nudum ius pignoris l.*in bello 12.§.ſi quis ſeruum infr. de captiu. & poſtlim.* Quamquam longè maior ratio eſt, vt retentio detur propter eam pecuniam cuius nccaſione res ad creditorem peruenit, vt Bartolus loqoitur, quàm propter aliam *l. eleganter 24. §. qui reprobos infr. de pignor. act. leg.ſi non inducta 5. Cod. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contr.* Sic dicimus, ſi pignus ſub haſta venditum ſit, perperam tamen nec ſeruatis ſolemnibus dandam eſſe emptori retentiooem, donec ſoluto debito propter quod pignnris diſtractio facta eſt, ſi modn facta ſit pro debito, eóque iure vtimur, argumento præcipuè ſumpto ex hoc §. vt ſcripſimus in Codice Fabriano *Tit.de diſtract pignor.* Iunge *l.ſi neceſſarias 8.§ ſi pignori infr.de pignor.act. l.quod dicitur 5.de impenſ. in res dotal. fact. l. ſeruus 30.infr. de action.empt.*

5 ¶ Idem Marcellus ait,ſi pecuniam debens, oleum dederit pluris pretij,quaſi plus debens,vel cùm oleum deberet, oleum dederit, quaſi maiorem modum debens:ſuperfluum olei eſſe repetendum,non totum: & ob hoc peremptam eſſe obligationem.

*Ad §. 5. Idem Marcellus ait.*

RAT. DVB. Datio in ſolutum vitiatur in totum, ſi in aliqua vel minima parte facta ſit plus debito,ideóq; & obligatin incorrupta manet,& quod ſolutum eſt,coodicitur,vt ſcriptum eſt in §.*præcedente.* Atqui cùm pecuniam debens oleum dedit pluris precij quaſi plus debens, aut cùm olenm deberet, nleum dedit quaſi maiorem modum debeos, negari non poteſt, quin aliqua ex parte ſolutum ſit plus debito, nec proinde quin datio in ſolutum vitiata ſit in totum. Ergo dicendum eſt nno modò ſuperfluum olei eſſe repetendnm,ſed tntum, & conſequeoter integram manere obligationem. DEC. Non omnis datio in ſolutum, quæ ex aliqua parte ſit pro indebitn vitiatur tota, ſed ea demum per quam niſi viriaretur, fieret vt coorrahentes compelletentur inniti in communionem.Hoc verò non cootingit, niſi cùm datus eſt fundus in ſolutum, oon etiam cùm alia res quælibet recipiens functionem in ſuo geoere,cuiuſmodi ſunt oummi, nleum, vinum, & alia huius geoeris quæ conſtant pondere, onmero & menſura, quia hia caſibus non iliud ipſum quod ſolutum eſt, repetitur, ſed tantundem, ideóque nihil eſt,quod fiat commuoe inter eum qui dat, & eum qui accipit. Itaque non pugnat hic §. cum præcedente,nec rurſum is qui ſequitur, ſed ad aliam ſpeciem pertineot, nec niſi rationem dubitandi ex priore deſumnnt.

6 ¶ Idem Marcellus dicit:ſi cùm fundi pars mihi deberetur, quaſi totus deberetur,æſtimatione facta, ſolutio pecuniæ ſolidi pretij fundi facta ſit: repeti poſſe non totum pretium, ſed partis indebitæ.

*Ad §. 6. Idem Marcellus dicit.*

RAT. DVB. & DECID. eadem eſt quæ ad §.præcedentem. Nam ſi cùm pars duntaxat fundi mihi deberetur, nec ego proinde niſi partis precium deberem,ſoluerim tamen totius fundi æſtimationẽ,quaſi totus fundus mihi deberetur,non alia condictionis indebiti ratio conſtitui poſſe videbatur, quàm ſi vẽditor putans ſe totum fundum debere, totum mihi ex cauſa venditionis tradidiſſet, quo caſu totum fundnm vtique poſſet condicere,& partis tradendæ obligatio integra maneret. Cur non ergo perinde totum precium potero coodicere,quod totum ſolui, cùm partem duntaxar deberem? An non eoim eadem in nmnibus debet eſſe cauſa emptoris quæ venditoris, cùm hic contractus ſit, vltro citróque nbligatorius? *leg.1.Cod.de contrah. & committ. ſtipul.* Aut quid poteſt intereſſe, an totus fuodus ſolutus ſit, an totius fuodi æſtimatio? Sed dicendum eſt,aliam eſſe obligationem venditoris, aliam emptnris. Obligatur venditor ad tradeodam eam ipſam rem, quæ fuit vendita, & quæ in ſua ſpecie non recipit functionem. At emptor obligatur ad ſoluendum precium, qund cùm in pecunia numerata conſiſtere debeat, poteſt in aliis corporibus nummnrum reddi, quàm in quibus ſolutum fuit pro ea oimirum parte quam indebitè ſolutam ponimus *l.1.l.ex empto 11. §.1. infr.de action.empt.§.precium Inſtit. de empt. & vendit.* Proinde licet non detur mihi condictio totius æſtimationis ſolutæ, ſed partis duntaxat, oon idcirco tamen verendum eſt,ne incidamus in communionem, qood contingeret ſoluto fundo integro cuius pars duntaxat debebatur. Solius ergo partis quæ indebitè ſoluta eſt, coodictio dari mihi debet non totius precij quod ſolui.

7 ¶ Adeò autem perpetua exceptio parit condictionem, vt Iulianus libro decimo ſcripſit, ſi emptor fundi damnauerit heredem ſuum, vt venditorem

rem

rem nexu venditi liberaret, mox venditor ignorans, rem tradiderit: poſſe eum fundum condicere, idémque, & ſi debitorem ſuum damnauerit liberare, & ille ignorans ſoluerit.

*Ad §. 7. Adeo autem.*

RAT. DVB. & DEC. eadem eſt quæ ad §. *indebitum ſupr.* Sententia enim eadem eſt, perpetuam exceptionem parere condictionem. Exemplum autem ſubiicitur, ſi emptor fundi damnauerit heredẽ ſuum, vt venditorem nexu venditi liberaret. Nemo enim dubitat, quin ex eo liberationis legato acquiratur exceptio venditori, ſi ab emptore ad rem venditam tradendam ex empto conueniatur, quoniam & actio ei vltro daretur ex teſtamento ad petẽdam & conſequendem liberationem. Ratio tamen dubitandi ſpecialior in hoc caſu illa occurrit, quòd antequam ab herede liberetur venditor, negari non poteſt, quin & naturaliter & ciuiliter obligatus ſit, cùm neque teſtator eum liberauerit, neque heres fuerit in mora liberandi, vt Accurſius noſter hîc diſputat, exẽplo ſerui ab herede manumittendi qui quãdiu nec à teſtatore manumiſſus eſt, nec ab herede moram paſſus fuit, interim ſeruus manet. Sed ratio hęc illud tantùm facit, vt non obſtante liberationis legato poſſit venditor ab emptore conueniri tanquam ipſo iure obligatus ex empto ad tradendum, at non etiam vti ne habeat perpetuam exceptionem, qua ſe tueri poſſit, quod ſufficit ad inducendam condictionem *d. §. indebitum l. ſi is qui 24. ſuprà l. qui exceptionem 40. infr. hoc tit.* Eſt autem perpetua exceptio, quæ competit ex teſtamento, quo legata liberatio eſt, niſi proponas legatam eam fuiſſe ad tempus duntaxat, quo caſu ſicuti non niſi temporalis exceptio eſt, ita nec vllam condictionem parere poteſt *l. ſi quis reum 5. §. huic patri inf. de liber. legat. l. in diem 9. ſup. hoc tit.* Idem ergo eſt, & ſi creditor heredem ſuũ damnauerit, vt debitorem liberaret. Quamuis .n. debitor quandiu liberatus non eſt, obligatus maneat, habet tamen auxiliũ exceptionis perpetuę, qua tueri ſe poſſit ſi conueniatur, ideoq́; ſi ignorans interim ſoluat, habere condictionem, vt ſequitur in hoc §. Nam ſi ſciens ſoluerit, aliud eſt; nec condictionem habere poteſt, qui exceptionem illam perpetuam ſibi competẽtem remiſiſſe ac donaſſe intelligitur *l. ſi quis delegauerit 12. inf. de nouat.* dixi ad *d. l. ſi is qui 24. ſup.* Quid ſi teſtator nõ damnauerit heredem, vt debitorem liberaret, ſed eum ipſe liberauerit? Multo magis condictio danda erit debitori, qui ſoluerit ignorans, ſi Azoni credimus, qui debitorem hoc caſu adeo liberatum eſſe putat, vt neque naturaliter ſit obligatus. Sed ego nullam inter hos caſus differentiam eſſe arbitror, cùm non poſſit teſtator legare liberationem niſi per damnationem, quia cùm legatur liberatio, ea pecunia legari intelligitur, quæ iam in dominio debitoris eſt *l. 1. & 2. l. Aurelio 28. §. Caius de liber. legat.* Vtroq; igitur caſu exceptio neceſſaria erit legatario, ſi prius conueniatur, quàm ipſe vltro egerit, vt liberaretur. Et conſequenter vtroque caſu debitori, ſi ignorans ſoluerit, condictio competet.

¶ 8 Qui filiofamilias ſoluerit, cùm eſſet eius peculiaris debitor, ſi quidem ignorauit ademptum ei peculium, liberatur: ſi ſcit, & ſoluit, condictionem non habet, quia ſciens indebitum ſoluit.

*Ad §. 8. Qui filiofamilias.*

RAT. DVB. Non contingit liberatio debitori per aliam ſolutionẽ, quàm quæ facta ſit vero creditori, aut ſaltem vero procuratori veri creditoris *leg. creditoris 8. C. h. t. l. vero procuratori 12. & paſſ. inf. de ſolut.* Atqui peculiaris debitor filiifamilias, cui peculium ademptum eſt, deſinit per ademptionem debitor eſſe filiifamilias, nec poteſt filiusfamilias peculiaris eſſe creditor qui peculium nullum habet: nec refert an debitor ſciuerit ademptum eſſe filiofamilias peculium, an ignorauerit, non enim ſcientia aut ignorantia debitoris cauſam crediti immutare poteſt, neque filiumfamilias ex non creditore facere creditorem. Ergo is qui filiofamilias ſoluit, cum eſſet eius peculiaris debitor, ſi poſt ademptum peculium ſoluerit, quamuis ademptum ignorauerit, liberari non poteſt, quãdoquidem ex die ademptionis cœpit non alium habere creditorem quàm patrem, cui proinde non filiofamilias ſoluere debuit.

DEC. Solutio bona fide facta ei qui verus creditor aliquando fuit, nec creditor eſſe deſiit, niſi facto alterius quod debitor iuſtè ac probabiliter ignorauit, perinde liberat debitorem, ac ſi manenti vero creditori ſoluiſſet, non ob id ſolum, ne facto alterius circumueniatur ignorantia miſeri debitoris, cui nihil poteſt imputari, cùm alieni facti ignorãtia ſemper ſit probabilis *leg. vltim. infr. pro ſuo.* ſed etiam quia imputari è contrario poteſt ei, qui vel reuocando mandatum vel adimendo peculium, vel quid aliud faciendo cauſam creditoris mutauit, cur debitorem de eo non certiorauerit *leg. ſi quis ſeruo 18. leg. qui hominem 34. §. ſi Titium infr. de ſolut. §. rectè Inſtit. de mandat.* Denique bona fides tantum præſtare debet, quantum veritas, vbi lex impedimento non eſt *leg. bona fides 136. de regul. iur.* Atqui in propoſita ſpecie filiusfamilias quandiu peculium habuit, verè fuit peculiaris creditor ex cauſa peculiari, & quamuis deſierit eſſe creditor, cùm pater ei peculium ademit, imputari tamen poteſt patri, cur eam ademptionem non denuntiauerit debitori, ne poſtea filiofamilias ſolueret. Vnde enim potuit ille diuinare ademptum fuiſſe peculium, quod nec ademptum præſumitur ex ſola filiifamilias emancipatione, vel ſerui manumiſſione? *dict. leg. ſi quis ſeruo 18. de ſolut. iunct. leg. ſi fideiuſſor 29. § ſi cùm debitor infr. mandat. l. ſi putator 31. ſupr. ad leg. Aquil.* Ergo ſi debitor filiofamilias, cui peculium ademptum eſt, ſoluerit, antequam reſciret ademptum eſſe peculium, perinde liberabitur, ac ſi peculium ademptum non eſſet. Aliud eſt, ſi debitor ex nimia ſua credulitate bonam fidem velit inducere, puta ſi ſoluerit ei, qui nullum à creditore mandatum vnquam habuit, & quem tamen mandatum habere putabat, vt in *dict. leg. qui hominem §. ſi nullo de ſolut.* Non tam enim bona fides dicenda illa eſt, quã credulitas nimia debitoris, quam creditori nocere æquum non eſt *leg. 1. §. dolum ſup. de eo per quem factum erit quominus quis in iudic. ſiſt.* Iunge quæ ſcripſimus ad *leg. ſi quid poſſeſſor 31. §. vlt. ſupr. de hered. petit. & ad leg. ſi*

*procuratori 14. ſupr. de condict. cauſ dat. leg. eius qui in prouincia 41. ſupr. de reb. credit.* Malè tamen Accurſius hunc §. inducit ad quæſtionem de monacho fugitiuo, & quondam Syndico accipiente mutuam pecuniam, quaſi ex eo actu dicendum ſit Abbatem quoque & ciuitatem obligari, ſi is qui mutuam pecuniam dedit, ignorauerit. Difficiliùs enim eſt, vt inducatur obligatio quàm liberatio, quia proniores eſſe debemus ad liberationem quàm ad obligationem, *l. Arrianus 41. infr. de oblig. & action.* Planè ſi debitor ſciens ademptum eſſe filiofamilias peculium ei ſoluerit, neque liberatur, quia & ei ſoluit qui creditor non erat, & mala fide, neque habet condictionem, quia ſciens indebitū ſoluit, vt Vlp. hîc ſcribit.

9 ¶ Si filiusfamilias contra Macedonianum mutuatus ſoluerit: & patri ſuo hæres effectus, velit vindicare nummos: exceptione ſummouebitur à vindicatione nummorum.

*Ad §. 9. Si filiusfamilias.*

Rat. dvb. Filiusfamilias, qui contra Senatuſcōſultum Macedunianum mutuam pecuniam accepit, quamuis obligetur naturaliter, ideóque nō poſſit repetere quod ſoluit poſt patris mortem *leg. ſed ſi paterfamilias 9. §. vlt. & l. ſeq. inf. de SC. Macedon.* cū tamen patri heres extitit, non alio iure cenſeri poteſt, quàm alius quilibet heres patris, & quàm pater ipſe ſi viueret, cuius vicem repræſentat: non enim debet eſſe deterior condicio filijfamilias ob id, quòd filiusfamilias ſit, cùm ſit & heres *argum. l. 1. §. vlt. infr. ſi quis à parent. manumiſſ. ſit.* Atqui cùm filiusfamilias ſoluit viuo patre, non alienantur nummi, qui magis ſunt patris quàm filij, ſi non pater conſenſerit aut obligationi aut ſolutioni, & ideò vindicatio nummorum datur patri, & conſequenter cuilibet patris heredi, cùm eadem cauſa ſit & eſſe debeat heredis, quæ fuit defuncti *l. heredem 59. l. hereditas 62. de regul. iur. l. nihil eſt aliud hereditas 24. de verb. ſignific.* Ergo & filio ius idem competere debet, vt nummos illos vindicare poſſit, cùm in patris hereditate filiusfamilias plus iuris habeat quàm heres quilibet extraneus, vel ob hoc maximè quòd etiam viuo adhuc patre iam heres & dominus rerum paternarum eſſe intelligatur *l. in ſuis 11. infr. de liber. & poſth. l. 1. § largius de ſucceſſ. edict.* ita vt nulla ei aditione ſit opus ad acquirendam patris hæreditatem *l. in ſuis 14. de ſuis & legit.* Proinde ſi nummos contra Senatuſconſultum creditos, & viuo patre ſolutos filiusfamilias vindicet, nulla exceptione repellendus eſt, cùm ſuo iure id faciat, nec tanquam filiusfamilias, ſed tanquam heres patris arg. *l. ſi paterfamilias 15. §. 1. ſupr. de adopt. l. quadam 9. § nihil intereſt ſupr. de edend.* Dec. Nemini permittendum eſt, vt contra factum ſuum veniat ad ſuum commodum, licèt ex alio & nouo iure, & ex alterius perſona *l. poſt mortem 25. ſupr. de adopt. l. etſi is qui 10. infr. de diſtract. pignor.* dolo enim facit quiſquis per occaſionem iuris ciuilis contra naturalem æquitatem captat lucrum ex damno alieno *l. 1. infrà de doli mal. except.* Atqui filiusfamilias vindicans nummos, quos ex cauſa mutui ſoluerat viuo patre, licèt eos vindicet tanquam heres patris, venit tamen contra factum proprium. Ergo non debet ei permitti, vt nummos illos vindicet, quos ſi hodie ſolueret, repetere non poſſet, quamuis non eadem iuris ratio vindicationi obſtet, quæ obſtaret repetitioni. Repetitionem enim illud impedit, quod filiusfamilias naturaliter obligatus eſt adeóque ciuiliter, tametſi iuuetur exceptione Macedoniani *d. l. quia naturalis* vbi dicemus, at vindicationi non obſtat hæc ratio, ſed tantùm æquitas illa, quòd non ſit audiendus, qui contra factum ſuum venire vult, vt per occaſionem iuris ciuilis lucrum captet ex damno alieno *d. l. 1. de doli mal. except.* Itaque quod hîc dicitur filiumfamilias vindicantem quaſi heredem patris nummos quos pater, ſi viueret, aut alius quilibet patris heres vindicare poſſet, non de alia vtique exceptione intelligi meo iudicio debet, quàm de exceptione doli, vt & in *leg. item ſi 7. alias leg. ſed Iulianus §. ſed etſi filiusfamilias infr. de SC. Maced.* quæ ferè ſola contra vindicationem poteſt & ſolet competere. Nam quemadmodum vindicatio non ex obligatione aliqua naſcitur, ſed ex præſenti tantùm poſſeſſione *leg. non aliàs 24. §. ſed ſi poſtulatur ſupr. de iudic.* ita neque vlla pacti exceptione ſummoueri facilè ſolet. Denique non debet facilior aut fauorabilior eſſe petitio, quàm repetitio, & quamuis in directa rei vindicatione non de iure alicuius obligationis, ſed tantùm de dominio quæratur, ei tamen, qui & naturaliter & ciuiliter obligatus eſt, abſurdum ſanè ſit permittere petitionem & vindicationem eius pecuniæ, quam ſi nunc ſolueret repetere non poſſet, imò quam nec viuo patre repetere potuit, ſoli enim patri aduerſus ſolutionem à filiofamilias factam ſuccurritur, vt nummos à filiofamilias ſolutos pater vindicare tanquam ſuos poſſit *leg. ſi filiusfamilias 14.* vbi diximus *ſupr. de reb. credit. d. l. ſed ſi paterfamilias 9. §. 1. infr. de SC. Maced.* Hoc igitur caſu filiusfamilias nō repetet, neque per vindicationē neq. per condictionem, ſed ab vtraq. obligatione & naturali & ciuili qua tenebatur, liberabitur, vt & in *l. cùm is 32. §. 1. in fin. infrà hoc tit.* Quid? An non tutus fuit exceptione perpetua filiusfamilias antequam ſolueret, ne ſoluere cogeretur? Ita ſanè eſt, & tamen repetere non poteſt, ſiue viuo, ſiue mortuo iam patre ſoluerit, qui non tam ipſius fauore quā odio creditoris ea exceptio comparata eſt *l. qui exceptionē 40. inf. hoc tit. d. l. ſed ſi paterfamilias 9. § vlt. infr. de SC. Maced.* Itaq; non habet hîc locum quod ſcriptum eſt in *§. indebitū & §. adeò autem ſupr. hac lege, & in l. ſi is qui 24. ſupr.* eum qui tutus exceptione perpetua ſoluit poſſe repetere, ſi non ſciens ſoluerit. Quòd ſi pater obligationi filijfamilias cōſenſerit, atq. ita ceſſet Senatuſcōſultū, nullus de vindicatione aut cōdictione quæſtioni locus relinquitur, ſiue patri heres extiterit filius ſiue non, quamuis tāto magis teneri eum oporteat cùm patri heres fuit, vt in *l. ſi permittente 4. C. de SC. Maceden.*

10 ¶ Si quis quaſi ex compromiſſo condemnatus, falsò ſoluerit, repetere poteſt.

*Ad §. 10. Si quis quaſi.*

Rat. dvb. Ad impediendam repetitionē ſufficit quod quis ſe putet cōdemnatum *l. cùm putarem 36. ſupr. famil. erciſc.* Ergo ſi quis ex compromiſſo cōdemnatum ſe quamuis falsò exiſtimans ſoluerit,

non

non repeteret, quia putat ſe condemnatum, præſertim cùm redacta ſint compromiſſa ad inſtar iudiciorum *l.1.ſupr.de recept. Qui arbitr recep.* DEC. Aliud longè eſt, ſi quis putet ſe condemnatum ex ſententia iudicis à Prætore dati, & ex præſcripto formulæ iudicantis, aliud verò ſi putet ſe cōdemnatum quaſi ex compromiſſo per ſententiam arbitri priuata litigatorum auctoritate conſtituti. Ex ſententia enim iudicis naſcitur actio *l. actori 8. C.de reb.credit.* non etiam ex ſententia arbitri, quia priuatorum conſenſus ſicuti iuriſdictionem dare non poteſt *l. 3. Cod. de iuriſdict.* ita neque iudicem facere, quod iuriſdictionis eſt *l.3.ſupr.eod. ill.tit.* at ne quidem exceptio, ſed tantùm pœnæ petitio *l.2.ſupr de recept. l.1.Cod.eod.ill. tit.* Ergo, inquies, videtur ſciens ſoluere indebitum is, qui ſoluit quaſi condemnatus ex compromiſſo, cùm etiamſi verè condemnatus eſſet, nihil tamen ex ea condemnatione deberet, quam eſſe germanam ad hunc locum dubitandi rationem putat Bartolus Sed reſpondendum eſt, quod & ipſe reſpondet, parendum eſſe ſententiæ arbitri metu pœnæ, non minùs quàm ſententiæ iudicis pedanei, & ideò perinde ſuccurrendum eſſe illi qui falsò exiſtimans ſe ex compromiſſo condemnatum ſoluit indebitū, quàm ſi ex alia qualibet falſa cauſa ſoluiſſet. Nec enim videri poteſt ſciens indebitum ſoluiſſe is, qui putauit ſe, ni ſolueret, ad pœnæ ſolutionem cogi poſſe, ſicut & is qui ſoluit ex falſa cauſa eius actionis, quæ per infìciationem creſcere potuiſſet *l.ea quæ 4. C. hoc tit.* In eo tamen melioris conditionis eſt, quàm ſi ritè per ſententiam iudicis condemnatum ſe credidiſſet, quòd eo caſu condictionem non haberet *dict.l.cùm putarem*, propter auctoritatem rei iudicatæ, quæ tanta eſt, vt ſola iudicati opinio poſſit ſufficere, non quidem ad dandam iudicati actionem, ſed tamen ad impediendam ſoluti repetitionem. Quod tamen ita accipiendum eſſe videtur, ſi qua ſententia & condemnatio lata ſit, quamuis minùs ritè, quàm nihilominus ritè latam eſſe ſoluens putauerit, *vt in d.l.cùm putarem.* Etſi enim ſententia minùs ritè lata, nec ſententiæ nomen meretur, *l. 4. §. condemnatum infr. de re iudic.* de facto tamen lata eſt, & quod ex ea cauſa ſolutum fuit, ex cauſa iudicati ſolutum creditur, quod non æquè dici poſſet, ſi quid ſolutum eſſet, quaſi debitum ex ea ſententia & condemnatione, quæ nulla omnino, ne quidem de facto lata eſſet. Nec ſanè ſola rei iudicatæ falſa opinio ſufficere poſſet ad impediendam indebiti condictionem, quia in eo nulla rei iudicatę auctoritas vertitur.

11 ¶ Hereditatis, vel bonorum poſſeſſori, ſi quidem defendat hereditatem, indebitum ſolutum condici poterit: ſi verò is non defendat, etiam debitum ſolutum repeti poteſt.

*Ad §. 11. Hereditatis.*

RATIO DVB. Is qui neque heres, neque bonorum poſſeſſor verè eſt, ſed tantùm hereditatem, vel bona defuncti poſſidet bona fide, nullum ius habet retinendæ ſolutionis, ſi quid ei ſolutum ſit à debitoribus hereditariis quaſi defuncto debitum, ſiue debitum reuera fuerit, ſiue indebitum, quia verum eſt, omni caſu nihil huic bonę fidei poſſeſſori deberi, cùm neque iure ciuili heres, neque iure prætorio heredis loco ſit. Non enim quod bona fide hereditatem, vel bona poſſideat, facit eum aut legitimum, aut honorarium ſucceſſorem. Ergo indiſtinctè dicendum eſt, id quod ei ſolutum fuit condici poſſe, ſiue hereditatem defendat, ſiue non defendat, & ſiue defuncto debitum fuerit, quod ſolutum eſt, ſiue indebitum, quia quod hereditatem, vel bona poſſeſſor hic defendat, facere nō poteſt, vt eò magis heres, vel bonorum poſſeſſor eſſe intelligatur. DEC. Bonæ fidei poſſeſſor hereditatis vel bonorū, quandiu hereditatem, vel bona defendit aduerſus verum heredem, cùm heredis aut bonorum poſſeſſoris titulo nitatur, & pendente lite plus iuris habeat hoc ipſo quod poſſeſſor eſt, ius habet accipiendæ ſolutionis à debitoribus hereditariis, qui nec alium vllum habent cui tutiùs poſſint ſoluere, ſi ſtatim nec expectato iudicij fine liberari velint per ſolutionem. Quanquam enim non liberantur ipſo iure debitores hereditarij, quo primùm inſtanti ſoluunt bonæ fidei poſſeſſori, quia ſoluunt alij quàm vero creditori, quia tamen poteſt iis contingere liberatio, & quidem ipſo iure, ſi quando condemnatus bonæ fidei poſſeſſor reſtituat pecuniam vero heredi, cùm ſufficiat pecuniam ad verum creditorem quandocunque tandem peruenire, nec ei auferri vnquam poſſe *l. ſi quid poſſeſſor 31. §. vlt. de hered. petit. auct. l.in perpetuum 61.infr.de ſolut.* non poteſt interim locus eſſe condictioni indebiti *l.quod Seruius 8. ſupr.de cond.cauſ.dat.* præſertim cùm ante ſententiam de hereditate latam neſciri poſſit, quis iudicij ac litis euentus futurus ſit. Ergo ſi è contrario bonæ fidei poſſeſſor hereditatis, aut bonorum non defendat hereditatem, dicendum eſt non poſſe ei condici, quod ſolutum ipſi fuit, etiamſi defuncto verè debitum fuerit, quia neque ius, neque colorem vllum habere poteſt, tanquam heres ille, qui hereditatem non vult defendere. Quid enim aliud hoc eſt, quàm fateri ſe heredem non eſſe? Quare nec exſpectandum eſt, vt condemnetur, quomodo Accurſius noſter poſt Azonem locum hunc intellexiſſe videtur. Nam poſt condemnatoriam ſententiam, non dubitatur, quin ei qui falſus heres pronunciatus eſt, condici etiam debitum poſſit, quod ei ſolutum fuerat, ſiue ſuo nomine, ſiue hereditario. Intereſt enim creditoris ſolutum repetere, vt vero heredi ſoluendo liberari poſſit, niſi paratus ſit falſus heres, id quod accepit, vero heredi & victori reſtituere *dict. l.ſi quid poſſeſſor §. vlt.* ſolutio enim quæ non parit liberationem, ſemper parit condictionem cum ab ignorante facta eſt, *§. ſi centum ſup. & §. ſi decem infr. hac lege.* Multò magis indebitum huic bonæ fidei poſſeſſori condicetur, quod etiam illi qui hereditatem defendit, & ſe heredem dicit, condicitur. Nam cui debitum ſolui poteſt, multò magis indebitum condici etiam poteſt, quoniam & ipſi defuncto ſi ei ſolutum eſſet, condiceretur. Duplex igitur diſtinctio hîc neceſſaria eſt. Prior illa an bonæ fidei poſſeſſor hereditatis hereditatem defendat necne: ſi non defendat, non ſubdiſtinguimus, an ſolutum ſit debitum, an indebitum, quia omni caſu tenetur condictione indebiti: ſed ſi hereditatem defendat, ſubdiſtinguendum eſt, an debitum defuncto fuerit quod ſolutum eſt, an verò indebitum, ſi debitum, condici non poteſt, ſi indebitum condici poteſt. Interpretes noſtri non parum laborarunt in huius §. interpretatione

cnntendentes, an de vero herede intelligendus ſit, an de falſo, &, vt loquuntur, putatiuo. Cui contentioni cauſam dedit vulgata lectio, quæ habet *Heredis*, pro eo quod Florentina lectio meliùs *Hereditatis*, quamquam neutra lectio certè ambigua eſt. Nam ſicuti heredis appellatione alius ſignificari non poteſt, quàm qui verè heres eſt, ita nec hereditatis poſſeſſor alius intelligi quàm qui bona fide eam poſſidet, cùm heres non ſit. Cùm enim de eo qui non bona fide hereditatem poſſidet, Iureconſulti loquuntur, aut prædonem eum nuncupant, aut malæ fidei poſſeſſorem, vt vidimus, & diximus in *tit. de hered. petit.* Non tamen vtraque lectio vera eſt, ſed Florentina ſola, vulgaris verò falſa.

12 ¶ Libertus, cùm ſe putaret operas patrono debere, ſoluit. condicere eum non poſſe, quamuis putans ſe obligatum ſoluit, Iulianus libro decimo digeſtorum ſcripſit. natura enim operas patrono libertus debet. Sed & ſi non operæ patrono ſunt ſolutæ [a]: ſed cùm officium ab eo deſideraretur, cum patrono decidit pecunia, & ſoluit: repetere non poteſt. Sed ſi operas patrono exhibuit, non officiales, ſed fabriles [b], veluti pictorias, vel alias, dum putat ſe debere: videndum eſt, an poſſit condicere. & Celſus libro ſexto digeſtorum putat, eam eſſe cauſam operarum, vt non ſint eædem, neque eiuſdem hominis : neque eædem exhibeantur. nam plerumque robur hominis, ætas temporis; opportunitáſque naturalis mutat cauſam operarum. & ideo nec volens quis, reddere poteſt. ſed hæ (inquit) operæ recipiunt æſtimationem [c]: & interdum licèt aliud præſtemus, (inquit) aliud condicimus: vtputa fundum indebitum dedi, & fructus condico: vel hominem indebitum, & hunc ſine fraude modico diſtraxiſti: nempe hoc ſolum refundere debes, quod ex pretio habes, vel ſi meis ſumptibus pretioſiorem hominem feci: nónne æſtimari hæc debent? ſic & in propoſito, ait poſſe condici, quanti operas eſſem conducturus. Sed ſi delegatus ſit alij à patrono in officiales operas [d], apud Marcellum libro vicenſimo digeſtorum quæritur. & dicit Marcellus, non teneri eum, niſi fortè in artificio ſint [e]. hæ enim, iubente patrono, & alij edendæ ſunt [f], ſed ſi ſoluerit officiales delegatus [g], non poteſt condicere: neque ei, cui ſoluit, creditori, cui alterius contemplatione ſolutum eſt, quíque ſuum recepit: neque patrono, quia natura ei debentur.

*Ad §. 12. Libertus.*

Rat. dvb. Libertus, qui operas nullas patrono promiſit, neque per pactum, neque per ſtipulationem, non poteſt videri earum debitor, ſiue iure ciuili, ſiue honorario: ius enim ciuile ſtipulationem requirit, prætorium verò & honorarium ſaltem exigit pactum nudum. Ergo ſi eas libertus per errorem ſoluerit putans ſe debere, poterit condicere tanquam indebitas. Dec. Naturalis obligatio impedit repetitionem ſoluti *l. 3. in fin. ſupr. quod quiſque iur. l. naturales* 10. *infr. de oblig. & action. l. naturaliter* 13. *& l. ſeq. & paſſ. hoc tit.* Atqui libertus natura debet patrono operas obſequiales, & quæ generaliore nomine officiales appellantur, id eſt, vt Azo benè interpretatur, non quidem iure naturali, quod ſicuti ſeruos nullos agnoſcit, ita neque libertos *l. 4. ſupr. de iuſtit. & iur.* ſed ratione quadam inſita à natura, quæ nos obligat ad *ἀντίδωρα*, vt bene facienti benefaciamus *l. ſed etſi* 25. *§ conſuluit ſupra de hered. petit.* vt diximus ad initium huius legis. Quonam enim maiore beneficio quàm libertatis patrono libertus obſtrictus eſſe poteſt, cùm libertas, vt habet iuris regula, ſit res inæſtimabilis? Non ergo condictionem habere libertus poteſt qui operas ſoluit, quamuis in eo errauerit, quòd eas aut ciuili, aut naturali iure à ſe debitas eſſe putaret. Quamquam ſi formalis cum Accurſio dictionem illam *natura* referre ad ius gentium, non valde repugnabo: is enim natura debere dicitur, quem iure gentium dare oportet *leg. cùm amplius* 84. *§. is natura debet de regul. iur. leg. Stichum aut Pamphilum* 95. *§. naturalis de ſolut.* Et in iis, quæ ſolis hominibus conueniunt, ius naturale & ius gentium pro ſynonymis accipiuntur *§. ſingulorum Inſtit. de rer. diuiſ.* Placet autem quod Bartolus hinc notat, quando aliquid ſoluitur ex vna cauſa ex qua eſt indebitum, retineri id poſſe ex alia, ex qua ſit debitum ex *l. cùm in corpus infr. de acquir. rer. domin.*

a *Sed etſi non operæ patrono ſunt ſolutæ.* Rat. dvb. Libertus, qui non operas ſoluit, ſed cùm ab eo aliquod officium duntaxat deſideraretur, cum patrono decidit pecuniâ, & pro officio illo pecuniam ſoluit, non poteſt videri aut operas ſoluiſſe, aut quid aliud vice operarum, quas natura debuit, ſed aliud quiddam extra cauſam operarum. Ergo nihil eſt quod impedire debeat, ne pecuniam illam quaſi indebitè ſolutam poſſit condicere. Dec. Non tantùm operas libertus patrono natura debet, ſed etiã omne officij genus. Nam nec alia ratione operas debet quàm quia ſunt diurnum officium *l. 1. infr. de oper. libert.* eæ præſertim quæ obſequiales & generaliore nomine officiales ob eam cauſam dicuntur, de quibus ſolis initium huius §. loquitur : nam de fabrilibus,

brilibus, & artificialibus poſtea Vlpianus tractat. Cùmque in honore & reuerentia potiſſimum conſiſtant, ſiue in faciendo ſint, ſiue in non faciendo; negari non poteſt, quin ipſa etiam officia quæ patronus à liberto deſiderat, natura debeantur perinde ac operæ, cùm nec alio iure caſtigentur liberti à præfecto vrbis, ſi quid in patronum peccauerit, quàm quia inofficioſus fuit, tum quoque cùm neque contumeliam ei fecit, neque conuicium dixit *leg. 1. infr. de iure patron. leg. officio 5. Cod. de negot. geſt. leg. 1. §. cùm patronus ſuprà de officio præfecti vrbis.* Perinde igitur dicendum eſt repetere illum non poſſe, cum pro officio, quod patronus deſiderabat, pecuniam ei ſoluit, ac ſi operas præſtitiſſet. Quamquam repetitionem impedit illa etiam ratio, quam adfert Accurſius, quod tranſactionis ſpecies quædam eſt, decidere pecuniâ cum patrono officium deſiderante: decidere enim pecunia de re aliqua nihil niſi tranſigere eſt in libris noſtris. Tranſactio autem niſi dicis cauſa & per calumniam facta ſit, iuſtam cauſam inducit impediendæ condictionis *leg. eleganter 23. §. ſi quis poſt tranſactionem ſuprà leg. in ſumma 65. infrà hoc titulo.*

b *Sed ſi operas patrono exhibuit non officiales, ſed fabriles.* Diſtinguit Vlpianus in hoc verſiculo fabriles & artificiales operas ab officialibus, vt quod hucuſque dictum eſt, operas à liberto exhibitas patrono condici non poſſe, ad officiales reſtringatur, nec ad fabriles & artificiales extendatur.

Rat. dub. Operæ fabriles & artificiales non debentur natura vt officiales, ſed ita demum ſi promiſſæ ſint per ſtipulationem aut per iuſiurandum in ipſa datione libertatis *l. vt iuriſiurandi 7. & paſſ. infr. de oper. libert. l. in liberto 77. de ſolution.* Ergo ſi eas libertus ſoluerit, cùm debere ſe putaret, nec vllas deberet, poterit condicere quaſi indebitas, vt in eo differant ab officialibus.

Dec. Ea cauſa eſt operarum, vt non ſint eædem, ſi neque eiuſdem hominis ſint, neque eidem exhibeantur, nam plerumque robur hominis, ætas, temporiſque opportunitas naturalis mutat cauſam operarum: ſic enim hîc apud Vlpianum lege, vt in vulgatis codicibus, non vt in Florentino *ætas temporis, opportunitaſque naturalis.* Ergo nec volens patronus operas reddere poſſet liberto, quas libertus per errorem indebitas ei ſoluiſſet, & conſequenter non poſſunt operæ illæ, quamuis nec natura debitæ condici, quia nec aliam ob cauſam datur condictio, quàm vt reddatur quod indebitum ſolutum condicitur *leg. penult. infr. de præſcript. verb.*

c *Sed hæ, inquit, operæ recipiunt æſtimationem.* Rat. dub. Operæ in rerum natura non ſunt *leg. operæ 9. infr. de oper. libert.* quia priuſquam dies præterierit, quo præſtari debuerunt, peti non poſſunt *leg. 3. in principio, leg. ſi quis 13. §. iudicium leg. quoties 24. eodem.* quoniam opera in actu conſiſtit *leg. 1. ſuprà de oper. ſeruorum.* vbi verò dies præterit, iam aliæ ſunt, quia alterius temporis. Ergo nec æſtimationem recipere poſſunt, cùm æſtimari non poſſit id quod non extat *leg. in actionibus 5. verſicul. planè de in lit. iur.* non entis enim nullæ ſunt qualitates *leg. ſi partem 19. ſupr. quemadmodum ſeruit. amit. leg. ſi Titio 22. infr. quando dies leg. ct. ced.* nec vlla proinde æſtimatio. Ergo non poſſunt operæ æſtimationem recipere; præſertim quæ per condictionem petatur: idipſum enim condicendum eſt, quod ſolutum fuit, aut tantundem ex eodem genere *dicta leg. penultima infr. de præſcriptis verbis, iunct. leg. quod indebitum 7. ſuprà hoc titul.* cùm dicatur hæc condictio indebiti ſoluti, *leg. indebiti 15. ſuprà.* ponimus autem operas indebitas ſolutas fuiſſe, non earum æſtimationem: multùm enim differt rei æſtimatio à re ipſa *leg. ſi alij 42. §. primo ſupra de vſufruct.* proinde nec operarum fabrilium æſtimatio condici magis poterit, quàm ipſæ operæ.

Dec. Operæ quia non poſſunt peti niſi præteritæ, perinde à libertis petuntur ac pecunia credita *leg. à duobus 4. de oper. libert.* ideóque quaſi in pecuniæ & æſtimationis præſtatione conſiſtere dicuntur *leg. fabriles 6. eodem.* Ergo ſi ſolutæ ſint indebitæ, nihil prohibet earum æſtimationem condici. Ad æſtimationem enim neceſſariò recurrendum eſt, cùm res ipſa præſtari nullo modo poteſt *dict. verſicul. planè leg. vltim. Cod. de fideicommiſſ. libert.* nec nouum eſt, vt aliud ſolutum ſit, aliud verò condicatur. Nam & cùm fundus indebitus datus eſt etiam fructus qui dati non ſunt condicuntur *dict. leg. indebiti.* Et ſi hominem indebitum tibi ſoluerim, quem tu bona fide modico precio diſtraxeris (aliud enim eſt ſi mala fide *leg. in ſumma 65. §. penultim. infr.*) non hominem ipſum cogeris mihi reddere, ſed hoc ſolum refundere quod ex precio habes, & in quo locupletior factus es: imò, quod magis eſt, ſi hominem indebitum tibi ſolutum precioſiorem feceris tuis ſumptibus, hoc quoque æſtimari debebit, nimirum quia condictio indebiti ex bono & æquo comparata eſt, ob id ſolùm ne is qui indebitum accepit ex aliena iactura, contra naturalem æquitatẽ locupletetur, *l. nam hoc natura 14. ſupr. l. hæc condictio 66. infr. hoc titul.* non etiam vt damnum ei aliquod infligatur. Ergo & in ſpecie propoſita dicendum eſt libertum, qui operas fabriles indebitas patrono ſoluit, poſſe earum æſtimationem condicere, non quanti libertus operas alij locaturus fuiſſet, ſed quanti patronus ab alio conducturus, ne alioqui moretur in damno patronus, ſi præſtare cogatur quanti libertus operas ſuas locare alij potuit, ſi non tanti conducturus patronus fuit, vt benè Accurſius explicat. Neque verò id negat Marcianus in *dict. leg. penultim. de præſcriptis verbis.* vbi de condictione duntaxat operarum loquitur, non de condictione æſtimationis, vt & Accurſius ibi benè interpretatur. Idem tamen malè putat, ſi is qui indebitum hominem accepit, precioſiorem illum ſuis ſumptibus fecerit, nullam eorum ſumptuum in condictione rationem haberi debere. Ita enim fieret, vt in damno verſaretur is quem condictio indebiti teneret, quem tamen in lucro non morari ſatis eſt. Sed Accurſium fefellit mendum vulgatæ lectionis, quæ ſic habet *non æſtimari hoc debet*, cùm tamen legendum ſit, vt Florentinæ *nónne æſtimari hæc debent?* per interrogationem ſcilicet, quæ affirmatiuum ſenſum faciat, non negatiuum.

d *Sed etſi delegatus ſit à patrono in officiales operas.*

Rat. dubit. Delegari poteſt quiſquis debitor eſt, cùm delegatio fiat volente duntaxat, & conſentiente debitore *leg. 1. Codic. de nouat. & delegat.* neque verò intereſt debitoris cui ſoluat quod de-

bet, dummodo liberetur. Ergo in officiales quoque operas, perinde atque in fabriles delegari libertus à patrono poteſt, tantóque magis quòd officiales patrono magis debentur, quàm fabriles: debentur enim naturaliter, etiamſi neque per ſtipulationem, neque per iuſiurandum promiſſæ ſint, quod in fabrilibus ſecus eſt, vt ſuprà diximus.

DEC. Officiales operæ futuræ, de quibus ſolis Vlpianus hîc loquitur, adeò merè perſonales ſunt, vt nec alij deberi poſſint, quàm patrono, nec ab alio, quàm à liberto, cùm proprietas earum & in edentis perſona, & in eius cui eduntur, conſiſtat: fabriles autem aliæve eius generis ſunt, vt à quocunque cuicunque ſolui poſſint, & cùm in artificio ſint iubente patrono & alij edi poſſunt *dict. leg. opera 9. de oper. libert.* Ergo alij quàm patrono præſtari operæ officiales nequeunt, nec proinde alij à patrono delegari, quia nec officium & obſequium alij quàm patrono libertus debet. Sic dicimus fideicómiſſum alij quàm fideicommiſſario præſtari non poſſe, ſi vniuerſale ſit non ſingulare, nec à fideicommiſſario cedi alij poſſe ne quidem per delegationem, adeóque quod magis mirum eſt, nec ex cauſa dotis *l. ſi mulier* 59. §. *ex aſſe infr. de iur. dot.* ob rationem eandem perſonalitatis, vt ita dicam, quæ à Marcello adfertur eo loco. In fabrilibus ergo aliud iuris eſt, cùm iubente patrono, alij quoque edi poſſint, nec ideò aliæ ſint quàm illæ ipſæ, quæ patrono debentur *dict. leg. opera iunct. l. quia alia 12. eod. tit.*

e *Niſi fortè in artificio ſint.* Ergo etiam officiales in artificio poſſunt conſiſtere, debet enim exceptio eſſe de regula, contrà quàm ſenſiſſe videatur Accurſius, & poſt eum Bartolus, qui officiales operas ab artificialibus tanquam ſpecie diuerſas diſtinguunt: cùm tamen & officiales & fabriles artificiales eſſe poſſint, & ſimiliter non artificiales. Artificiales autem nullæ eſſe poſſunt, quin aut officiales ſint, aut fabriles. Itaque habent ſe vt ſpecies indifferentes. Summa autem operarum diuiſio illa eſt, vt aliæ officiales ſint, aliæ fabriles, de quibus omnibus generaliter noſtri tractant ad hunc locum, nos verò in Iuriſprudentiæ noſtræ Papinianeæ ſcientia latiſſimè ad *tit. de libertin.* & dicemus proprio ſuo loco ad *tit. de oper. libert.* ſi dabit Deus Opt. Max. vt ad illum vſque tit. Rationalia noſtra feliciter perducamus.

f *Hæ enim iubente patrono & alij edi poſſunt.* RAT. DVB. Alij operæ ſunt, quæ alij quàm patrono eduntur *d. l. quia alia 12. infr. de oper. libert.* Ergo nec iubente patrono alij edi poſſunt, alioquin aliud ſolueretur, quàm quod deberetur.

DEC. In officialibus quidem id verum eſt, ſed non in fabrilibus, nec in officialibus, quæ ſunt artificiales, vt diximus ad *verſiculum, Sed etſi delegatus ex d. l. operæ 9. de oper. libert.*

g *Sed ſi ſoluerit officiales delegatus.* RAT. DVB. Operarum officialium delegatio nullius momenti eſt, *dict. verſiculo, Sed etſi delegatus.* Ergo ſi eas delegatus ſoluerit per errorem, dicendum eſt, condici eas poſſe aut creditori cui ſolutæ ſunt, aut patrono, cuius nomine. Solutio enim quæ non parit liberationem, parit omnimodo condictionem, §. *proxim. infr.* niſi in caſu *leg. Neratius 63. hoc tit.*

DECIS. Repetitio nulla eſt ab eo, qui ſuum recepit, licèt alius ſoluerit, quàm qui debebat *leg. repetitio 44. infr.* Atqui in ſpecie propoſita creditor cui delegatus ſoluit, ſuum recepit, nomine patroni delegantis, qui verè debitor fuit. Ergo condici ei non poſſunt. Rurſum naturalis obligatio impedit repetitionem ſoluti *leg. 3. in fin. ſuprà quod quiſque iur.* atqui officiales & obſequiales operæ naturaliter debentur patrono liberto, vt diximus initio huius §. Ergo nec patrono condici poſſunt. Igitur neutri. Si neutri, conſequenter nulli.

13 ¶ Si decem aut Stichum ſtipulatus, ſoluam quinque: quæritur, an poſſim condicere. quæſtio ex hoc deſcendit, an liberer in quinque. nam ſi liberor, ceſſat condictio: ſi non liberor, erit condictio. placuit autem (vt Celſus libro ſexto, & Marcellus libro viceſimo Digeſtorum ſcripſit) non perimi partem dimidiam obligationis: ideóque eum qui quinque ſoluit, in pendenti habendum, an liberetur, petíque ab eo poſſe reſidua quinque aut Stichum: &, ſi præſtiterit reſidua quinque, videri eum & in priora debita ſoluiſſe. Sin autem Stichum præſtitiſſet, quinque eum poſſe condicere, quaſi indebita. ſic poſterior ſolutio comprobat, priora quinque vtrum debita, an indebita ſoluerentur. Sed & ſi poſt ſoluta quinque [a], & Stichus ſoluatur: & malim ego habere quinque, & Stichum reddere: an ſim audiendus, quærit Celſus. & putat natam eſſe in quinque condictionem, quamuis vtroque ſimul ſoluto, mihi retinendi, quod vellem, arbitrium daretur.

*Ad §. 13. Si decem.*

RAT. DVBIT. In obligatione alternatiua, vtraque res ſeparatim conſiderata eſt in obligatione, ita vt qui eam ſolam ſoluit, totum id quod debet ſoluere dicatur *leg. Stichum aut Pamphilum 95. de ſolut.* Ergo ſi quis decem aut Stichum alternatiuè promiſerit, negari non poteſt, quin decem debeat, & à tota obligatione liberetur, ſi decem integra ſoluat. Proinde ſi quinque ſoluat, cur non ſaltem in illis quinque liberabitur? vt nimirum eadem ſit ratio partis ad partem, quæ totius

ad to-

ad totum: aut ſi aliquid eſt, quod impediat liberationem, quidni poſſunt ea quinque ſtatim condici non expectato euentu reliquæ ſolutionis, cùm ſolutio quælibet aut liberationem parere debeat, aut condictionem §. *ſi centum ſuprà leg. cùm is* 32. §. *primo infrà*, niſi in caſu ſingulari *leg. Neratius* 63. *hoc titulo?* Et tamen ſcribit hic Vlpianus ex Celſi & Marcelli ſententia non perimi partem dimidiam obligationis, ſed eum qui quinque ſoluit, in pendenti habendum eſſe, an liberetur, ideóque peti ab eo interim poſſe aut reliqua quinque aut Stichum. Cur verò reliqua quinque duntaxat, & non tota decem, quæ prius in obligatione fuerunt, ſi in quinque ſolutis nulla fuit ſecuta liberatio? Aut cur Stichus totus peti poteſt, iam ſolutis quinque ex decem ab eo qui non niſi decem aut Stichum debebat?

DEC. Quandiu ſolutio in eo eſt, vt poſſit parere liberationem, non poteſt id quod ſolutum eſt, condici, quia non poteſt omnino indebitum dici, quod adhuc debitũ fieri poteſt *l. quod Seruius* 8. *in fi. ſupr. de condiction. cauſ. dat.* §. *hereditatis ſupr. hac leg.* ſicuti nec in totum dicitur falſum quod veritatis primordio adiuuatur *leg. cùm filius* 76. §. *heres meus de legat.* 2. Atqui ſolutis quinque ab eo qui decem, aut Stichum debebat, licèt nulla per eiuſmodi ſolutionem contingat liberatio, ne quidem in quinque, poteſt tamen aliquo caſu adhuc contingere, ſcilicet ſi reliqua quinque poſtea ſoluantur à debitore, qui malit ea quinque reliqua quàm Stichum ſoluere. Ergo interim non poſſunt quinque illa condici, ſed creditori relinquitur electio, vtrum alia quinque malit petere, an Stichum: & ſi quidem quinque petat, hoc ipſo videtur ſolutionem priorum quinque imputare in ſolutionem eorum decem, quæ diſiunctim & alternatiuè cum Sticho debebantur: atque ita contingente liberatione in decem, ſublatáque Stichi obligatione nihil eſt quod de prioribus quinque ſolutis condicendis tractari poſſit. Sed ſi malit creditor Stichum petere, tum verò priora quinque condici poterunt, quaſi indebitè ſoluta, & quæ debita amplius fieri numquam poſſunt, ſublata per Stichi ſolutionem vtrâque parte obligationis alternatiuæ. At verò cur non ab initio, & ipſo ſolutionis tempore, ſolutis quinque non contingit liberatio in quinque? Nam & qui hominem aut decem ſtipulatus eſt, ſi quinque acceptò fecerit, ſtatim perimit partem ſtipulationis, ideóque non quinque aut hominem petere poteſt, ſed quinque tantùm vel partem duntaxat hominis *leg. qui hominem* 17. *infr. de acceptilation.* Hoc verò cur ita in acceptilatione, niſi quoniam acceptilatio vim ſolutionis obtinet, ac imaginaria quædam ſolutio eſt? §. *primo Inſtit. quibus modis tollit. obligat.* Cur ergo diuerſum in vera & naturali ſolutione? An fortè minoris poteſtatis eſt vera & naturalis ſolutio, quàm acceptilatio? Accurſius noſter multum hic laborat. Sed meliùs longè Bartolus diſtinguit acceptilationem à ſolutione: quia ſi ſolutio partis in vna re ex duabus alternatiuè promiſſis pareret liberationem præſentem, & abſolutam, eueniret, vt pars quoque in alia re ſolui poſſet, puta in parte Stichi, atque ita ſolutionem vnius obligationis in diuerſis rebus fieri contingeret, quod abſurdum eſſet §. *proxim. infr. leg. in executione* 85. §. *pro parte infr. de verborum obligationib.* Hoc verò non contingit in acceptilatione, quæ licèt ſolutionis vim & inſtar habeat, fit tamen adhibitâ ſola verborum & iuris ſolemnitate, nullo corpore interueniente *leg.* 2. §. *ſi tamen hominem, eodem titulo.* Proinde ſi certa res & ſpecies debeatur, nemo dubitat, quin parte Stichi ſoluta contingat pro ea parte liberatio, quia non poteſt hoc caſu ſolutio in duabus rebus diuerſis fieri *leg. ſtipulatus ſum* 9. §. *primo de ſolutionibus*, vbi addit, eum, qui hominem debet, partem Stichi dando nulla ex parte liberari, ſed nihilominus hominem debere, & hominem ab eo peti poſſe, nec priùs liberationem debitori contingere, quàm Stichi partem reliquam ſoluerit, vel per actorem ſteterit, quominus eam accipiat, alioqui ſi is, qui partem Stichi ſoluit, partem Pamphili ſolueret, liberaretur in totum: quod certè eſſet ridiculum *dict. leg.* 2. §. *primo de verborum obligationibus*, vbi tamen videtur Paulus ab Vlpiano noſtro diſſentire in illis verbis, *Sed aut ſtatim repeti poteſt, aut in pendenti eſt, donec alia detur.* (ſic enim ibi legendum eſt, non *alius* facta relatione ad aliam partem Stichi, cuius partem vnam ſolutam eſſe Paulus poſuerat,) niſi dicamus, quod certè verum eſt, priorem illam partem ſententiæ Pauli corrigi per poſteriorem, quod prudentibus noſtris familiare ſatis eſt, præſertim Paulo, vt in *leg. qui ſeruum* 34. §. *primo in fin. de obligationibus & actionib. iuncta leg. debitori* 50. *infr. de fideiuſſor.* Verius enim eſt dicere in pendenti eſſe liberationem in hac ſpecie, & conſequenter ipſam condictionem, vt Vlpianus hîc ex Celſo ſcribit, quàm quod Paulus tentat in *dict.* §. *primo.* naſci ſtatim liberationem, nam ſi naſceretur ſtatim liberatio in quinque, alterutrũ euenire neceſſe eſſet, vt vel alia quinque omnimodo deberentur, nec Stichus amplius peti poſſet, ne quidem diſiunctim, & alternatiuè, vel Stichi pars ſolui poſſet ad tollendam integram obligationem: quorum vtrumque & falſum & abſurdum eſt. Neque verò mirari quis debet in pendenti eſſe liberationem, & ex euentu æſtimandum eſſe, an ab initio contigiſſe retrofingatur, nécne. Nã & aliis caſibus pleriſque idem euenit, vt ex euentu & ex poſtfacto appareat, quid antè fuerit *leg. qui res* 94 *in princ. &* §. *primo infr. de ſolut. l. quædam* 15. *de rebus dubiis.*

a *Sed & ſi poſt ſoluta quinque.* RAT. DVBITAND. In alternatiua obligatione electio eſt debitoris ex regula iuris Pontificij, & ciuilis in *leg. plerunque* 11. §. *vltim. infr. de iure dot. leg.* 2. §. *Scæuola de eo quod cert. loc.* niſi cùm eligendi ius datum eſt creditori *leg. Stichum aut Pamphilum* 95. *in princip. de ſolution.* Atqui in ſpecie propoſita, ſi cùm decem mihi abs te deberentur aut Stichus, tu primùm quinque mihi ſolueris, poſtea etiam Stichum, in tua poteſtate eſt, aut reliqua quinque aut Stichum petere, & conſequenter incipio ego debere tibi quinque aut Stichum, atque ita ſum tuus debitor alternatiuus. Ergo ſi malim habere quinque quæ accepi ex decem, & Stichum reddere, ſum audiendus, quemadmodum vtroque ſimul ſoluto, mihi retinendi vtrum vellem arbitrium daretur. DEC. Cùm ex decem ſoluta ſunt quinque, nata ſtatim eſt condictio quinque, tametſi natam eſſe non apparuerit, niſi ex poſtfacto, id eſt, ſoluto demum Sticho, ſecundum ea quæ proximè diximus. Nam cùm per ſolutionem

Stichi apparuerit, liberationem in prioribus quinque ſolutis contingere nullam potuiſſe, (reſidua enim quinque ſoluenda erant, vt priora quinque ſoluta debita fuiſſe viderentur,) conſequens eſt, vt exinde eorum quinque condictio præciſè nata, iam inde ab initio fuiſſe retrofingatur. Quo poſito illud etiam fit, vt in obligatione condictionis non poſſit dici Stichus eſſe, ne quidem alternatiuè, ſed vt debitè ſolutus dici debeat, quia prioribus quinque factis indebitis per ſolutionem Stichi, Stichus omnimodu debitus eſſe cœpit, nec in mea poteſtate eſſe poteſt aut debet, vt faciam eum indebitum, ſi malim Stichum quàm quinque reddere, non magis quàm vt faciam priora quinque debita, quæ ſolutio ſecura Stichi fecit apparere indebita. Ergo non ſum audiendus, ſi malim ex decem debitis quinque indebitè ſoluta retinere, & Stichum debitè ſolutum quaſi indebitum reddere. Illud enim demum in condictionem venit, quod actor indebitè à ſe ſolutum dicit, & probat, non quod reus quaſi indebitum vult reddere. Longéque alia ratio eſt huius ſpeciei, & illius in qua vtrumque in obligatione alternatiua poſitum ſimul ſolutum ſit, quia tunc non magis vnius quàm alterius rei ſolutæ condictio naſci poteſt, ſed tantùm alterutrius disiunctim & alternatiuè: Ac proinde creditor, qui rem vtramque accepit, cùm altera tantùm deberetur, ex creditore fit debitor. Quæ res acquirit ei electionem, vt ex duabus rebus reddat vtram malit, ſecundum Vlpiani & Celſi ſententiam hîc expreſſam in poſtremis illis huius §. verbis, *quamuis vtroque ſimul ſoluto mihi retinendi quod vellem arbitrium daretur*. Alia enim fuit Iuliani & Papiniani ſententia, à Iuſtiniano relata & probata in *leg. vltim. Cod. hoc titul.* vt repetendi electionem debitor habere debeat, qui & dandi habuit, cuius etiam veſtigium quoddam extat in *leg. cùm is 32. in princip. infr.* Pro Vlpiano & Celſo illa ratio faciebat, quam ſuprà attulimus, quòd is qui indebitum accepit, vtroque ſimul ſoluto videatur factus debitor ex cauſa condictionis, vt alterutrum reddere teneatur: in alternatiuis autem, vt diximus, electio eſt debitoris. Sed pro Iuliano & Papiniano illa fortior ratio facit, quod indebiti ſolutio, quæ ſoluenti condictionem parit, ex bono & æquo non debeat eum damno adficere, vt electionem ipſi adimat, quam habuit ante ſolutionem, alioqui ſolutio & facti error ei noceret: quod ne accidat, condictionem ei damus. Vtvt ſit, ſequenda Iuſtiniani lex & conſtitutio eſt. Iunge *leg. planè 21. ſupr.* vbi dixi.

14 ¶ Idem ait, & ſi duo heredes ſint ſtipulatoris, non ſic poſſe, alteri quinque ſolutis, alteri partem Stichi ſolui. Idem, & ſi duo ſint promiſſoris heredes [a]. Secundùm quę liberatio non contingit, niſi aut vtrique quina, aut vtrique partes Stichi fuerint ſolutæ.

*Ad §. vlt. Idem ait.*

RAT. DVB. Cùm duo ſunt vnius ſtipulatoris heredes, obligatio diuiditur inter heredes ex lege 12. tabular. *l. 1. C. ſi certum petat. l. 1. & 2. C. ſi vnus ex pluribus heredibus debit. l. vlt. C. de heredit. actionib.* ac proinde quemadmodum quot ſunt heredes, tot hereditates eſſe intelliguntur *§. primo Inſtitut. de legat. falcid.* ita tot obligationes videri debent, cùm obligatio ſit hereditaria, & conſequenter quæ hereditatis cauſam & diuiſionem ſequatur. Ergo ſi duo ſint heredes ſtipulatoris, qui decem, aut Stichum ſibi dari ſtipulatus fuerat, & vnus ex heredibus ſoluat quinque, & alius partem Stichi, dicendum eſt, vtrumque pro ea parte quam ſoluit, liberari, ac ſi vnus decem tantùm, alius Stichum ſolum debuiſſet: quo caſu nemo dubitaret, quin vterque pro ea parte quam ſoluiſſet liberaretur, *leg. ſtipulatus ſum 9. §. primo infrà de ſolution.* DEC. Obligatio hereditaria talis in heredes tranſit, qualis fuit apud defunctum, nec enim ex perſonis & numero heredum condicio obligationis immutari poteſt *leg. 2. §. ex his de verb. oblig.* Atqui ponimus ſtipulatorem fuiſſe ſtipulatum à Titio decem aut Stichum, atque ita & decem & Stichum, ſed disiunctim & alternatiuè. Ergo & cùm ſtipulator hic deceſſit duobus relictis heredibus, fatendum eſt in ſingulos eius heredes tranſire obligationem illam actiuam, quæ fuit penes ſtipulatorem, vt poſſit eorum quiſque petere idipſum quod petere defunctus potuit, id eſt, aut decem, aut Stichum. Eſt enim obligatio alternatiua indiuidua hactenus, vt ex duabus rebus alternatiuè debitis vna pro parte ſolui non poſſit, itémque alia pro parte, ſed alterutram totam ſolui oporteat, nempe quia non vtraque abſolutè in obligatione aut præſtatione eſt, quomodo ſi quis decem & Stichum ſtipulatus eſſet, ſed tantùm alterutra, aut quod verius eſt vtraque quidem in obligatione, ſed alternatiuè, id eſt, ita vt alterutrius tãtùm electio facienda ſit, non vtriuſque pro parte, ne alioquin eueniat, vt eiuſdem rei obligatio in pluribus rebus ſoluatur, quod abſurdum eſſe diximus ad *§. præcedentem ex l. 2. §. ſi tamen hominem & l. in executione 85. §. pro parte inf. de verbor. oblig. d. l. 9. §. 1. de ſolut.* Ergo vt contingat liberatio, aut decem tota ſolui heredibus ſtipulatoris neceſſe eſt, aut Stichum totum, ideóque nec vnus ex heredibus ſtipulatoris agere ex hac ſtipulatione pro parte poteſt, ne alioqui plus petat, ſi aut decem tantùm aut Stichum ſolum petat, quandoquidem ita fieret, vt adimeret debitori electionem quam ſtipulatio ei dedit, cuius forma immutari ex poſtfacto non poteſt *§. plus autem Inſtit. de act. iunct. l. vero procuratori 12. §. pen. de ſolut.* Quòd ſi heres pro parte dimidia ad hoc ageret, vt vel dimidia pars decem, vel dimidia pars Stichi ſibi ſolueretur, malè etiam ageret, quandoquidem ex ſolutione ipſi facta non poſſet liberatio contingere, quouſq; alteri heredi, aut alia pars pecuniæ, aut alia pars Stichi ſoluta eſſet, quã tamen non eo magis ſoluere promiſſor cogeretur, quippe cui alius heres agens poſterior, æquè electionẽ eandem dare deberet, an partẽ pecuniæ, an partẽ Stichi mallet ſoluere, quia nec ab eo partẽ aliam pecuniæ aut Stichi poſſet petere præciſè, ſed quemadmodũ prior, aut partẽ pecuniæ, aut partem Stichi, eâdem ratione, ne alioqui plus cauſa petere videretur *d. §. plus autem*: ita fit vt ſoluta vni ex heredibus ſtipulatoris

toris

toris parte pecuniæ, alteri verò parte Stichi, nulla promiſſori contingat liberatio, neque partis pecuniæ, neq; partis Stichi, quoniam nec defuncto ſtipulatori ſolutio ita fieri potuiſſet. Vnius enim rei obligatione contracta vnius quoque & eiuſdem rei ſolutionem fieri oportet. Idem que eſt ſi quis non decem aut Stichum, ſed decem aut hominem in genere, vel etiam Stichum aut Pamphilum ſtipulatus ſit, & duobus relictis heredibus deceſſerit *d.l.2. §.1.de verb.oblig.d.§.pro parte l.85.eod.tit.d.l.ſtipulatus 9. §.1.de ſolut.*

a *Idē eſt & ſi duo ſint promiſſoris heredes.* RAT.DVB. Non ſemper idem iuris eſt in pluribus heredibus promiſſoris, quod eſt in pluribus heredibus ſtipulatoris etiam in obligationibus indiuiduis, vt conſtat ea *l.4.§.vlt.infr. de verb.oblig.* DEC. Aliud quidem interdum iuris eſt, nimirum cùm diuerſa iuris ratio ius quoque diuerſum inducit, vt in *d.§.vlt.* At in ſpecie huius §. eadē iuris & æquitatis ratio locum habet in heredibus promiſſoris, quæ in heredibus ſtipulatoris, vt ex iis apparet quę proximè diximus. Ergo idem quoq; in omnibus iuris eſt, vt liberationē contingat, niſi aut vterque heredum quinã ſoluerit, aut vtrique partes Stichi fuerint ſolutæ. Eadem igitur eſt ad hunc quoque verſiculum dubitandi & decidendi ratio quæ ad ſuperiorem.

27. PAVLVS libro 27. ad Edictum.

QVi loco certo debere exiſtimans, indebitum ſoluit, quolibet loco repetet. non enim exiſtimationem ſoluentis, eadem ſpecies repetitionis ſequitur.

*Ad l. Qui loco certo 27.*

RAT.DVB. Qui ſoluit indebitum, quaſi mutuum contrahere intelligitur *leg. ſi quis abſentis 5.§. is quoque inf. de oblig.& act. §. 1. Inſtit. quib. mod re contr. oblig.* atqui contraxiſſe vnuſquiſque in eo loco intelligitur, in quo vt ſolueret ſe obligauit *l.contraxiſſe, eod.tit. de oblig & act.* Ergo multo magis ibi contractum eſſe intelligetur, vbi ſolutum eſt. E conſequenter dicēdum eſt, in eo loco condicendum eſſe indebitum in quo ſolutum fuit, non autem vbique, vt in hac lege ſcriptum eſt.

DEC. Non eadem eſt repetentis indebitum, quæ ſoluentis exiſtimatio, qui enim ſoluit indebitum, quod putat ſe certo loco debere, idcirco ſoluit eo loco, quia ſcit futurum, vt ni ſoluat eo loco poſſit conueniri actione arbitraria, vbique ad omne id quod intereſt creditoris alio loco non ſolui *l.1.2.3. & paſſ.infr.de eo quod cert. loc.* At verò quod indebitè ſolutū eſt, vbique indebitū eſt, nec quod certo loco ſolutum ſit, facere poteſt vt aliis locis debitum ſit, quod eo loco in quo ſolutū eſt, fuit indebitum. Ergo vbique repeti poteſt, quod certo loco indebitè ſolutum fuit, nec tantùm aliis locis in quib. ſolutio facta non eſt, vt Guillielmus vetus gloſſator exiſtimauit, quem Bartolus refert, ſed vt lōgè melius Accurſius in illo etiam loco, in quo per errorem indebitum ſolutum eſt. Erat enim longè maior dubitandi ratio, propter quam videbatur in illo tantùm loco cōdici poſſe, in quo ſolutum fuerat, quàm vt videretur locus ille excipiendus. Neque tamen meliùs idem Accurſius & Bart. exiſtimant huius legis ſententiam illam eſſe, vt ſicuti promiſſum in certo loco poteſt vbique peti, ita ſolutum indebitè certo loco poſſit etiam vbique peti non obſtante errore ſoluentis, ita namque fit, vt eadem conſtituatur ratio obligationis contractæ ad ſoluendum certo loco, & ſolutionis, cū tamen legis verba diuerſam apertè conſtituant vtriuſque rationem, *non enim exiſtimationem ſoluentis* inquit Paulus, *eadem ſpecies repetitionis ſequitur.* Et certè ita eſt. Eum enim qui promiſit ſoluere certo loco, falsū eſt conueniri poſſe vbique; niſi addas cōueniri eum per arbitrariam, & æſtimato eo quod ipſius intereſt, vt deſtinato loco conueniatur, ſi non fuerit prius in mora ſoluendi *l.2.§.nūc de officio infr. de eo quod cert.loc.* At is qui indebitum ſoluit quod exiſtimabat ſe debere certo loco, poteſt vbique condicere ſuo iure; nec vlla indiget vtili condictione, quomodo indiget vtili & prætoria actione is qui alio loco petere vult ſiue motam fecerit ſiue eam paſſus ſit *leg.1.eod.* ideòque nec de eo quod intereſt præſtando in huiuſmodi condictione quicquam tractandum eſt, quemadmodum in eo tractandum eſt qui promiſit ſoluere certo loco. Ex quo intelligimus quàm parum ad rem pertineat; quod ad hanc legem noſtri diſputant tantis inter Citramontanos & Vltramontanos contentionibus; an quis per quaſi contractum ſortiri forum poſſit. Etſi enim is qui accepit indebitum, ex quaſi cōtractu & ea quaſi mutuo eſſe obligatus dicitur in *leg. ſi quis abſentis 5.§.is quoque infr.de oblig. & act.* reuera tamen diſtrahere negotium veriùs quàm contrahere intelligitur. Et idcirco quod dicimus vbiq; locorū conueniri eum poſſe, non ex eo fit, quod indebitum accipiendo hîc vel illic forum ſortitus ſit, ſed potius quia nullibi, nec enim id agitur inter dantem & accipientem, vt qui accipit obligetur, ea cáque cauſa forum ſortiatur, ſed è contrario, vt is qui dat liberetur: obligatur tamen is qui accipit extra id quod actum eſt, ne alioqui eueniat, vt ea aliena iactura locupletetur *l.ſi is qui 14.§.vlt.infr. commod.* & ideòque tam in illo loco in quo indebitum ſolutum eſt, quā in alio quolibet conueniri poteſt, ſed ita tamen ſi ibi inueniatur. Sic enim locus hîc accipiendus eſt ex *l. heres abſens 19.ſupr.de iudic.* ſemper enim ſupponendi ſunt termini habiles *l.vt gradatim 11.§.1.infr.de muner. & honor.*

28. IDEM libro 32. ad Edictum.

IVdex ſi malè abſoluerit, & abſolutus ſua ſponte ſoluerit, repetere non poteſt.

*Ad l.Iudex 28.*

RAT.DVB. Etiamſi iudex malè pronunciet ſiue per imperitiam ſiue per ſordes aut gratiam, attamē res iudicata pro veritate habetur *l.ſeruo 65.§.cùm prætor inf.ad SC.Treb.l.ingenuum 25.ſupr.de ſtat.homin.l.& ex diuerſo 35. §.1. de rei vindic.* Ergo ſi iudex verū debitorem abſoluerit, quamuis malè abſoluerit, ſi tamen abſolutus ſoluerit repetere poterit, quaſi indebitum verè id ſit, quod per ſententiam licet iniuſtā pronunciatum eſt non deberi. DEC. Verus debitor etiamſi per ſententiam iudicis abſolutus ſit, naturaliter tamē obligatus remanet, quia res iudicata modus ciuilis eſt non naturalis tollendæ obligationis *l.Iulianus 60. infrà hoc tit.* Atqui naturalis obligatio impedit repetitionem ſoluti *l.3.§.vlt ſupr.quod quiſq. iur.l.naturales 10.infr.de oblig.& act.* Dicendum ergo eſt repetere illum non poſſe, ſi poſtea ſoluerit ſua ſponte, vt lex ait, hoc eſt, vltro non vi & poteſtate alterius condemnationis, nam ſi poſteriore aliqua ſententia priori contraria ſoluere iuſſus ſolueret;

Digitized by Google

vtique repetere non poſſet, quoniam quod ex rei iudicatæ authoritate ſoluitur, repeti nunquam poteſt *l.1.C.hoc tit.* nimirum quia licet ſententia abſolutoria iniuſta non perimat obligationem naturalẽ, condemnatoria tamen etiam iniuſta parit obligationem ciuilem, quæ non minoris obligationis eſſe poteſt quàm ciuilis ad impediendam condictionẽ. Neque huic legi contrarium eſt, quod ait *l.qui exceptionem 40.infr.hoc tit.* eum qui tutus eſt exceptione perpetua & fauorabili, ſi ſoluat, poſſe repetere. Etſi enim exceptio rei iudicatæ & perpetua & fauorabilis eſt, nulla tamen æquitate naturali nititur, ſed ciuili tantùm, vt diximus. Ratio autem quæ condictionem impedire poſſit, naturalis tantùm eſſe debet, non ciuilis, quia condictio hæc tota ex bono & æquo eſt, vt & cæteræ omnes *leg.indebiti 15. in princip.* vbi diximus *ſupr. leg. hæc condictio 66. infrà leg. Stichum aut Pamphilum 95. §.naturalis de ſolut.* Sunt qui ea verba huius legis *ſponte ſoluerit* de eo intelligant, qui non tãtùm vltro ſoluerit, ſed etiam ſciens ſe non debere. Quomodo enim ſcire poteſt ſe non debere is qui adhuc debet naturaliter? Melius igitur alij ſponte ſoluentem interpretãtur eum qui non coactus ſoluerit, ſiue ſciat, ſiue neſciat ſe naturaliter adhuc debere. Naturalis enim obligatio, quæ ſola ſufficit ad impediendam repetitionem ſoluti, non in opinione ſoluentis, ſed in veritate conſiſtit.

29. VLPIANVS libro 2. Diſputationum.

INterdum perſona locum facit repetitioni: vt puta ſi pupillus ſine tutoris auctoritate, vel furioſus, vel is, cui bonis interdictum eſt, ſoluerit. nam in his perſonis generaliter repetitioni locum eſſe non ambigitur. Et ſi quidem exſtant nummi, vindicabuntur: pro conſumptis verò condictio locum habebit.

*Ad l.Interdum 29.*

RAT. DVB. Pupillus etiam ſine tutoris auctoritate obligatur cùm mutuam pecuniam accipit, adeóque cùm ſtipulanti promittit, ideóque fideiuſſorem dare poteſt *l.ſi pupillus 127. infr.de verb.oblig. l. Stichum aut Pamphilum 95. §.ſi aliquando & §.naturalis de ſolut.leg.cùm illud 25. §.heres meus infr.quando dies legat. ced.l.ſi pupillus 35.ſupr.de recept.* Atqui naturalis obligatio impedit repetionem *l.3.§.vltim.ſupr.quod quiſque iur.l.frater è fratre 38.infr.& paſſ.hoc titul.* Ergo etiamſi pupillus ſine tutoris authoritate ſoluerit, quod ſine eiuſdem authoritate promiſerat, repetere nõ poterit, multò minus ſi ſoluerit quod cum tutoris authoritate promiſſum non modo naturaliter, ſed etiam ciuiliter debuit. Proinde falſum eſt pupilli perſonã locum facere repetitioni, nec ſanè poteſt locum habere condictio indebiti, quoties debitum fuit, ſiue naturaliter ſiue ciuiliter quod ſolutum eſt. Quod ſi ponas ſolutum eſſe id quod omni iure fuit indebitum, iam nulla erit differẽtia inter pupillum & maiorem: nam & maiores ſi indebitum ſoluãt condicunt. DEC. neque pupillus, neque furioſus, neque prodigus, vllam rei ſuæ alienandæ poteſtatem habent, cùm interdicta eis ſit omnis alienatio *§.nunc admonendi Inſt.quib.alien.licet vel non, l.1. & paſſ.infrà de curat.furioſi d.l.is cui bonis 6.de verb.oblig. l.pupillo 15.inf. de ſolut.* carent enim iudicio, *l.pupillus 5. l.obligari 9. & paſſ.de author.tutore* furioſus etiam ſenſu *l. ſi tibi 8. §. vnius de opt.legat.* vnde eſt quod nihil omnino facere poteſt, ne quidẽ authore curatore, ſed omnia ipſius nomine agere curator debet, in quo grauior eius condicio eſt, quàm pupilli *l.in negotiis 5.de reg.iur.* Ergo ſi quid huiuſmodi perſonæ ſoluerint, ſiue debitum fuit ſiue indebitum, habent ius repetendi, cùm nec ſoluendi ius habuerint. Sed repetendi tamen aliter atque aliter. Nam ſi quod ab iis ſolutum eſt adhuc extet, repetẽt per vindicationem, quia nec dominium quod habuerant amiſerunt: quæ res impedit cõdictionem, quæ, vt ſæpius in hoc tractatu diximus, ſoli non domino datur contra dominum, numquam autem domino contra non dominum, excepta condictione furtiua *l.vl. ſupr.vſufr.quemadm. caueat.l.1.infr. de condict. furt.* Si verò quod ſolutum eſt, extare deſierit, & conſumptum ſit, quia per cõſumptionem amittitur dominium, nec alij quàm domino cumpetere vindicatio poteſt, non poſſunt repetere per vindicationem, ſed neceſſarium eſt auxilium condictionis, quod vindicationi hoc caſu ſubſidiarium eſt, cõdictionis, inquam, non indebiti aut ſine cauſa, vt malè vulgo noſtri poſt Accurſiũ exiſtimant, (nec enim credendum eſt, conciliari hoc caſu indebitum conſumptione, vt illi putant licet aliquando concilietur vt mutuum, cùm non poſſit conſumptio facere indebitum quod etiam ante conſumptionem debitum fuit, ſiue naturaliter, tantùm ſiue etiam ciuiliter,) ſed cui cauſam det ſola perſona condicentis, & quæ non aliud nomen habere poſſit quàm generale cõdictionis certi, quia nec niſi certum eſſe poteſt, quod ſolutum eſt, incertum ſiquidem & deberi & condici incertũ poteſt, quandiu ſcilicet promiſſum duntaxat non etiam ſolutum eſt, vt in *leg. is qui plus 31. infr.* At ſolui non poteſt, nec proinde aliâ repeti quàm certi condictione. In eóque neceſſariò ſeparandus eſt pupillus à minore, contrà quàm etiam Accurſius hîc arbitretur: neq; enim minori interdicta eſt nũmorum ſuorum alienatio, & aliarum rerum quæ ſine prætoris decreto alienari poſſunt, ſi ius vetus inſpicias, quod huius legis temporibus obtinebat *tot. titul.de rebus eor.qui ſub tutel. infr.& de præd.minor.C.* & cui non fuit derogatum niſi per *l.lex quæ 22.C.de admin.tutor.* Sicuti nec quicquam vetat obligari puberes etiam ſine curatoribus ſuis *l. puberes 101.de verb. oblig.* cùm tamen pupillus, neque mutuam pecuniam accipiendo ſine tutoris authoritate, neque promittendo iure naturali obligetur *leg. quod pupillus 41. infr. leg. pupillus 59. de verbor. obligat.* quamuis non eo minùs verum ſit, naturaliter eum obligari, vt ſuprà diximus, quod in furioſo & prodigo ſecus eſt *d. leg.is cui bonis 6.de verb. oblig.* Quare nec probare poſſum, quod Accurſius non aliter dat pupillo condictionem, quàm ſi priùs impetret in integrum reſtitutionem: quæ adulto quidem & minori neceſſaria eſt *l.vlt. C.ſi aduerſ. ſolut.* ſed pupillo non item, cùm ipſo iure non valeat ſolutio facta per pupillum ſine tutoris authoritate, quia pupillus præſens ſi tutorem quoque præſentem non habeat, pro abſente habendus eſt *leg.ſi pupillus 10. infr. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* niſi pro tutore iudex interuenerit, vt in *leg. ſancimus 25. Cod. de admin. tutor.* nec reſtitutio locum habere poſſit, aut ſaltem neceſſaria eſſe aduerſus

factum

factum quod ipſo iure non tenet *l. in cauſa 16. ſupr. De minor. l. 2. l. ſi quidē 11. C. de præd. minor.* Nec leuior eiuſdē Accurſij error in eo eſt, quod aliam facit cauſam pupilli, aliam verò furioſi & prodigi, vt pupillo danda ſit condictio indebiti præhabita, vt ipſe loquitur, reſtitutione, furioſo autem vel prodigo condictio ſine cauſa, quoniam, inquit, ſoluendi animū non habuerunt: nam huius legis verba oſtendunt harum omnium perſonarum eandem rationem eſſe, vt & in cæteris ferè omnibus eodem iure cenſeri ſolent *l. Fulcinius 7. §. planè interdum inf. quib. ex cauſ. in poſſ. eat. l. furioſus 46. De oblig. & act.* & ratio iuris illa omnibus perſonis illis æquè conuenit, quòd alienandi poteſtatem nullam habeant. Differentia quidem eſt inter pupillum pecuniam mutuā accipientem, aut aliquid promittentē, & furioſum vel prodigum, quod illi ne quidem naturaliter obligētur, pupillus verò etiā ſine tutore naturaliter obligetur, vt iā diximus, ſed inter pupillum ſoluentem, & furioſum vel prodigū nihil omnino intereſt, nec magis pupillo quàm furioſo datur, aut prodigo condictio indebiti, quàm cùm ſoluit tutore authore quod ſine tutoris authoritate ſtipulanti promiſerat: quomodo accipi debet, quod ſcriptū eſt in *d. l. quod pupillus 41. inf.* nam cum perſona hoc caſu non poſſit locum facere repetitioni, neceſſarium eſt aliud medium inducendæ condictionis, indebitum ſcilicet, vt Bartolus bene vidit, qui hanc legem melius quā alius quiſquam ex veteribus gloſſatoribus explicauit, licet non bene in omnibus, nam quo caſu ſiue pecunia ſiue alia res quælibet à pupillo vel furioſo vel prodigo ſoluta vindicari poſſet, eo caſu ſi conſumpta ſit, condictio indebiti locū habere nequit, vt malè Bartolus putat, ſed quo caſu nec ſi extaret, vindicari poſſet ob factam dominij tranſlationem, eodem caſu condicenda eſt, ſiue extet, ſiue conſumpta ſit, & quidem cōdictione indebiti, nunquā verò condictione ſine cauſa, non enim ſine cauſa penes aliquem eſſe poteſt videri, quod ſolutum eſt tanquam debitum, licèt fuerit indebitum, quamuis latiùs pateat condictio ſine cauſa, quàm indebiti *l. 2. in ſi.* vbi dicemus *infr. tit. prox.* Et tamen, quod diximus, furioſum & prodigum non obligari naturaliter, neq; fideiuſſorem pro iis accipi poſſe, obſtat valde quod ſcriptū eſt in *l. Marcellus 25. inf. De fideiuſſ.* vbi tractatur de fideiuſſore, qui pro pupillo ſine tutoris authoritate obligato & pro furioſo vel prodigo interuenerit. Sed dicendum eſt, quod nos docuimus in libris Coniecturarum, abundare in illa lege dictionem *obligato*, & intelligēdum eſſe Marcellum de furioſo & prodigo ritè obligatis, & pro quibus fideiuſſor accipi potuerit, ſed qui tamen fideiuſſorē dederint ſine authoritate curatoris, ſicut & de pupillo, qui fideiuſſore dederit ſine authoritate tutoris. Quo caſu non obligātur fideiuſſori actione mādati, quamuis fideiuſſor ipſe ſit obligatus. Obſtare etiam huic legi valde creditur, quod Mæcianus ſcribit in *l. ſi eius pupilli 64. inf. ad SC. Trebell.* Si eius mihi reſtituta ſit hereditas, qui pupillo ſine tutoris authoritate crediderat, & ſoluerit mihi pupillus, non poſſe illum repetere: id enim neceſſariò ſic accipiēdum eſt, ſi pupillus ſoluerit tutore authore: ſemper enim ſupponendi ſunt termini habiles *l. vt gradatim n. §. 1. infr. De muner. & honor.* & quoties à pupillo aliquid promiſsū vel ſolutū legimus, pupilli quoq; tutorem interueniſſe debemus intelligere, cum pupillus præſens, ſi tutoris quoq; authoritatem præſentem non habeat, pro abſente habendus ſit *d. leg. pupillus 10. inf. quib. ex cauſ. in poſſ. eat. l. ſi non expedierit 6. §. 1. De reb. author. iud. poſſid.* alioqui certè perſona pupilli faceret locum repetitioni, vt in hac lege ſcriptū eſt etiamſi tale ſit debitum, quod creſceret per inficiationē, quia licet in eo debiti genere condictio locum non habeat, quæ indebiti eſt *l. ea qua 4. C. hoc tit.* hæc tamen cōdictio, cui perſona locū facit, ſemper & in omnib. habet locum. Neq; Accurſius neque Bartolus hinc euoluere ſe potuerunt, quia legē hanc de condictione indebiti intellexerunt, diſtinguentes ius commune à ſpeciali beneficio reſtitutionis in integrum, quod in hac quæſtione omnino ridiculum eſt. Planè, quamuis veriſſimum ſit, quod hæc lex habet, perſonam pupilli facere locum repetitioni, ſi tamen aut ciuiliter aut naturaliter debitum fuit: quod pupillus ſoluit, prodeſt ei ſolutio, non tantùm ad acquirendam condictionē, ſed etiam ſi malit ad liberationem, quandoquidem ipſius intereſt ab obligatione qualibet etiam naturali liberari *l. quod ſi fortè 14. §. vlt. l. ſi pupilli 66. infr. De ſolut.* Verum enim eſt, facto eius pecuniam ad creditorē perueniſſe, vt Vlpianus ſubtiliter diſputat in *leg. non omnis 19. § ſi pupillus*, vbi diximus *ſupr. De reb. cred.* Habet igitur electionem pupillus vtrū malit liberari, an condicere: vtrumque enim beneficium ex eadem ſolutione conſequi certè non poteſt *l. ſi non ſortem 26. §. ſi centum & §. ſi decem ſupr. l. qui hominem 34. §. vlt. inf. De ſolut.* Illud poſtremò ex hac lege notandum eſt, latius patere nomen repetitionis quàm condictionis, repeti namque dicitur etiam quod vindicatur, nec tamen condicitur, ſicut & latiùs patet generale nomen condictionis ſimpliciter, quàm ſpeciale condictionis indebiti.

30. IDEM libro 10. Diſputationum.

QVi inuicem creditor, idémque debitor eſt: in his caſibus, in quibus compenſatio locum non habet, ſi ſoluit, non habet condictionem, veluti indebiti ſoluti: ſed ſui crediti repetitionem.

*Ad l. Qui inuicem 30.*

RAT. DVB. Aut inuicem quis debitor & creditor eſt ex vna eadémque cauſa, puta ex contractu venditionis vltro citróque obligatorio, aut ex variis & ſeparatis cauſis, puta ſi debeam tibi centum ex cauſa mutui, tu verò mihi totidem ex cauſa depoſiti, priore caſu ſiue venditor rem tradat ante ſolutum ſibi precium, ſiue emptor pretium ſoluat ante rem ſibi traditā, certum eſt vtrū illum fuiſſe exceptione perpetua ne aut rem tradere, aut pretium ſoluere prior cogeretur *l. Iulian. 13. §. offerri inf. De act. empt.* quę exceptio non poteſt eſſe non fauorabilis, cùm ex contractu ipſo naſcatur. Sunt enim exceptiones hæ omnium fauorabiliſſimæ, quas pragmatici noſtri *viſcerales* vocant, quòd ex ipſis inſtrumenti viſceribus proficiſcantur. Atqui is qui exceptione perpetua, eáque fauorabili tutus eſt, ſi ſoluat repetit *leg. qui exceptionem 40. infr. hoc tit.* Ergo in hac

ſpecie locus eſt condictioni. Poſteriore autem caſu cùm ex ſeparatis cauſis, idem eſt debitor & creditor ſi compenſationi locus ſit, æquè verum eſt, fuiſſe illum tutum exceptione perpetua & fauorabili, cùm nulla ſit fauorabilior compenſatione, quę etiam ſolutionis vim obtinet, ac proinde condictioni indebiti locum eſſe, quandoquidem non poteſt manere debitum quod vel ſolutum, vel pro ſoluto habẽdum eſt, ex *l. ſi ambo* 10. §. 1 *infr. de compenſ. l. ſi conſtat C. eod.* Et ita Bart. exiſtimat ex *l. quod dicitur* 5 §. *pen. infr. de impenſ. in reb. dot. fact.* Si verò compenſationi locus eſſe non poſſit, fortaſſis debitæ ſpeciei ad quantitatem, aut ex cauſa depoſiti, & aliis multis caſibus, quos hîc Accurſius congerit ex *l. vlt. C. de compenſ. l. pen. C. depoſit.* adhuc tamen verum eſt, eum qui ſolutionem accepit potuiſſe reconueniri, & mutua petitione inquietari, dum ne poſt litem conteſtatam *l. cùm Papinianus* 14. *iunct. Auth.* & conſequenter *C. de ſent. & interloc. omn. iud.* Cuius reconuẽtionis & mutuæ petitionis priuilegium illud eſt, vt vna eademque ſententia terminari debeat & ab eodem iudice *l. 1. & 2. ſup. de quib. reb. ad eund. iud. eat.* vbi diximus, *l. 1. §. vlt. inf. Quæ ſent. ſin appell. reſc. in poſſ.* & apud Gratianum *Ti. de mut. pet.* Ergo dicendum eſt, omni caſu poſſe illum qui ſoluit, condicere, ne vel compenſationis vel mutuæ petitionis obiiciendæ facultatem & priuilegium amittat, præſertim cùm nulla ex eo fiat iniuria ei qui ſolutionem accepit, ſiquidem in eam cauſam reponatur, in qua erat ante ſolutionem, & in qua eſſet hodie ſi ſolutio facta non eſſet, *arg. l. ſi iudex circumuento* 42. *ſup. de minor. l. cùm te* 6. *C. de pact. inf. empt. & vend.* Dec. Non poteſt repeti condictione indebiti id, quod verum eſt, debitum fuiſſe cùm ſolueretur. Atqui non eo minùs verum eſt, me tibi cẽtum debuiſſe, cùm ea ſolui tem, quod tu viciſſim totidem mihi deberes. Cùm ergo debitum acceperis, & hoc ipſo debitorem amiſeris, nulla dandæ mihi condictionis ratio supereſt, maximè cùm hoc ipſo locupletior factus ſim per ſolutionem, quòd à te ſum liberatus *l. ſi pupilli* 66. *in fi. infr. de ſol.* nec ſemel extincta obligatio reſtitui poſſit aut debeat, *l. quires* 98. §. *aream de ſol.* ſatiſq; mihi eſſe debet, quòd cùm ſim tuus creditor, eam pecuniam poſſim à te petere quam tu mihi debes. Non enim poteſt fieri contributio inuicem debiti & crediti, quæ compẽſationis diffinitio eſt *l. 1. infr. de compenſ.* quin locum habeat compenſatio: quod cùm accidit, tum verò quod ante fuit debitum, hoc ipſo fit indebitum, quod compenſationis iure habetur pro ſoluto: idcóque condictioni indebiti eo caſu locus eſt, nec de mutua petitione tractandum quicquam ſupereſt. Neque volo cum Bartolo diſtinguere, an compenſatio fiat ipſo iure, an facto hominis, nam ſicuti factum hominis ſemper neceſſarium eſt, quantum ad hoc vt compenſatio obiiciatur, [nec enim per iudicem ſuppleri vnquam poteſt, cùm etiam qui compenſat, petere videatur *l. amplius* 15. *infr. rat. rem haber.*] ita & compenſatio ipſa fit ſemper ipſo iure, præſertim hodie poſt *l. vlt. C. de compenſat.* quamuis olim non niſi per exceptionem doli opponi poſſet in iudiciis ſtrictis ex Diui Marci conſtitutione, §. *in bonæ fidei Inſtit. de act.* Idque eſt, quod Papinianus dicebat in *l. inter tutores* 36. *de admin. tutor.* æquitatem merum ius compenſationis inducere, *iunct. d. l. ſi ambo* 10. §. 1 *infr. de compenſ. d. l. ſi conſtat C. eod.* Neque verò diſtinctio illa Bartoli conuenit verbis huius legis, quæ diſtinguunt duntaxat, an compenſatio locum habeat necne, non etiam vtrum ipſo iure fiat an facto hominis, nam hæc lex ad eum caſum pertinet, quo non poſſit compenſatio habere locum neque de iure, neq. vt ipſe loquitur, de facto. Proinde abſurda, ne dicam ſtulta eſt quæſtio illa Bartoli, cur non habeat condictionem is, qui tutus eſt exceptione compenſationis, cùm ſit exceptio & perpetua & fauorabilis, nec ſubtilior reſponſio, quam affert, quod compenſationis exceptio ita exceptio eſt, vt ſit etiam actio. Quaſi verò ob id minus fauorabilis eſſe debeat, cùm è contrario dicendum eſſet potius tanto fauorabiliorem eam eſſe debere: intereſt enim illius qui compenſandi ius habet, vt retentionem habeat, aut liberationem potius quàm petitionem, retentionem ſi ei ſolutum ſit, liberationem ſi ſoluerit, & in omni parte iuris facilius datur retentio quàm perſecutio, *l. 1. infr. de pignor. l. 1.* §. *ſi autem infr. de ſuperfic. l. minimus* 156. §. 1. *de reg. iur.* Cur ergo cõpenſationis exceptio, quæ omnium fauorabiliſſima eſt, ob id minùs valebit ad inducendam condictionem indebiti, quàm cæteræ quas Bartolus *proprias* vocat, quod etiam actionis vim habere poſſit? Nec alia lex quærenda eſt quæ apertiùs quàm hæc probet eum, qui tutus exceptione compenſationis ſoluit, poſſe indebitum condicere, quamquam hoc idem ipſum ſcriptum eſt in *d. l. ſi ambo* 10 *verſ. ſimili modo in fin. infr. de compenſat.* quod & Bartolus fateri cogitur eo caſu quo debitum cuius nomine opponi compenſatio potuerit, naturale fuerit tantum, ita admittens deteriorem eſſe cauſam hac parte creditoris cui & ciuiliter, & naturaliter debitum fuerit, quàm eius cui naturaliter duntaxat, quod abſurdiſſimum certè eſt.

31. Idem libro 1. Opinionum.

IS, qui plus, quàm hereditaria portio efficit, per errorem creditori cauerit, indebiti promiſſi habet condictionem.

*Ad l. Is qui plus 31.*

Rat. dub. Repetitio nulla eſt ab eo, qui ſuum recepit licèt alius ſoluerit, quàm qui ſoluere debuit *l. repetitio* 44. *infr.* Ergo nec repetitio vlla eſſe debet ab eo cui promiſſum eſt, quod ei debitum fuit, licèt alius promiſerit, quàm qui debuit. Atqui cùm debitori duo heredes extiterunt, quamuis diuidatur obligatio inter heredes ex lege 12. tab. pro hereditariis portionibus, verum tamen eſt creditori hereditario debitum fuiſſe totum, ac proinde non fuiſſe indebitum quod ei promiſſum eſt. Igitur ſi vnus ex heredibus cùm ex dimidia tantùm parte heres eſſet, totam quantitatem à defuncto debitam promiſerit creditori, quamuis per errorem non debet habere condictionem promiſſi indebiti, multo minus incerti, cùm certa ſit quantitas, quæ & ab eo promiſſa, & creditori debita eſt. Dec. Quamuis debitum ſibi quis recipiat, tamen ſi is cui dat, non debitum dat, repetitio competit *leg. ſi pœna* 19. §. 1. *ſuprà hoc tit.* ſcilicet cùm ſuo nomine ſoluit non alieno, vt ibi explicauimus. Ergo quamuis debitum ſibi

quis

quis ſtipuletur, ſi tamen is qui promittit, indebitum promittat, dummodo ſuo nomine non alieno habere debet repetitionem indebiti promiſſi. Hoc verò euenit, cùm vnus ex duob. debitoris heredib. plus promittit quàm efficiat portio eius hereditaria: non enim plus debet, quàm pro qua parte heres eſt, quaſi diuiſa debitoris hereditate ex lege duodecim tabularum in tot hereditates quot ſunt heredes *d.l. 1. C ſi cert. pet. l. vlt. C de hered. action. l. 1. & 2. C. ſi vnus ex plurib. hered. debit. vel cred. §. 1. Inſt. de leg. Falcid.* Proinde ſi quid cauerit & promiſerit, non quidem pro coherede, ſed ſuo nomine per errorem, quaſi aliquid amplius ipſe deberet ſupra portionē hereditariam condicere promiſſum indebitum poterit, & quidem condictione non ſine cauſa, vt malè putat Accurſius, ſed indebiti, & præterea incerti. Eſt enim, vt ſæpius in hoc tractatu monuimus duplex condictio indebiti, vna certi, quoties id quod condicitur, certum eſt *l. certum 7. l. certi condictio 9. ſupr. De reb. cred.* altera incerti, quoties incertum illud eſt, quod in condictionem venit, vt in *leg. qui exceptionem 40. §. ſi pars inf. hoc t. l. quod ſi nulla 72. de leg. 1. l. ſi heres 5. in fi. infrà de act. empt. l. 2. §. aliud iuris erit & ſeq. i. f. de don. leg. 3. C. hoc tit.* In propoſito autem incertum eſt quod cōdicitur, quia etiamſi ſumma, quæ & creditori debita & ab vno ex coheredibus promiſſa eſt, certa ſit, non tamen ipſa condici poteſt: cùm ſoluta non ſit, ſed promiſſio condicenda eſſet, ſi factum condici poſſet. At quoniam facta condici non poſſunt *l. naturalis 5. §. ſed ſi faciam inf de præſcr. verb.* eò deueniendum neceſſariò eſt, vt liberationem condici oporteat, id eſt, in id agi, vt creditor, cui per errorem indebitè cautum eſt, liberet debitorem, & acceptum ei faciat, quod ſupra portionem hereditariam promiſſum ab eo fuit. Vnde fit, vt aliquando ad id agatur, vt debitor à tota promiſſione liberetur, aliquādo, vt à parte tantùm obligationis, quatenus nimirum indebiti promiſſum eſt ſiue in totum, ſiue pro parte *l. qui ſine cauſa 3. infr. tit. prox.* Cùm verò liberatio ſit facti, facta verò omnia ſint incerta *lg. vbi autem 75. §. qui id quod in faciendo infr. De verb. oblig.* meritò hæc incerti condictio dicitur, non certi.

32. IVLIANVS libro 10. Digeſtorum.

CVm is, qui Pamphilum aut Stichum debet, ſimul vtrumq. ſoluerit: ſi poſteaquam vtrumque ſoluit, aut vterque, aut alter ex his deſierit in rerum natura eſſe: nihil repetet. id enim remanebit in ſoluto, quod ſupereſt.

*Ad l. Cùm is 32.*

RAT. OVD. In obligatione alternatiua non vtraque res in obligatione eſt, ſed alterutra duntaxat *l. 2. §. Scæuola i. f. De eo quod cert. loc. plerunque 10. in fin. de iur. dot.* Ergo cùm is qui Stichum aut Pamphilum debebat, vtrumque ſoluit, fatendum eſt alterutrum indebitum fuiſſe, & indebitè ſolutum, ac proinde ſi alter ex iis poſtea deceſſerit, alterum, qui ſupereſt poſſe condici. Planè ſi ambo deceſſerint dubitationem res non habet quin verum ſit, quod Iulianus hîc ſcribit, nihil repeti poſſe, niſi fortè vellet quis dicere condici etiam hoc caſu poſſe alterutrius æſtimationem, poſtquam placuit aliud poſſe ſolui, aliud condici & æſtimationem rei ſolutæ poſſe repeti, vt in *l. ſi non ſortem 26. §. libertus ſupr. hoc tit.* Sed hoc in propoſito dici non poteſt, quia tunc ad æſtimationis cōdictionem recurrendum eſt, cùm alioqui fieret, vt is qui ſolutionem accepit, locupletaretur ex aliena iactura, vt in ſpecie *d. §. libertus*, quomodo hîc Bartolus rectè notat, quod in ſpecie propoſita non euenit, quia ex morte perempti hominis lucrum percipi nullum poteſt, adeoq; nec hominis ante moram perempti æſtimatio vlla eſt *l. in actionibus 5. verſ. planè ſupr. De in lit. iur.* Proinde ſi ambo qui ſoluti ſunt, mortui ſint, nihil eſt, quod de ipſorum corporum aut de æſtimationis condictione tractari poſſit. DAC. Non tàm ſolutionis quàm condictionis tempus ſpectandum eſt, cùm quæritur, quid veniat in hanc indebiti cōdictionem, quia id demum condicitur, non quod ab initio indebitè ſolutum, fuit, ſed quod iudicij accipiendi tempore inuenitur indebitum penes eum qui ſolutionem accepit, vt ſæpius in hoc tractatu diximus. Atqui cùm ambo, qui ſoluti ſunt, deceſſerunt ante propoſitam condictionem, nihil eſt, quod condici poſſit, quia nec quicquam eſt, ex quo is, cui ſolutum eſt, locupletior factus ſit. Cùm verò alterutter tantùm deceſſit, alter ſupereſt, qui licet faciat creditorem locupletiorem, indebitè tamen ſolutus dici non poteſt, quia verum eſt alterutrum debitum fuiſſe: nec quicquam cauſæ eſt, cur debitus fuiſſe videatur ille magis, qui mortuus eſt, quàm ille qui ſupereſt, cum non magis mortui quàm ſuperſtitis dominium creditori acquiſitum fuerit, vt dici poſſit ei rem ſuam periſſe ex *l. quæ fortuitu 6. & l. pignus 9. Cod. de pign. act.* non enim traditio ſufficit ad transferendum dominium; alioqui cùm vterque traditus ſit, dicendum eſſet, vtriuſque dominium in creditorem translatum fuiſſe: quod tamen euidenter falſum eſt, cùm alterutter duntaxat debitus fuerit, traditio autem ſola & eius rei quæ nullo iure debita eſt, dominium transferre non poſſit tanquam quæ ſit nuda *l. nunquam nuda 31. inf. De acquir. rer. dom.* etſi verò alterutter debitus fuit, quia tamen incertum eſt, quis ille fuerit vtroq; ſoluto, fatendum eſt, neutrius dominium tranſlatum fuiſſe in accipientem, atq; ita vtriuſque dominium manſiſſe debitoris, cui proinde eum, qui mortuus eſt, periſſe neceſſe eſt, eum verò qui ſupereſt, remanere in ſolutum penes creditorē, ne alioqui dum ei vtrumq; dare nolumus, vtrumq; ipſi denegemus. Aliud eſſet, ſi quis decem aut Stichum debuiſſet. Non enim quantitas quæ in genere debetur, perire vnquam poteſt *l. incendium 11. C. ſi cert. petat.* & ideò ſi debitor & decem & Stichū ſoluerit, nullus quæſtioni locus relinquitur, quandiu Stichus viuit, niſi quod illa emergit quæſtio, vtri danda ſit electio in repetitione, an debitori, qui ab initio electionem habuit, vtrum pecuniam, an Stichum dare mallet, an potius creditori, qui vtrumq; accipiendo conſtituit ſe alterutrius reſtituendi debitorem. In qua quæſtione conſtat diſſentientes fuiſſe veterum prudentum ſententias, & Iulianum quidem, cuius eſt hæc lex, debitori electionem dediſſe repetendi quem vellet, quoniam ab initio dādi quem vellet, electionem habuiſſet. Quam ſententiam & Papinianus quoque ſecutus eſt, & Iuſtinianus tandem comprobauit in *l. penult. C. hoc tit.* exploſa Vlpiani & Celſi contraria opinione, de qua ſcripſimus ad *l. ſi non ſortem 26. §. ſi decem ſup eod.* Hæc verò ſententia longè minus dubitabilem efficit huius legis quæſtionem; nam cùm is qui Stichum aut

Pamphilum debebat vtrumque ſoluit, & Stichus poſteà deceſſit, an non ſtultus eſſet creditor, ſi mallet eligere Stichum mortuum eùmque ſibi in ſolutum retinere, & Pamphilum ſuperſtitem reddere? Quanquam nec electio iſta propriè dici poteſt, cùm alter deceſſit, alter verò ſuperſtes eſt, cum mortui æſtimatio nulla ſit, quæ præſtari poſſit, vt modò diximus, niſi ponas deceſſiſſe Stichum poſt moram debitoris, quo caſu ſi electio creditoris fuit, & Stichus poſt electionem ab eo factam debitore in mora cõſtituto deceſſerit, perinde ſolus ille qui deceſſit petendus eſt, ac ſi ſolus in obligationem deductus fuiſſet, *l. Stichum aut Pamphilum 95. in princ. de ſolut.* vbi Papinianus addit, ſi è contrario promiſſoris fuerit electio, defuncto altero eum qui ſupereſt æquè peti poſſe, non enim qui electionem habet, vtrum ex duobus quem nolet ſoluat, facere tamen poteſt, vt nihil ſoluat *l. 2. §. Scæuola infr. de eo quod cert. loc.* ſatis tamen eſt creditori, quod alterum qui ſupereſt petere poſſit, nec præterea illud etiam indulgendum ei eſt, vt poſſit, ſi malit, defuncti hominis precium petere, quia debitoris mora facere quidẽ poteſt, vt qui mortuus eſt, viuere exiſtimetur ad perpetuandam obligationem *l. ſi ſeruum 9. §. ſequitur & §. vlt. de verb. oblig.* at non etiam, vt in creditorem transferatur electio, quæ ex ſtipulationis lege & ab initio fuit creditoris. Quid ergo ſi poſt ſolutum vtrumque, Stichum & Pamphilum creditori, cui alterutet duntaxat debebatur, creditor condictione indebiti, conuentus in alterutro reddendo moram fecerit, quia neutrum reddere voluit, atque ita Stichus poſteà deceſſerit ſuperſtite Pamphilo? Reſpõdet Bartolus, obligatũ eſſe hoc caſu creditorem, vt vel defũcti Stichi precium reſtituat, vel ſuperſtitem Pamphilum, non rectè, quia ſecundùm Iuliani noſtri & Papiniani ſententiam electio remanet debitoris, etiam poſteà quàm vtrumque ſoluit, quæ electio ei adimi per creditoris moram non poteſt, ne alioqui melior condicio ſit moroſi, quàm non moroſi creditoris. Proinde dicendum eſt ſolũ Pamphilum qui ſupereſt, ſolui hoc caſu poſſe, niſi malit debitor Stichi poſt moram defuncti precium conſequi *arg. d. l. Stichum aut Pamphilum*. Sed ſi contrariam Vlpiani & Celſi opinionem ſequamur, qui electionem quam debitor ab initio habuerat, transferebant in creditorem, erit omnino admittenda Bartoli ſentẽtia, ea ipſa ratione quam ſupra reddidimus. Cæterùm ponimus cum Iuliano vtrumq; ſeruum pariter & eodem tempore ſolutum fuiſſe, quoniã ſi alio atque alio tempore ſolutio facta proponeretur, dicẽdum eſſet eum ſolum videri ſolutum indebitè qui poſterior ſolutus fuiſſet, & idcirco eũ quoq; ſolum repeti poſſe condictione indebiti, non etiam defũcti Stichi æſtimationem, cum Stichi præſtatione cõtigerit liberatio, nec proinde alij quàm domino ſuo perire Stichus potuerit. Diximus *ad l. cùm duo 25. ſup.*

1 ¶ Fideiuſſor cum paciſcitur, ne ab eo pecunia petatur, & per imprudentiam ſoluerit: condicere ſtipulatori poterit. & ideo quia reus quidem manet obligatus: ipſe autem ſua exceptione tutus eſt. nihil autem intereſt, fideiuſſor an heres eius ſoluat. quòd ſi huic fideiuſſori reus heres extiterit [a], & ſoluerit: nec repetet, ſed liberabitur.

*Ad §. 1. Fideiuſſor.*

Rat. dvb. Fideiuſſor qui pactus eſt, ne ab eo pecunia petatur, nõ ideò liberatus eſt ipſo iure, ſed acquirit tantùm ſibi exceptionem pacti ſi conueniatur, quia conueniri adhuc poteſt cùm remaneat ipſo iure obligatus *l. fideiuſſoris 23. l. ſi vnus 27. §. pactus ne peteret, & paſſ. ſupr. de pact.* Ergo ſi poſteà per imprudentiam ſoluat, non poteſt condicere id quod ſoluit tanquam indebitum, cùm ciuiliter id debuerit, tantóque minùs quod non ideò futurum eſt, vt ex ipſius iactura creditor locupletetur, ſiue creditoris perſonam reſpicias qui verè creditor eſt, & cui ſalua remanet actio eáq; efficax contra reum principalem, cui pactum fideiuſſoris prodeſſe nullomodo poteſt *d. l. fideiuſſoris*, ſiue ipſius etiam fideiuſſoris qui regreſſum habiturus eſt aduerſus reum, & omne id quod ſoluerit repetiturus, aut mandati actione, aut negotiorum geſtorum *l. ex mandato 20. §. 1. infr. mand.* Dec. Quiſquis exceptione perpetua, eáque fauorabili tutus eſt ſi ſoluat per errorem facti, aut quod effectu idem eſt per imprudentiam, vt Iulianus hîc loquitur, poteſt condictione indebiti ſolutum repetere *l. qui exceptionem 40. infr. hoc tit.* Atqui pactum de non petendo factum cum fideiuſſore, ſiue in rem ſit, ſiue in perſonam, dummodò non ſit tẽporale, parit exceptionem pacti perpetuam fideiuſſori, quamuis non proſit reo *dict. l. fideiuſſoris l. ſi quis reum 5. in princ. & §. 1. infr. de liber. legat.* Ergo cùm exceptione perpetua tutus ſit, poteſt condicere, nec eo magis prohibendus eſt, quòd à reo poſſit alia actione idipſum repetere, ſicut enim ea res nullam contra eum actionem tribuere poteſt *l. nemo ideo 171. de reg. iur.* ita nec ei competentem adimere poteſt condictionem: alioqui poſſet cõtingere, vt in dãno moraretur, ſi fortè rei principalis inopia mandati vel negotiorum geſtorum actionem inutilem redderet *l. nam is 6. ſup. de dolo* nihil autem refert, an fideiuſſor ipſe ſoluerit, an heres eius: quamquam enim pactum nullum de non petendo inter creditorem, & fideiuſſoris heredem interceſſit, quæ ad hunc verſiculum dubitãdi ratio eſt: pacti tamen exceptio, quæ viuo fideiuſſori prodeſſe potuit, & competiit, tranſit in heredem, & conſequenter ius condictionis quod ex perpetua illa exceptione inducitur, niſi pactũ ſit merè perſonale *l. ſi tibi decẽ 17. §. ſi quis paciſcatur, & l. idem in duob. 25. §. 1. ſupr. de pact.* Planè reus manet obligatus, vt hîc Iulianus ſcribit, nec tantum ipſo iure, ſed etiam in effectu, cùm nulla exceptione tueri ſe poſſit, quia pactũ fideiuſſoris reo prodeſſe, vt diximus, non poteſt *d. l. fideiuſſoris.*

a *Quòd ſi huic fideiuſſori reus heres extiterit.* Rat. dvb. Sicut alia eſt perſona rei, alia fideiuſſoris, ita obligatio alia huius, alia illius, vt ex eo apparet, quod proximè diximus, ſi cum fideiuſſore pactum ſit de non petendo, reum manere obligatum, fideiuſſorem verò propria exceptione tutum eſſe, ideóque fideiuſſorem poſſe condicere quod ſoluit, reũ nõ poſſe. Ergo ſi huic fideiuſſori qui exceptione pacti tutus fuit, reus heres extiterit, & ſoluerit, perinde dicendum eſt poſſe eum cõdicere ex perſona fideiuſſoris defuncti, quamuis ex propria nõ poſſit, atque poſſet fideiuſſor ipſe ſi viueret: quemadmodũ enim perſona defuncti & heredis vna eadémque eſſe intelligitur *Nou. 48. de iureiur. à morient. præſt.* ita & here-

dem

dem neceſſe eſt vti poſſe iure defuncti, cum nihil aliud ſit hereditas, quàm ſucceſſio in vniuerſum ius, quod defunctus habuit *l. hereditas 62. De reg. iur. l. nihil aliud de verb. ſignif.* Proinde nec liberatus videri reus poteſt per ſolutionem à fideiuſſore factam, cùm nec fideiuſſor ipſe ſoluendo ſe liberauerit, ſed è contrario condictionem ſibi acquiſiuerit, quæ quoties competit, toties liberationem excludit, cùm vna eadémque ſolutio & liberationem & condictionem ſimul parere non poſſit, *l. ſi non ſortem 26. §. ſi centum & §. ſi decem ſupr. l. ſi fideiuſſor 59. infr. l. qui hominem 34. §. vlt. l. cùm qui 38. §. 1. & ſeq. infr. de ſolut.* Dic. Cùm reus fideiuſſori heres exiſtit, obligatio fideiuſſoria confunditur, quia non poteſt idem pro ſeipſo apud eundem eſſe obligatus, *l. cùm reus 14. l. heres à debitore 21. §. ſeruo tuo infr. de fideiuſſ.* maior enim obligatio tollit minorem, inquit *l. debitori 50. eod. tit. l. ſi duo 93. De ſolut. l. ſi reus 13. De duob. reis.* Sola itaque ſupereſt principalis obligatio, pro qua licèt nihil ſolutum ſit, cùm & fideiuſſor ſolus ſoluerit, & in ſolam cauſam fideiuſſoriam ſublata tamen per confuſionem obligatione fideiuſſoria ſoláque manente principali, neceſſe omnino eſt, vt in cauſam principalis obligationis cadat ſolutio, atque ita extinguat principalem obligationem. Quo admiſſo vtrumque ſtatim conſequitur, vt & reus liberetur perinde ac ſi ſoluiſſet, & condictionem habere nullam poſſit, ex ſupradicta iuris regula quæ non patitur, vt eadem ſolutio & liberationem pariat & condictionem: quamuis non ſit nouum, vt eadem ſolutio proficiat in varias cauſas ex diuerſis reſpectibus promanantes, quæ proinde nec contrariæ ſint, nec incompatibiles, vt in *l. innumerabilibus 14.* vbi exempla proponuntur *infr. de ſolut.* Miror verò Accurſium & Bartolum hîc quærere, an ſi agatur condictione indebiti ratione eius quantitatis ſolutæ, quæ naturaliter tantùm debebatur, poſſit condictioni obiici compenſatio, *ex l. etiam 6. infr. de compenſat.* Quæſtio enim ſupponit falſum, id ſcilicet quod naturaliter duntaxat debitum fuit, ſi ſolutum ſit, poſſe repeti condictione indebiti, quod nos iam ſæpius refutauimus, præſertim ad *l. 1. ſupr.* ſed illud magis miror, quod negant poſſe compenſari apertè contra *d. l. etiam 6. De compenſat. l. 3. §. pupillus ſupr. de neg. geſt.* & alias innumeras, quæ volunt etiam id quod naturaliter tantùm debetur, perinde compenſari poſſe, atque id quod ciuiliter quinque debeatur. Sed vt error ex errore naſci ſolet, poſtquàm in eo errarunt, quod condictionem indebiti dandam putant, ſi pecunia ſoluta non niſi naturaliter debita fuerit, ita & in hoc errare coguntur, vt denegent compenſationem, ne quod vna via fieri prohibitum eſt, inquiunt, altera concedatur contra *l. ſcire oportet 21. §. 1. inſt. de tutor. & curat. dat.* & ne alioqui leges quæ dicunt, id quod naturaliter duntaxat debitum fuit, ſi ſoluatur poſſe repeti, cùm tamen nulla omnino adferri lex poſſit quę hoc probet, non tam rebus quàm verbis impoſitæ videantur, contra *l. 2. C. commun. de legat.* Sic fit, vt ex quatuor effectibus naturalis obligationis, quos alibi recenſuimus, duo iſti tollantur, qui ſunt præcipui, & quorum vnus ille eſt, vt impediat repetitionem ſoluti *l. 3. § vlt. quod quiſq. iur.* alter vt inducat compenſationem *d. l. etiam.* Proinde cùm negari non poſſit, quin compenſandum ſit, quod naturaliter tantùm debetur, debuerunt potiùs interpretes abſurdi illius euitandi gratia quod verentur, priorem errorem abiicere, & fateri quod nos volumus, nec poſſe condici naturaliter debitum, quod poteſt compenſari. iunge *l. ſi fideiuſſor 29. §. non malè & §. vltim. infr. mandat.*

2 ¶ Mulier, ſi in ea opinione ſit, vt credat ſe pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit. ſublata enim falſa opinione, relinquitur pietatis cauſa, ex qua ſolutum repeti non poterit.

*Ad §. 2. Mulier.*

Non diſplicet quod poſt Cuiacium quidam malunt hîc legere *mater.* Non enim quælibet mulier pietatis cauſa dotem pro alia muliere conſtituere intelligitur, ſed ea tantùm quæ mater eſt, aut auia, quæ filiam vel neptem dotare interdum etiam cogitur, nimirum ſi patris, aut aui bona vel nulla ſint, vel non ſufficiant, *leg. neque mater 14. Cod. de iur. dot.* officium enim paternum non maternum eſt dotare filiam, *leg. vlt. C. de dot. promiſſ. l. capite 19. infr. de rit. nupt.* Sed tamen negari non poteſt, quin officio pietatis fungatur mater, aut auia, quæ filiam vel neptem dotat *arg. l. Neſennius 34. ſupr. de negot. geſt.* & hoc demùm caſu dotis cauſa pia dici poteſt, non etiam ſi perſona extranea dotem dederit aut promiſerit. In quo errant vulgo, qui tradunt indiſtinctè cauſam dotis piam eſſe, aut piæ cauſæ æquiparandam. Ergo ſi mater in ea opinione ſit, vt credat ſe pro dote filiæ ſuæ obligatam, cùm non eſſet, dotémque ſoluerit, aut aliquid dotis nomine dederit, negat Iulianus repetere eam poſſe. Ratio dubitandi eſt, quia ſola matris opinio non poteſt facere dotem debitam, quæ verè indebita eſt: plus enim eſt in re quàm in opinione, vt & in *§. ſi quis rem ſuam 11. Inſtit. de legat.* & erronea ſoluentis opinio indebiti condictionem inducit potiùs, quàm excludit, vt in *l. qui ſe debere 7. leg. ſi donaturus 9. §. 1. ſupr. de condict. cauſ. dat.* Quidni ergo condictioni locus eſſe poterit? Sed ratio decidendi eſt, quæ in textu proponitur, quòd ſublata falſa opinione ſupereſt cauſa pietatis, ex qua ſolutum repeti non poteſt *l. & ſi quis 14. §. interdum 7. ſupr. de religioſ. & ſumptib. funer. d. l. Neſennius.* niſi in caſu valde ſingulari *leg. patrem 6. C. de nupt.* Planè ſi mater tutrix fuerit, & dotem tanquam tutrix dederit, nullus quæſtioni locus relinquitur, an ſuo nomine poſſit condicere, quod non ſuo nomine ſoluerit. Sed & in dubio credenda eſt, ex officij ſui neceſſitate potiùs quàm ex cauſa pietatis dotem conſtituiſſe, & ex filiæ bonis paternis potiùs quàm ex ſuis *d. l. Neſennius l. cùm plures 12. §. cùm tutor. leg. cùm poſt 43. §. 1. infr. de admin. tutor.* Ergo in muliere extranea, quæ dotē quaſi à ſe debitam pro alia muliere ſoluiſſet, reſponſum hoc Iuliani locum non haberet, ceſſante ſcilicet eo caſu pietatis cauſa qua ſola mouetur Iulianus: quãuis contra hîc noſter putet Accurſius: niſi eum intelligas cum Bartolo de ſorore, quæ dotem det ſorori, aut de nutrice quę det alumnæ, aut etiam de muliere omnino extranea, ſed diuite quæ dotem dederit mulieri pauperi, fauore ac intuitu paupertatis ex Bart. in *l. alim. infr. de alim. legat.* Alia quæſtio eſt, quam idem Accurſius proponit, ſi mulier aliqua pro alia muliere dotem promiſerit, ſiue per fideiuſſionem, ſiue alio quouis modo, nemo enim dubitat quin rectè obligetur & efficaciter, nec Velleiani exce-

ptione ſe iuuare hoc caſu poſſit, *l. ſi dot. are 12. l. vlt. C. ad SC. Velleian.* Cauſa enim dotis licèt non ſemper ſit pia, ſemper tamen eſt fauorabiliſſima propter admixtam cauſam & vtilitatem reipublicæ, *l. 2. infr. de iur. dot. l. 1. ſolut. matrim. l. intereſt 18. de reb. author. iudic. poſſid. aliàs l. 3. de priuileg. credit.* Hoc verò cùm accidit, nemo dubitat, quin omne id quod mulier obligata pro dote alterius mulieris ſoluerit, repetere poſſit actione mandati, vel negotiorum geſtorum, vt alius fideiuſſor quilibet, *l. ex mandato 20. §. 1. & paſſ. infr. mandat. iunct. d. l. cùm poſt §. 1. de admin. tutor.* Eſt igitur hic Iuliani locus intelligendus de matre vel auia, quæ putabat ſe teneri ſuo nomine ad dotem pro filia, vel nepte dandam, non de ea muliere quæ ſoluerit ſciens, aut putans ſe pro alia muliere obligatam, vt benè concludit Accurſius. Nam ſi pater ignorans filiam diuertiſſe, dotem ex cauſa promiſſionis numerauerit, habet tamen condictionem indebiti, ſed de dote agere debet, *leg. ſi pater ignorans 41. infr. ſolut. matrim.* nempe quia non fuit indebita dos, quæ promiſſa erat, neque diuortium, quod pater ignorauit, facit eam indebitam, ſed reddendam actione de dote, ſoluto quippe matrimonio.

3 ¶ Qui hominem generaliter promiſit, ſimilis eſt ei, qui hominem aut decem debet. & ideo ſi cùm exiſtimaret ſe Stichum promiſiſſe, eum dederit, condicet: alium autem quemlibet dando, liberari poterit.

*Ad §. vlt. Qui hominem.*

RAT. DVB. Quemadmodum hominis legatum orationis compendio ſingulos homines, vt Papinianus loquitur in *l. Mænius 66. duorum de legat. 2.* ita & hominis promiſſio generaliter facta per ſtipulationem. Eadem enim hac parte ratio eſt ſtipulationis quæ legati, vt ibidem ſcriptum eſt, quamuis pugnare videatur quod Marcellus ſcribit in *l. qui decem 72. §. Stichum aut Pamphilum infr. de ſolut.* De cuius tamen ſententia & emendatione videnda ſunt quæ ſcripſimus *lib. 2. Coniect. cap. 15.* Atquin is qui hominem certum puta Stichum aut decem debet, ſi putans ſe Stichum præciſè debere Stichum ſoluerit, non poteſt eum repetere, quia verum eſt eum ſoluiſſe id, quod verè debuit, *l. ſi is cui 19. eod. tit.* Ergo & ſi is, qui hominem generaliter promiſit, ſi putans ſe Stichum debere Stichum ſoluerit, non magis repetere illum poterit, quia debitum dedit, longeque alia cauſa eſt eius, qui putans ſe Stichum aut Pamphilum debere, cùm Stichum ſolum deberet, ſoluit Pamphilum. Hic enim repetet, quia ſoluendo Pamphilum nec ſoluit quod debuit, nec aliud quicquam pro eo quod debuit, *l. ſi pœna 19. §. ſi putens ſupr. hoc tit.* vbi diximus. DEC. Qui hominem generaliter promiſit, ſimilis eſt ei qui hominem æquè in genere & incertum, aut decem promiſit, generis enim debitor perinde habet electionem, quem ex hominibus certis velit ſoluere, ac ſi omnes eos ſub alternatione promiſiſſet, *l. 2. §. 1. de verb. oblig.* quamuis ſit debitor generis purè. Atqui in obligatione alternatiua generis certi aut quātitatis, ſi quis vnam rem ex pluribus eiuſdem generis ſoluerit, poteſt repetere, ſi eam ſoluerit quaſi ſolam debitam, quia nec verè fuerat debita in ſpecie. Dixi, ſi in obligatione alternatiua ſit genus, vt in exemplo quod hic adfert Iulianus, ſi quis hominem aut decem promiſerit, nam ſi in alternatiua obligatione ſint duæ ſpecies, puta ſi quis Stichum aut Pamphilum promiſerit, licèt ſolum Stichum debere ſe crediderit, ſi tamē eum ſoluerit, non repetit *d. l. ſi is cui* quia verū eſt debitum eum fuiſſe, cùm in obligatione alternatiua, vtraque ſpecies ponatur ad obligationem *leg. ſi duo 128 infr. de verb. oblig. dict. l. qui decem 72. §. Stichum aut Pamphilum de ſolut.* Quod in obligatione generis diuerſum eſt, nullius enim certæ ſpeciei debitor eſt, qui generis debitor eſt, vt bene ac ſubtiliter Bartolus poſt Accurſium argumentatur. Ideoque obſeruandum eſt, quod Bartolus non vidit, non ita ſcribere Iulianum, vt dicat eum qui hominem generaliter promiſit ſimilem ei eſſe, qui Stichum aut Pamphilum debet, ſed ei qui hominem in genere aut decem: hic namque non magis Stichi debitor eſt, quàm ſi hominem duntaxat generaliter promiſiſſet. Quid enim poteſt adiectio illa facere *aut decem*, vt Stichus debeatur? Bona igitur Iuliani illatio eſt, quæ ſubiicitur in illis verbis, *Et ideò ſi cùm exiſtimaret ſe Stichum promiſiſſe, eum dederit, condicet.* Nam etſi hominem in genere aut decem promiſiſſet, idem contingeret. Neque neceſſe eſt, vt cum Accurſio & Bartolo exiſtimes dictionem *ideò* nō ſuo loco poſitam eſſe, ac ſublata ea legendum *&, ſi cùm exiſtimaret ſe Stichum promiſiſſe, eum dederit*, mox reponendam dictionem *ideò* ante verbum *condicet*, quod eſt ridiculum. Planè non eſſet bona illatio, ſi Iulianus in præcedentibus ſcripſiſſet, quomodo noſtri tradunt, vimir generaliter obligationem generis eſſe ſimilem cuilibet obligationi alternatiuæ, quod certè falſum eſſet, non modò quantum ad condictionem indebiti, ſed etiam quantum ad ius ipſum obligationis. Debitor ſiquidem generis nullius certæ ſpeciei debitor eſt, & idcirco cùm erret ſi ſe putet certæ ſpeciei debitorem, mirum non eſt, dari ei condictionem certæ illius ſpeciei quam per errorem ſoluerit, quamuis ſi nihil per errorem fecerit, nihil poſſit repetere, quia perinde liberatur ſoluendo Stichum, ac ſi cùm ipſum ſolum debuiſſet præciſè, vt ſubiicitur in hoc §. *& in l. cùm incertus 13. de legat. 1.* Solutio autem, quæ liberationem parit, eadem parere condictionem non poteſt, vt toties diximus ex *§. 1. huius legis & l. ſi non ſortem 26. §. ſi decem ſupr. hoc tit.* Non igitur comparanda eſt obligatio generis obligationi alternatiuæ ſimpliciter, ſed is qui hominem promiſit ei, qui hominem in genere aut decem promiſit. Quid ergo ſi quis hominem in genere, aut Stichum promiſerit? Inepta erit ſtipulatio, cùm promiſſio Stichi in generali hominis promiſſione contineatur, nec proinde poſſit electio cadere inter genus & ſpeciem, quia nec genus, niſi in certa aliqua ſua ſpecie ſolui poteſt: ob idque benè poſuit exemplum Iulianus in eo qui hominem in genere, aut decem promiſit, vt & Iuſtinianus in *§ ſi quis agens 33. verſ. huic autem inſtit. de action.* vbi certè delenda eſt in verbis ſtipulationis dictio *Stichum*, vt ſequentia probant, in quibus de homine generaliter ſolùm agitur non de Sticho. Sed & illa inter obligationem generis & alternatiuam certarum ſpecierum differentia eſt, quòd qui Stichum aut Pamphilum promiſit, alterutrum qualiſcumque ſit dando liberatur: qui verò hominem in genere debet, ſi ex cauſa legati, non liberatur dando viliſſimum & peſſimum, quia nec ea teſtatoris voluntas fuiſſe intelligitur, *leg. ſi heres generaliter 110. de legat. 1.* Si verò ex cauſa

ſtipulatio-

ſtipulationis dādo quemlibet, vt hîc ſcriptum eſt, ac proinde etiam viliſſimum liberatur *arg. l. fideiuſſorem 52. infr. mandat.* quamuis Accurſius noſter tam ad hunc quàm ad illum locum contrà ſentire poſt Azonem videatur, dandum ſcilicet aliquem ex mediocribus non viliſſimum aut peſſimum.

33. IDEM libro 39. Digeſtorum.

SI in area tua ædificaſſem, & tu ædes poſſideres: condictio locum non habebit: quia nullum negotium inter nos contraheretur: nam is, qui non debitam pecuniam ſoluerit, hoc ipſo aliquid negotij geſſit. cùm autem ædificium in area ſua ab alio poſitum dominus occupat, nullum negotium contrahit. Sed & ſi is, qui in aliena area ædificaſſet [a], ipſe poſſeſſionem tradidiſſet, condictionem non habebit: quia nihil accipientis faceret, ſed ſuam rem dominus habere inciperet. Et ideò conſtat, ſi quis cùm exiſtimaret ſe heredem eſſe [b], inſulam hereditariam fulſiſſet: nullo alio modo, quàm per retentionem, impenſas ſeruare poſſe.

*Ad l. Si in area 33.*

RAT. DVB. Si ego in area tua ædificauerim cùm tu ædes poſſideres, locupletaberis proculdubiò ex mea iactura contra naturalem æquitatem, cùm quicquid ædificatum eſt in area, cedat ſolo tanquā ſuperficies, ac proinde in eius vtilitatem cuius ſolum eſt *l. qui res 98. §. aream 1. ff. de ſolut. l. 2. infr. de ſuperfic.* Atqui ratio quæ indebiti condictionem induxit, non alia eſt quàm ne quis ex aliena iactura locupletetur *l. nam hoc natura 14. ſupr. hoc tit.* Ergo & in hac ſpecie permittendum mihi eſt, vt condicam aut domum ipſam in *leg. qui exceptionem 40. §. ſi pars infr.* aut ſaltem impenſas à me factas.

DEC. Condictio indebiti naſcitur ex quaſi contractu, ac proinde ex aliquo negotio geſto, & quaſi ex mutuo *l. 5. §. is quoque qui non debitum infr. de oblig. & act. & §. penult. Inſt. de obligat. quæ ex quaſi contr.* licèt extra id quod agitur, vt benè Accurſius noſter addit ex *l. is qui 13. in fin. infr. commod.* qui enim ſoluendi animo dat indebitum, diſtrahendi potius quā contrahendi negotij animum gerit. Atqui nullum negotium geſtum videri poteſt inter te & me, cùm in area tua ædificaui fortaſſis te abſente, vt credibile eſt, & ignorante: nec enim contrahi poteſt, niſi inter plures & quidem ſcientes ac conſentientes *l. in omnibus rebus 55. & l. 57. de oblig. & act.* Ergo non poteſt hoc caſu condictio indebiti locum habere. Multúmque diuerſa ratio eſt eius qui pecuniam indebitam ſoluit: alteri enim ſoluit, ac proinde hoc ipſo negotium aliquod geritur inter dantem & accipientem: at cùm ædifico in area tua, non perſona tua interuenit, ſed tantùm res tua in quam impendo: ea verò negotij vllius gerendi incapax eſt. Et cōſequenter ſiue tempus illud inſpicias, quo ego in aream tuam impendo, nullum gero tecum negotiū, ſiue tempus illud quo tu ædificium à me in area tua poſitum occupas, nullum negotium inter nos contrahitur, ſed in iure tuo verſaris, & rem quæ iam tua eſt, tibi habere incipis.

a *Sed etſi is qui in aliena area ædificaſſet.* RAT. DVB. Cùm is qui in aliena area ædificauit, poſſeſſionem ædificij ipſe tradidit, negari non poteſt quin negotium aliquod geratur inter ipſum & eum qui accipit, non enim tradi quicquam poteſt niſi ſit qui accipiat. Ergo hoc ſaltem caſu fatendum eſt, condictioni locum eſſe poſſe, non minus quàm ſi quis nummos indebitos alij ſoluat: nec ſanè dubitari poteſt, quin caſus hic maiorem dubitationem habeat quàm ſuperior. DEC. Negotium quidem aliquod geritur inter eum qui ædificium tradit, & eum qui accipit, ſed non tale negotium per quod fiat aliquid accipientis. Quod enim ædificatum eſt in area aliena, iam inde a quo tempore ædificatum eſt cœpit pertinere ad areæ dominum, quamuis ignorantem, adeóque inuitum, quandoquidem nemo facere poteſt, aut prohibere, quin & naturali & ciuili ratione ſuperficies ſolo cedat *d. l. 2. de ſuperfic. l. 3. § ſed ſi ſupra ædes infr. vti poſſid. d. l. qui res 98. § aream de ſolut.* nec ſuperueniens traditio quicquam adiicere poteſt dominio iam antea quæſito, quia quod iam meum eſt, magis meum fieri non poteſt *§. ſic itaque Inſtit. de action. l. in bello 12. §. ſi quis ſeruum infrà de captiu. & poſtlim. reuerſ.* Ergo condictionem habere nō poteſt is, qui ædificauit & tradidit, cùm nihil accipientis fecerit, & hoc caſu æquè ac ſuperiore ſuam rem dominus habere incipiat quam ante traditionem non habebat. Cur ergo, inquies, non habet ſaltem poſſeſſionis, quam tranſtulit, condictionem? vt in *l. indebiti 15. §. ſed ſi nummi ſupr. hoc titul.* Nam & poſſeſſionis quoddam eſt veluti dominium, vt ibi diximus. Reſpondendum eſt cum Bartolo in *dict. §. ſed ſi nummi* factam fuiſſe accipientis poſſeſſionem, quæ nec ipſius antea erat, nec ipſi debita, in propoſita verò ſpecie diuerſū eſſe, quia quod diximus, ſuperficiem ſolo cedere, non tantùm ad proprietatis, ſed etiam ad poſſeſſionis cauſam pertinet, vt quiſquis ſolum poſſidet, etiam ſuperficiem hoc ipſo poſſidere intelligatur *dict. l. 3. § ſed ſi ſupra ædes infr. Vti poſſid.* poteſtq; dominus areæ vindicando ſuum dominiū, etiamſi non ædes poſſideat, attamen ædificij ab alio extructi poſſeſſionem auferre, non quidem tanquam ſuam, ſed tamen quaſi aliquomodo ſibi debitam, cùm quiſquis alienam rem iniuſtè detinet eam petenti, quandoque & vindicanti domino reſtituere ſit obligatus *leg. & ex diuerſo 35. § 1. l. qui reſtituere 68. & l. vltim. & paſſ. ſupr. de rei vindic.* Proinde vt condictio indebiti locum habere poſſit, duo concurrere oportet, vt & negotium aliquod geſtum ſit vno dante, & alio accipiente, & vt aliquid factum ſit accipientis. Itaque malè noſtri obiiciunt quod ſcriptum eſt in *l. qui exceptionem 40. §. ſi pars infr.* poſſe condici totam domum, vt impenſa repetatur. Ibi enim dominium domus per fideicommiſſum relictæ tranſlatum fuerat in accipien-

Stichi apparuerit, liberationem in prioribus quinque ſolutis contingere nullam potuiſſe, (reſidua enim quinque ſoluenda erant, vt priora quinque ſoluta debita fuiſſe viderentur,) conſequens eſt, vt exinde eorum quinque condictio præcisè nata, iam inde ab initio fuiſſe retrofingatur. Quo poſito illud etiam fit, vt in obligatione condictionis non poſſit dici Stichus eſſe, ne quidem alternatiuè, ſed vt debitè ſolutus dici debeat, quia prioribus quinque factis indebitis per ſolutionem Stichi, Stichus omnimodo debitus eſſe cœpit, nec in mea poteſtate eſſe poteſt aut debet, vt faciam eum indebitum, ſi malim Stichum quàm quinque reddere, non magis quàm vt faciam priora quinque debita, quæ ſolutio ſecuta Stichi fecit apparêre indebita. Ergo non ſum audiendus, ſi malim ex decem debitis quinque indebitè ſoluta retinere, & Stichum debitè ſolutum quaſi indebitum reddere. Illud enim demum in condictionem venit, quod actor indebitè à ſe ſolutum dicit, & probat, non quod reus quaſi indebitum vult reddere. Longéque alia ratio eſt huius ſpeciei, & illius in qua vtrumque in obligatione alternatiua poſitum ſimul ſolutum ſit, quia tunc non magis vnius quàm alterius rei ſolutæ condictio naſci poteſt, ſed tantùm alterutrius diſiunctim & alternatiuè: Ac proinde creditor, qui rem vtramque accepit, cùm altera tantùm deberetur, ex creditore fit debitor. Quæ res acquirit ei electionem, vt ex duabus rebus reddat vtram malit, ſecundum Vlpiani & Celſi ſententiam hîc expreſſam in poſtremis illis huius §. verbis, *quamuis vtroque ſimul ſoluto mihi retinendi quod vellem arbitrium daretur.* Alia enim fuit Iuliani & Papiniani ſententia, à Iuſtiniano relata & probata in *leg. vltim. Cod. hoc titul.* vt repetendi electionem debitor habere debeat, qui & dandi habuit, cuius etiam veſtigium quoddam extat in *leg. cùm is 32. in princip. infr.* Pro Vlpiano & Celſo illa ratio faciebat, quam ſuprà attulimus, quòd is qui indebitum accepit, vtroque ſimul ſoluto videatur factus debitor ex cauſa condictionis, vt alterutrum reddere teneatur: in alternatiuis autem, vt diximus, electio eſt debitoris. Sed pro Iuliano & Papiniano illa fortior ratio facit, quod indebiti ſolutio, quæ ſoluenti condictionem parit, ex bono & æquo non debeat eum damno adficere, vt electionem ipſi adimat, quam habuit ante ſolutionem, alioqui ſolutio & facti error ei noceret: quod ne accidat, condictionem ei damus. Vt vt ſit, ſequenda Iuſtiniani lex & conſtitutio eſt. Iunge *leg. planè 21. ſupr.* vbi dixi.

14 ¶ Idem ait, & ſi duo heredes ſint ſtipulatoris, non ſic poſſe, alteri quinque ſolutis, alteri partem Stichi ſolui. Idem, & ſi duo ſint promiſſoris heredes[a]. Secundùm quę liberatio non contingit, niſi aut vtrique quina, aut vtrique partes Stichi fuerint ſolutæ.

### *Ad §. vlt. Idem ait.*

RAT. DVB. Cùm duo ſunt vnius ſtipulatoris heredes, obligatio diuiditur inter heredes ex lege 12. tabular. *l. 1. C. ſi certum petat. l. 1. & 2. C. ſi vnus ex pluribus heredibus debit. l. vlt. C. de hereditatis action.* ac proinde quemadmodum quot ſunt heredes, tot hereditates eſſe intelliguntur *§. primo Inſtitut. de legat. falcid.* ita tot obligationes videri debent, cùm obligatio ſit hereditaria, & conſequenter quæ hereditatis cauſam & diuiſionem ſequatur. Ergo ſi duo ſint heredes ſtipulatoris, qui decem, aut Stichum ſibi dari ſtipulatus fuerat, & vnus ex heredibus ſoluat quinque, & alius partem Stichi, dicendum eſt, vtrumque pro ea parte quam ſoluit, liberari, ac ſi vnus decem tantùm, alius Stichum ſolum debuiſſet: quo caſu nemo dubitaret, quin vterque pro ea parte quam ſoluiſſet liberaretur, *leg. ſtipulatus ſum 9. §. primo infrà de ſolution.* DEC. Obligatio hereditaria talis in heredes tranſit, qualis fuit apud defunctum, nec enim ex perſonis & numero heredum condicio obligationis immutari poteſt *leg. 2. §. ex his de verb. oblig.* Atqui ponimus ſtipulatorem fuiſſe ſtipulatum à Titio decem aut Stichum, atque ita & decem & Stichum, ſed diſiunctim & alternatiuè. Ergo & cùm ſtipulator hic deceſſit duobus relictis heredibus, fatendum eſt in ſingulos eius heredes tranſire obligationem illam actiuam, quæ fuit penes ſtipulatorem, vt poſſit eorum quiſque petere idipſum quod petere defunctus potuit, id eſt, aut decem, aut Stichum. Eſt enim obligatio alternatiua indiuidua hactenus, vt ex duabus rebus alternatiuè debitis vna pro parte ſolui non poſſit, itémque alia pro parte, ſed alterutram totam ſolui oporteat, nempe quia non vtraque abſolutè in obligatione aut præſtatione eſt, quomodo ſi quis decem & Stichum ſtipulatus eſſet, ſed tantùm alterutra, aut quod verius eſt vtraque quidem in obligatione, ſed alternatiuè, id eſt, ita vt alterutrius tãtùm electio facienda ſit, non vtriuſque pro parte, ne alioquin eueniat, vt eiuſdem rei obligatio in pluribus rebus ſoluatur, quod abſurdum eſſe diximus ad *§. præcedentem ex l. 2. §. ſi tamen hominem & l. in executione 85. §. pro parte inf. de verbor. oblig. d. l. 9. §. 1. de ſolut.* Ergo vt contingat liberatio, aut decem tota ſolui heredibus ſtipulatoris neceſſe eſt, aut Stichum totum, ideóque nec vnus ex heredibus ſtipulatoris agere ex hac ſtipulatione pro parte poteſt, ne alioqui plus petat, ſi aut decem tantùm aut Stichum ſolum petat, quandoquidem ita fieret, vt adimeret debitori electionem quam ſtipulatio ei dedit, cuius forma immutari ex poſtfacto non poteſt *§. plus autem Inſtit. de act. iunct. l. vero procuratoris 12. §. pen. de ſolut.* Quòd ſi heres pro parte dimidia ad hoc ageret, vt vel dimidia pars decem, vel dimidia pars Stichi ſibi ſolueretur, malè etiam ageret, quandoquidem ex ſolutione ipſi facta non poſſet liberatio contingere, quouſq; alteri heredi, aut alia pars pecuniæ, aut alia pars Stichi ſoluta eſſet, quã tamen non eo magis ſoluere promiſſor cogeretur, quippe cui alius heres agens poſterior, æquè electionẽ eandem dare deberet, an partẽ pecuniæ, an partẽ Stichi mallet ſoluere, quia nec ab eo partẽ aliam pecuniæ aut Stichi poſſet petere præcisè, ſed quemadmodũ prior, aut partẽ pecuniæ, aut partem Stichi, eâdem ratione, ne alioqui plus cauſa petere videretur *d. §. plus autem*: ita fit vt ſoluta vni ex heredibus ſtipulatoris

toris parte pecuniæ, alteri verò parte Stichi, nulla promiſſori contingat liberatio, neque partis pecuniæ, neq; partis Stichi, quoniam nec defuncto ſtipulatori ſolutio ita fieri potuiſſet. Vnius enim rei obligatione contracta vnius quoque & eiuſdem rei ſolutionem fieri oportet. Idémque eſt ſi quis non decem aut Stichum, ſed decem aut hominem in genere, vel etiam Stichum aut Pamphilum ſtipulatus ſit, & duobus relictis heredibus deceſſerit *d.l.2. §.1. de verb. oblig. d.§. pro parte l.85. eod. tit. d.l. ſtipulatus 9. §.1. de ſolut.*

a *Idē eſt & ſi duo ſint promiſſoris heredes.* RAT. DVB. Non ſemper idem iuris eſt in pluribus heredibus promiſſoris, quod eſt in pluribus heredibus ſtipulatoris etiam in obligationibus indiuiduis, vt conſtat ex *l.4. §. vlt. infr. de verb. oblig.* DEC. Aliud quidem interdum iuris eſt, nimirum cùm diuerſa iuris ratio ius quoque diuerſum inducit, vt in *d.§. vlt.* At in ſpecie huius §. eadē iuris & æquitatis ratio locum habet in heredibus promiſſoris, quæ in heredibus ſtipulatoris, vt ex iis apparet quę proximè diximus. Ergo idem quoq; in omnibus iuris eſt, vt liberatio nō contingat, niſi aut vterque heredum quinа ſoluerit, aut vtrique partes Stichi fuerint ſolutæ. Eadem igitur eſt ad hunc quoque verſiculum dubitandi & decidendi ratio quæ ad ſuperiorem.

27. PAVLVS libro 17. ad Edictum.

QVi loco certo debere exiſtimans, indebitum ſoluit, quolibet loco repetet. non enim exiſtimationem ſoluentis, eadem ſpecies repetitionis ſequitur.

*Ad l. Qui loco certo 27.*

RAT. DVB. Qui ſoluit indebitum, quaſi mutuum contrahere intelligitur *leg. ſi quis abſentis 5. §. is quoque inf. de oblig. & act. §. 1. Inſtit. quib. mod. re contr. oblig.* atqui contraxiſſe vnuſquiſque in eo loco intelligitur, in quo vt ſolueret ſe obligauit *l. contraxiſſe, eod. tit. de oblig. & act.* Ergo multo magis ibi contractum eſſe intelligetur, vbi ſolutum eſt. Et conſequenter dicēdum eſt, in eo loco condicendum eſſe indebitum in quo ſolutum fuit, non autem vbique, vt in hac lege ſcriptum eſt.

DEC. Non eadem eſt repetentis indebitum, quæ ſoluentis exiſtimatio, qui enim ſoluit indebitum, quod putat ſe certo loco debere, idcirco ſoluit eo loco, quia ſcit futurum, vt ni ſoluat eo loco poſſit conueniri actione arbitraria, vbique ad omne id quod intererit creditoris alio loco non ſolui *l.1.2.3. & paſſ. infr. de eo quod cert. loc.* At verò quod indebitè ſolutū eſt, vbique indebitū eſt, nec quod certo loco ſolutum ſit, facere poteſt vt aliis locis debitum ſit, quod eo loco in quo ſolutū eſt, fuit indebitum. Ergo vbique repeti poteſt, quod certo loco indebitè ſolutum fuit, nec tantùm aliis locis in quib. ſolutio facta non eſt, vt Guillielmus vetus gloſſator exiſtimauit, quem Bartolus refert, ſed vt lōgè melius Accurſius in illo etiam loco, in quo per errorem indebitum ſolutum eſt. Erat enim longè maior dubitandi ratio, propter quam videbatur in illo tantùm loco cōdici poſſe, in quo ſolutum fuerat, quàm vt videretur locus ille excipiendus. Neque tamen meliùs idem Accurſius & Bart. exiſtimant huius legis ſententiam illam eſſe, vt ſicuti promiſſum in certo loco poteſt vbique peti, ita ſolutum indebitè certo loco poſſit etiam vbique peti non obſtante errore ſoluentis, ita namque fit, vt eadem conſtituatur ratio obligationis contractæ ad ſoluendum certo loco, & ſolutionis, cū tamen legis verba diuerſam apertè conſtituant vtriuſque rationem, *non enim exiſtimationem ſoluentis* inquit Paulus, *eadem ſpecies repetitionis ſequitur.* Et certè ita eſt. Eum enim qui promiſit ſoluere certo loco, falsū eſt conueniri poſſe vbique, niſi addas cōueniri eum per arbitrariam, & æſtimato eo quod ipſius intereſt, vt deſtinato loco conueniatur, ſi non fuerit prius in mora ſoluendi *l.2. §. nūc de officio infr. de eo quod cert. loc.* At is qui indebitum ſoluit quod exiſtimabat ſe debere certo loco, poteſt vbique condicere ſuo iure; nec vlla indiget vtili condictione, quomodo indiget vtili & prætoria actione is qui alio loco petere vult ſiue motam fecerit ſiue eam paſſus ſit *leg. 1. eod.* ideóque nec de eo quod intereſt præſtando in huiuſmodi condictione quicquam tractandum eſt, quemadmodum in eo tractandum eſt qui promiſit ſoluere certo loco. Ex quo intelligimus quàm parum ad rem pertineat, quod ad hanc legem noſtri diſputant tantis inter Citramontanos & Vltramontanos contētionibus, an quis per quaſi contractum ſortiri forum poſſit. Etſi enim is qui accepit indebitum, ex quaſi cōtractu & ex quaſi mutuo eſſe obligatus dicitur in *leg. ſi quis abſentis 5. §. is quoque infr. de oblig. & act.* reuera tamen diſtrahere negotium veriùs quàm contrahere intelligitur. Et idcirco quod dicimus vbiq; locorū conueniri eum poſſe, non ex eo fit, quod indebitum accipiendo hîc vel illic forum ſortitus ſit, ſed potius quia nullibi, nec enim id agitur inter dantem & accipientem, vt qui accipit obligetur, ex eáque cauſa forum ſortiatur, ſed è contrario, vt is qui dat liberetur: obligatur tamen is qui accipit extra id quod actum eſt, ne alioqui eueniat, vt ex aliena iactura locupletetur *l. ſi & quis 14. §. vlt. infr. commod.* & ideóque tam in illo loco in quo indebitum ſolutum eſt, quā in alio quolibet conueniri poteſt, ſed ita tamen ſi ibi inueniatur. Sic enim locus hîc accipiendus eſt ex *l. heres abſens 19. ſupr. de iudic.* ſemper enim ſupponendi ſunt termini habiles *l. vt gradatim 11. §. 1. infr. de muner. & honor.*

28. IDEM libro 32. ad Edictum.

IVdex ſi malè abſoluerit, & abſolutus ſua ſponte ſoluerit, repetere non poteſt.

*Ad l. Iudex 28.*

RAT. DVB. Etiamſi iudex malè pronunciet ſiue per imperitiam ſiue per ſordes aut gratiam, attamē res iudicata pro veritate habetur *l. ſeruo 65. §. cùm prætor inf. ad SC. Treb. l. ingenuum 25. ſupr. de ſtat. homin. l. & ex diuerſo 35. §. 1. de rei vindic.* Ergo ſi iudex verū debitorem abſoluerit, quamuis malè abſoluerit, ſi tamen abſolutus ſoluerit repetere poterit, quaſi indebitum verè id ſit, quod per ſententiam licet iniuſtā pronunciatum eſt non deberi. DEC. Verus debitor etiamſi per ſententiam iudicis abſolutus ſit, naturaliter tamē obligatus remanet, quia res iudicata modus ciuilis eſt non naturalis tollendæ obligationis *l. Iulianus 60. infrà hoc tit.* Atqui naturalis obligatio impedit repetitionem ſoluti *l.3. §. vlt. ſupr. quod quiſq; iur. l. naturales 10. infr. de oblig. & act.* Dicendum ergò eſt repetere illum non poſſe, ſi poſtea ſoluerit ſua ſponte, vt lex ait, hoc eſt, vltro non vi & poteſtate alterius condemnationis, nam ſi poſteriore aliqua ſententia priori contraria ſoluere iuſſus ſolueret,

Digitized by Google

vtique repetere non poſſet, quoniam quod ex rei iudicatæ authoritate ſoluitur, repeti nunquam poteſt *l.1.C.hoc tit.* nimirum quia licet ſententia abſolutoria iniuſta non perimat obligationem naturalẽ, condemnatoria tamen etiam iniuſta parit obligationem ciuilem, quæ non minoris obligationis eſſe poteſt quàm ciuilis ad impediendam condictionẽ. Neque huic legi contrarium eſt, quod ait *l.qui exceptionem 40.infr.hoc tit.* eum qui tutus eſt exceptione perpetua & fauorabili, ſi ſoluat, poſſe repetere. Etſi enim exceptio rei iudicatæ & perpetua & fauorabilis eſt, nulla tamen æquitate naturali nititur, ſed ciuili tantùm, vt diximus. Ratio autem quæ condictionem impedire poſſit, naturalis tantùm eſſe debet, non ciuilis, quia condictio hæc tota ex bono & æquo eſt, vt & cæteræ omnes *leg.indebiti 15. in princip.* vbi diximus *ſupr. leg. hæc condictio 66. infrà leg. Stichum aut Pamphilum 95. §.naturalis de ſolut.* Sunt qui ea verba huius legis *ſponte ſoluerit* de eo intelligant, qui non tãtùm vltro ſoluerit, ſed etiam ſciens ſe non debere. Quomodo enim ſcire poteſt ſe non debere is qui adhuc debet naturaliter? Melius igitur alij ſponte ſoluentem interpretãtur eum qui non coactus ſoluerit, ſiue ſciat, ſiue neſciat ſe naturaliter adhuc debere. Naturalis enim obligatio, quæ ſola ſufficit ad impediendam repetitionem ſoluti, non in opinione ſoluentis, ſed in veritate conſiſtit.

29. VLPIANVS libro 2. Diſputationum.

INterdum perſona locum facit repetitioni: vt puta ſi pupillus ſine tutoris auctoritate, vel furioſus, vel is, cui bonis interdictum eſt, ſoluerit. nam in his perſonis generaliter repetitioni locum eſſe non ambigitur. Et ſi quidem exſtant nummi, vindicabuntur: pro conſumptis verò condictio locum habebit.

*Ad l.Interdum 29.*

RAT. DVB. Pupillus etiam ſine tutoris auctoritate obligatur cùm mutuam pecuniam accipit, adeóque cùm ſtipulanti promittit, ideóque fideiuſſorem dare poteſt *l.ſi pupillus 127. infr.de verb.oblig.l. Stichum aut Pamphilum 95. §.aliquando & §.naturalis de ſolut.leg.cùm illud 25. §.heres meus infr.quando dies legat. ced.l.ſi pupillus 35.ſupr.de recept.* Atqui naturalis obligatio impedit repetitionem *l.3.§.vltim.ſupr.quod quiſque iur.l.frater è fratre 38.infr.& paſſ.hoc titul.* Ergo etiamſi pupillus ſine tutoris authoritate ſoluerit, quod ſine eiuſdem authoritate promiſerat, repetere nõ poterit, multò minus ſi ſoluerit quod cum tutoris authoritate promiſſum non modo naturaliter, ſed etiam ciuiliter debuit. Proinde falſum eſt pupilli perſonã locum facere repetitioni, nec ſanè poteſt locum habere condictio indebiti, quoties debitum fuit, ſiue naturaliter ſiue ciuiliter quod ſolutum eſt. Quod ſi ponas ſolutum eſſe id quod omni iure fuit indebitum, iam nulla erit differẽtia inter pupillum & maiorem: nam & maiores ſi indebitum ſoluãt condicunt. DEC. neque pupillus, neque furioſus, neque prodigus, vllam rei ſuæ alienandæ poteſtatem habent, cùm interdicta eis ſit omnis alienatio *§.nunc admonendi Inſt.quib.alien.licet vel non, l.1. & paſſ.infrà de curat.furioſi d.l.is cui bonis 6.de verb.oblig. l.pupillo 15.inf. de ſolut.* carent enim iudicio, *l.pupillus 5. l.obligari 9. & paſſ.de author.tutore* furioſus etiam ſenſu *l. ſi tibi 8. §. vnius de opt.legat.* vnde eſt quod nihil omnino facere poteſt, ne quidẽ authore curatore, ſed omnia ipſius nomine agere curator debet, in quo grauior eius condicio eſt, quàm pupilli *l.in negotiis 5.de reg.iur.* Ergo ſi quid huiuſmodi perſonæ ſoluerint, ſiue debitum fuit ſiue indebitum, habent ius repetendi, cùm nec ſoluendi ius habuerint. Sed repetendi tamen aliter atque aliter. Nam ſi quod ab iis ſolutum eſt adhuc extet, repetẽt per vindicationem, quia nec dominium quod habuerant amiſerunt: quæ res impedit cõdictionem, quæ, vt ſæpius in hoc tractatu diximus, ſoli non domino datur contra dominum, numquam autem domino contra non dominum, excepta condictione furtiua *l.vl. ſupr.vſufr.quemadm. caueat.l.1.infr.de condict. furt.* Si verò quod ſolutum eſt, extare deſierit, & conſumptum ſit, quia per cõſumptionem amittitur dominium, nec alij quàm domino competere vindicatio poteſt, non poſſunt repetere per vindicationem, ſed neceſſarium eſt auxilium condictionis, quod vindicationi hoc caſu ſubſidiarium eſt, cõdictionis, inquam, non indebiti aut ſine cauſa, vt malè vulgo noſtri poſt Accurſiũ exiſtimant, (nec enim credendum eſt, conciliari hoc caſu indebitum conſumptione, vt illi putant licet aliquando concilietur vt mutuum, cùm non poſſit conſumptio facere indebitum quod etiam ante conſumptionem debitum fuit, ſiue naturaliter, tantùm ſiue etiam ciuiliter,) ſed cui cauſam det ſola perſona condicentis, & quæ non aliud nomen habere poſſit quàm generale cõdictionis certi, quia nec niſi certum eſſe poteſt, quod ſolutum eſt, incertum ſiquidem & deberi & condici incertũ poteſt, quandiu ſcilicet promiſſum duntaxat non etiam ſolutum eſt, vt in *leg. is qui plus 31. infr.* At ſolui non poteſt, nec proinde aliâ repeti quàm certi condictione. In eóque neceſſariò ſeparandus eſt pupillus à minore, contrà quàm etiam Accurſius hîc arbitretur: neq; enim minori interdicta eſt nũmorum ſuorum alienatio, & aliarum rerum quæ ſine prætoris decreto alienari poſſunt, ſi ius vetus inſpicias, quod huius legis temporibus obtinebat *tot. titul.de rebus cor.qui ſub tutel. infr.& de præd.minor.C.&* cui non fuit derogatum niſi per *l.lex quæ 22. C.de admin.tutor.* Sicuti nec quicquam vetat obligari puberes etiam ſine curatoribus ſuis *l. puberes 101.de verb. oblig.* cùm tamen pupillus, neque mutuam pecuniam accipiendo ſine tutoris authoritate, neque promittendo iure naturali obligetur *leg. quod pupillus 41. infr. leg. pupillus 59. de verbor. obligat.* quamuis non eo minùs verum ſit, naturaliter eum obligari, vt ſuprà diximus, quod in furioſo & prodigo ſecus eſt *d. leg.is cui bonis 6.de verb. oblig.* Quare nec probare poſſum, quod Accurſius non aliter dat pupillo condictionem, quàm ſi priùs impetret in integrum reſtitutionem: quæ adulto quidem & minori neceſſaria eſt *l.vlt. C.ſi aduerſ. ſolut.* ſed pupillo non item, cùm ipſo iure non valeat ſolutio facta per pupillum ſine tutoris authoritate, quia pupillus præſens ſi tutorem quoque præſentem non habeat, pro abſente habendus eſt *leg.ſi pupillus 10. infr. quib.ex cauſ. in poſſ. eat.* niſi pro tutore iudex interuenerit, vt in *leg. ſancimus 25. Cod. de admin. tutor.* nec reſtitutio locum habere poſſit, aut ſaltem neceſſaria eſſe aduerſus

factum

factum quod ipſo iure non tenet *l. in cauſa 16. ſupr. De minor. l. 2. l. ſi quidē 11. C. de præd. minor.* Nec leuior eiuſdē Accurſij error in eo eſt, quod aliam facit cauſam pupilli, aliam verò furioſi & prodigi, vt pupillo danda ſit condictio indebiti præhabita, vt ipſe loquitur, reſtitutione, furioſo autem vel prodigo condictio ſine cauſa, quoniam, inquit, ſoluendi animū non habuerunt: nam huius legis verba oſtendunt harum omnium perſonarum eandem rationem eſſe, vt & in cæteris ferè omnibus eodem iure cenſeri ſolent *l. Falcinius 7 §. planè interdum inf. quib. ex cauſ. in poſſ. eat. l. furioſus 46. De oblig. & act.* & ratio iuris illa omnibus perſonis iſtis æquè conuenit, quòd alienandi poteſtatem nullam habeant. Differentia quidem eſt inter pupillum pecuniam mutuā accipientem, aut aliquid promittentē, & furioſum vel prodigum, quod iſti ne quidem naturaliter obligētur, pupillus verò etiā ſine tutore naturaliter obligetur, vt iā diximus, ſed inter pupillum ſoluentem, & furioſum vel prodigū nih. l omnino intereſt, nec magis pupillo quàm furioſo datur, aut prodigo condictio indebiti, quàm cùm ſoluit tutore authore quod ſine tutoris authoritate ſtipulanti promiſerat: quomodo accipi debet, quod ſcriptū eſt in *d. l. quod pupillus 41 inſr.* nam cum perſona hoc caſu non poſſit locum facere repetitioni, neceſſarium eſt aliud medium inducendæ condictionis, indebitum ſcilicet, vt Bartolus bene vidit, qui hanc legem melius quā alius quiſquam ex veteribus gloſſatoribus explicauit, licet non bene in omnibus, nam quo caſu ſiue pecunia ſiue alia res quælibet à pupillo vel furioſo vel prodigo ſoluta vindicari poſſet, eo caſu ſi conſumpta ſit, condictio indebiti locū habere nequit, vt malè Bartolus putat, ſed quo caſu nec ſi extaret, vindicari poſſet ob factam dominij tranſlationem, eodem caſu condicenda eſt, ſiue extet, ſiue conſumpta ſit, & quidem cōdictione indebiti, nunquā verò condictione ſine cauſa, non enim ſine cauſa penes aliquem eſſe poteſt videri, quod ſolutum eſt tanquam debitum, licèt fuerit indebitum, quamuis latiùs pateat condictio ſine cauſa, quàm indebiti *l. 2. in fi.* vbi dicemus *inſr. tit. prox.* Et tamen, quod diximus, furioſum & prodigum non obligari naturaliter, neq; fideiuſſorem pro iis accipi poſſe, obſtat valde quod ſcriptū eſt in *l. Marcellus 25. inf. De fideiuſſ.* vbi tractatur de fideiuſſore, qui pro pupillo ſine tutoris authoritate obligato & pro furioſo vel prodigo interuenerit. Sed dicendum eſt, quod nos docuimus in libris Coniecturarum, abundare in illa lege dictionem *obligato*, & intelligēdum eſſe Marcellum de furioſo & prodigo ritè obligatis, & pro quibus fideiuſſor accipi potuerit, ſed qui tamen fideiuſſorē dederint ſine authoritate curatoris, ſicut & de pupillo, qui fideiuſſorē dederit ſine authoritate tutoris. Quo caſu non obligātur fideiuſſori actione mādati, quamuis fideiuſſor ipſe ſit obligatus. Obſtare etiam huic legi valde creditur, quod Mæcianus ſcribit in *l. ſi eius pupilli 64. inf. ad SC. Trebell.* Si eius mihi reſtituta ſit hereditas, qui pupillo ſine tutoris authoritate crediderat, & ſoluerit mihi pupillus, non poſſe illum repetere: id enim neceſſariò ſic accipiēdum eſt, ſi pupillus ſoluerit tutore authore: ſemper enim ſupponendi ſunt termini habiles *l. vt gradatim 11. §. 1. inſr. De muner. & honor.* & quoties à pupillo aliquid promiſsū vel ſolutū legimus, pupilli quoq; tutorem interueniſſe debemus intelligere, cum pupillus præſens, ſi tutoris quoq; authoritatem præſentem non habeat, pro abſente habendus ſit *d. leg. pupillus 10. inf. quib. ex cauſ. in poſſ. eat. l. ſi non expedierit 6. §. 1. De reb. author. iud. poſſid.* alioqui certè perſona pupilli faceret locum repetitioni, vt in hac lege ſcriptū eſt etiamſi tale ſit debitum, quod creſceret per inficiationē, quia licet in eo debiti genere condictio locum non habeat, quæ indebiti eſt *l. ea quæ 4. C. hoc tit.* hæc tamen cōdictio, cui perſona locū facit, ſemper & in omnib. habet locum. Neq; Accurſius neque Bartolus hinc euoluere ſe potuerunt, quia legē hanc de condictione indebiti intellexerunt, diſtinguentes ius commune à ſpeciali beneficio reſtitutionis in integrum, quod in hac quæſtione omnino ridiculum eſt. Plane, quamuis veriſſimum ſit, quod hæc lex habet, perſonam pupilli facere locum repetitioni, ſi tamen aut ciuiliter aut naturaliter debitum fuit: quod pupillus ſoluit, prodeſt ei ſolutio, non tantùm ad acquirendam condictionē, ſed etiam ſi malit ad liberationem, quandoquidem ipſius intereſt ab obligatione qualibet etiam naturali liberari *l. quod ſi fortè 14. §. vlt. l. ſi pupilli 66. inſr. De ſolut.* Verum enim eſt, facto eius pecuniam ad creditorē perueniſſe, vt Vlpianus ſubtiliter diſputat in *leg. non omnia 19. § ſi pupillus*, vbi diximus *ſupr. De reb. cred.* Habet igitur electionem pupillus vtrū malit liberari, an condicere: vtrumque enim beneficium ex eadem ſolutione conſequi certè non poteſt *l. ſi non ſortem 26. §. ſi centum & §. ſi decem ſupr. l. qui hominem 34. §. vlt. inſ. De ſolut.* Illud poſtremò ex hac lege notandum eſt, latiùs patere nomen repetitionis quàm cōdictionis, repeti namque dicitur etiam quod vindicatur, nec tamen condicitur, ſicut & latiùs patet generale nomen condictionis ſimpliciter, quàm ſpeciale condictionis indebiti.

30. IDEM libro 10. Diſputationum.

QVi inuicem creditor, idémque debitor eſt: in his caſibus, in quibus compenſatio locum non habet, ſi ſoluit, non habet condictionem, veluti indebiti ſoluti: ſed ſui crediti repetitionem.

*Ad l. Qui inuicem 30.*

RAT. DVB. Aut inuicem quis debitor & creditor eſt ex vna eadémque cauſa, puta ex contractu venditionis vltro citróque obligatorio, aut ex variis & ſeparatis cauſis, puta ſi debeam tibi centum ex cauſa mutui, tu vero mihi totidem ex cauſa depoſiti, priore caſu ſiue venditor rem tradat ante ſolutum ſibi precium, ſiue emptor pretium ſoluat ante rem ſibi traditā, certum eſt tutū illum fuiſſe exceptione perpetua ne aut rem tradere, aut pretium ſoluere prior cogeretur *l. Iulia. in 13. §. offerri inſ. De action. empt.* quę exceptio non poteſt eſſe non fauorabilis, cum ex contractu ipſo naſcatur. Sunt enim exceptiones hæ omnium fauorabiliſſimæ, quas pragmatici noſtri *viſcerales* vocant, quod ex ipſis inſtrumenti viſceribus proficiſcantur. Atqui is qui exceptione perpetua, eáque fauorabili tutus eſt, ſi ſoluat repetit *leg. qui exceptionem 40. inſr. hoc tit.* Ergo ſi hāc

ſpecie locus eſt condictioni. Poſteriore autem caſu cùm ex ſeparatis cauſis, idem eſt debitor & creditor ſi compenſationi locus ſit, æquè verum eſt, fuiſſe illum tutum exceptione perpetua & fauorabili, cùm nulla ſit fauorabilior compenſatione, quę etiam ſolutionis vim obtinet, ac proinde condictioni indebiti locum eſſe, quandoquidem non poteſt manere debitum quod vel ſolutum, vel pro ſoluto habẽdum eſt, ex *l. ſi ambo* 10. §. 1 *infr. de compenſ. l. ſi conſtat* C. *eod.* Et ita Bart. exiſtimat *ex l. quod dicitur* 5. §. *pen. infr. de impenſ. in reb. dot. fact.* Si verò compenſationi locus eſſe non poſſit, fortaſſis debitæ ſpeciei ad quantitatem, aut ex cauſa depoſiti, & aliis multis caſibus, quos hîc Accurſius congerit ex *l. vlt.* C. *de compenſ. l. pen.* C. *depoſit.* adhuc tamen verum eſt, eum qui ſolutionem accepit potuiſſe reconueniri, & mutua petitione inquietari, dum ne poſt litem conteſtatam *l. cùm Papinianus* 14. *iunct. Auth.* & conſequenter C. *de ſent. & interloc. omn. iud.* Cuius reconuẽtionis & mutuæ petitionis priuilegium illud eſt, vt vna eademque ſententia terminari debeat & ab eodem iudice *l.* 1. & 2. *ſup. de quib. reb. ad eund. iud. eat.* vbi diximus, *l.* 1. §. *vlt. inf. Quæ ſent. ſin. appell. reſc. in poſſ.* & apud Gratianum Tr. *de mut. pet.* Ergo dicendum eſt, omni caſu poſſe illum qui ſoluit, condicere, ne vel compenſationis vel mutuæ petitionis obiiciendæ facultatem & priuilegium amittat, præſertim cùm nulla ex eo fiat iniuria ei qui ſolutionem accepit, ſiquidem in eam cauſam reponatur, in qua erat ante ſolutionem, & in qua eſſet hodie ſi ſolutio facta non eſſet, *arg. l. ſi iudex circumuento* 42. *ſup. de minor. l. cùm te* 6. C. *de pact. inf. empt. & vend.* Dec. Non poteſt repeti condictione indebiti id, quod verum eſt, debitum fuiſſe cùm ſolueretur. Atqui non eo minùs verum eſt, me tibi cẽtum debuiſſe, cùm ea ſoluerem, quod tu viciſſim totidem mihi deberes. Cùm ergo debitum acceperis, & hoc ipſo debitorem amiſeris, nulla dandæ mihi condictionis ratio ſupereſt, maximè cùm hoc ipſo locupletior factus ſim per ſolutionem, quòd à te ſum liberatus *l. ſi pupilli* 66. *in fi. infr. de ſol.* nec ſemel extincta obligatio reſtitui poſſit aut debeat, *l. qui res* 98. §. *aream de ſol.* ſatiſq; mihi eſſe debet, quòd cùm ſim tuus creditor, eam pecuniam poſſim à te petere quam tu mihi debes. Non enim poteſt fieri contributio inuicem debiti & crediti, quæ compẽſationis diffinitio eſt *l.* 1. *infr. de compenſ.* quin locum habeat compenſatio: quod cùm accidit, tum verò quod ante fuit debitum, hoc ipſo fit indebitum, quod compenſationis iure habetur pro ſoluto: ideóque condictioni indebiti eo caſu locus eſt, nec de mutua petitione tractandum quicquam ſupereſt. Neque volo cum Bartolo diſtinguere, an compenſatio fiat ipſo iure, an facto hominis, nam ſicuti factum hominis ſemper neceſſarium eſt, quantum ad hoc vt compenſatio obiiciatur, [nec enim per iudicem ſuppleri vnquam poteſt, cùm etiam qui compenſat, petere videatur *l. amplius* 15. *infr. rat. rem haber.*] ita & compenſatio ipſa fit ſemper ipſo iure, præſertim hodie poſt *l. vlt.* C. *de compenſat.* quamuis olim non niſi per exceptionem doli opponi poſſet in iudiciis ſtrictis ex Diui Marci conſtitutione, §. *in bonæ fidei Inſtit. de act.* Idque eſt, quod Papinianus dicebat in *l. inter tutores* 30. *de admin. tutor.* æquitatem meram ius compenſationis inducere, *iunct. d. l. ſi ambo* 10. §. 1 *infr. de compenſ. d. l. ſi conſtat* C. *eod.* Neque verò diſtinctio illa Bartoli conuenit verbis huius legis, quæ diſtinguunt duntaxat, an compenſatio locum habeat necne, non etiam vtrum ipſo iure fiat an facto hominis, nam hæc lex ad eum caſum pertinet, quo non poſſit compenſatio habere locum neque de iure, neq. vt ipſe loquitur, de facto. Proinde abſurda, ne dicam ſtulta eſt quæſtio illa Bartoli, cur non habeat condictionem is, qui tutus eſt exceptione compenſationis, cùm ſit exceptio & perpetua & fauorabilis, nec ſubtilior reſponſio, quam adfert, quod compenſationis exceptio ita exceptio eſt, vt ſit etiam actio. Quaſi verò ob id minus fauorabilis eſſe debeat, cùm è contrario dicendum eſſet potius tanto fauorabiliorem eam eſſe debere: intereſt enim illius qui compenſandi ius habet, vt retentionem habeat, aut liberationem potius quàm petitionem, retentionem ſi ei ſolutum ſit, liberationem ſi ſoluerit, & in omni parte iuris facilius datur retentio quàm perſecutio, *l.* 1. *infr. de pignor. l.* 1. §. *ut autem infr. de ſuperfic. l. inuitus* 156. §. 1. *de reg. iur.* Cur ergo cõpenſationis exceptio, quæ omnium fauorabiliſſima eſt, ob id minùs valebit ad inducendam condictionem indebiti, quàm cæteræ quas Bartolus *proprias* vocat, quod etiam actionis vim habere poſſit? Nec alia lex quærenda eſt quæ apertiùs quàm hæc probet eum, qui tutus exceptione compenſationis ſoluit, poſſe indebitum condicere, quamquam hoc idem ipſum ſcriptum eſt in *d. l. ſi ambo* 10 *verſ. ſimili modo in fin. infr. de compenſat.* quod & Bartolus fateri cogitur eo caſu quo debitum cuius nomine opponi compenſatio potuerit, naturale fuerit tantum, ita admittens deteriorem eſſe cauſam hac parte creditoris cui & ciuiliter, & naturaliter debitum fuerit, quàm eius cui naturaliter duntaxat, quod abſurdiſſimum certè eſt.

31. Idem libro 1. Opinionum.

IS, qui plus, quàm hereditaria portio efficit, per errorem creditori cauerit, indebiti promiſſi habet condictionem.

*Ad l. Is qui plus* 31.

Rat. dub. Repetitio nulla eſt ab eo, qui ſuum recepit licèt alius ſoluerit, quàm qui ſoluere debuit *l. repetitio* 44. *infr.* Ergo nec repetitio vlla eſſe debet ab eo cui promiſſum eſt, quod ei debitum fuit, licèt alius promiſerit, quàm qui debuit. Atqui cùm debitori duo heredes extiterunt, quamuis diuidatur obligatio inter heredes ex lege 12. tab. pro hereditariis portionibus, verum tamen eſt creditori hereditario debitum fuiſſe totum, ac proinde non fuiſſe indebitum quod ei promiſſum eſt. Igitur ſi vnus ex heredibus cùm ex dimidia tantùm parte heres eſſet, totam quantitatem à defuncto debitam promiſerit creditori, quamuis per errorem non debet habere condictionem promiſſi indebiti, multo minus incerti, cùm certa ſit quantitas, quæ & ab eo promiſſa, & creditori debita eſt. Dec. Quamuis debitum ſibi quis recipiat, tamen ſi is cui dat, non debitum dat, repetitio competit *leg. ſi pœna* 19. §. 1. *ſuprà hoc tit.* ſcilicet cùm ſuo nomine ſoluit non alieno, vt ibi explicauimus. Ergo quamuis debitum ſibi

quis

quis ſtipuletur, ſi tamen is qui promittit, indebitum promittat, dummodo ſuo nomine non alieno habere debet repetitionem indebiti promiſſi. Hoc verò euenit, cùm vnus ex duob. debitoris heredib. plus promittit quàm efficiat portio eius hereditaria: non enim plus debet, quàm pro qua parte heres eſt, quaſi diuiſa debitoris hereditate ex lege duodecim tabularum in tot hereditates quot ſunt heredes *d.l. 1. C ſi cert. pet. l. vlt. C de hered. action. l. 1. & 2. C. ſi vnus ex plurib. hered. l. debit. vel cred. §. 1. Inſt. de leg. Falcid.* Proinde ſi quid cauerit & promiſerit, non quidem pro coherede, ſed ſuo nomine per errorem, quaſi aliquid amplius ipſe deberet ſupra portionē hereditariam condicere promiſſum indebitum poterit, & quidem condictione non ſine cauſa, vt malè putat Accurſius. ſed indebiti, & præterea incerti. Eſt enim, vt ſæpius in hoc tractatu monuimus duplex condictio indebiti, vna certi, quoties id quod condicitur, certum eſt *l. certum 7. l. certi condictio 9. ſupr. De reb. cred.* altera incerti, quoties incertum illud eſt, quod in condictionem venit, vt in *leg. qui exceptionem 40. §. ſi pars inf. hoc t. l. quod ſi nulla 72. de leg. 1. l. ſi heres 5. in fi. infrà de act. empt. l. 2. §. aliud iuris erit & ſeq. ſ. f. de don. leg. 3. C. hoc tit.* In propoſito autem incertum eſt quod condicitur, quia etiamſi ſumma, quæ & creditori debita & ab vno ex coheredibus promiſſa eſt, certa ſit, non tamen ipſa condici poteſt: cùm ſoluta non ſit, ſed promiſſio condicenda eſſet, ſi factum condici poſſet. At quoniam facta condici non poſſunt *l. naturalis 5. §. ſed ſi faciam inf. de præſcr. verb.* eò deueniendum neceſſariò eſt, vt liberationem condici oporteat, id eſt, in id agi, vt creditor, cui per errorem indebitè cautum eſt, liberet debitorem, & acceptum ei faciat, quod ſupra portionem hereditariam promiſſum ab eo fuit. Vnde fit, vt aliquando ad id agatur, vt debitor à tota promiſſione liberetur, aliquando, vt à parte tantùm obligationis, quatenus nimirum indebitè promiſſum eſt ſiue in totum, ſiue pro parte *l. qui ſine cauſa 3. infr. tit. prox.* Cùm verò liberatio ſit factum, facta verò omnia ſint incerta *lege. vbi autem 75. §. qui id quod in faciendo infr. De verb. oblig.* meritò hæc incerti condictio dicitur, non certi.

32. IVLIANVS libro 10. Digeſtorum.

CVm is, qui Pamphilum aut Stichum debet, ſimul vtrumq. ſoluerit: ſi poſteaquam vtrumque ſoluit, aut vterque, aut alter ex his deſierit in rerum natura eſſe: nihil repetet. id enim remanebit in ſoluto, quod ſupereſt.

*Ad l. Cùm is 32.*

RAT. OVD. In obligatione alternatiua non vtraque res in obligatione eſt, ſed alterutra duntaxat *l. 2. §. Scæuola i. ſ. De eo quod cert. loc. plerunque 10. in fin. de iur. dot.* Ergo cùm is qui Stichum aut Pamphilum debebat, vtrumque ſoluit, fatendum eſt alterutrum indebitum fuiſſe, & indebitè ſolutum, ac proinde ſi alter ex iis poſtea deceſſerit, alterum, qui ſupereſt poſſe condici. Planè ſi ambo deceſſerint dubitationem res non habet quin verum ſit, quod Iulianus hîc ſcribit, nihil repeti poſſe, niſi fortè vellet quis dicere condici etiam hoc caſu poſſe alterutrius æſtimationem, poſtquam placuit aliud poſſe ſolui, aliud condici & æſtimationem rei ſolutæ poſſe repeti, vt in *l. ſi non ſortem 26. §. libertus ſupr. hoc tit.* Sed hoc in propoſito dici non poteſt, quia tunc ad æſtimationis condictionem recurrendum eſt, cùm alioqui fieret, vt is qui ſolutionem accepit, locupletaretur ex aliena iactura, vt in ſpecie *d. §. libertus*, quemodo hîc Bartolus rectè notat, quod in ſpecie propoſita non euenit, quia ex morte perempti hominis fructum percipi nullum poteſt, adeoq; nec hominis ante moram perempti æſtimatio vlla eſt *l. in actionibus 5. verſ. planè ſupr. De in lit. iur.* Proinde ſi ambo qui ſoluti ſunt, mortui ſint, nihil eſt, quod de ipſorum corporum aut de æſtimationis condictione tractari poſſit. DEC. Non tam ſolutionis quàm condictionis tempus ſpectandum eſt, cum quæritur, quid veniat in hanc indebiti condictionem, quia id demum condicitur, non quod ab initio indebitè ſolutum fuit, ſed quod iudicij accipiendi tempore inuenitur indebitum penes eum qui ſolutionem accepit, vt ſæpius in hoc tractatu diximus. Atqui cùm ambo, qui ſoluti ſunt, deceſſerunt ante propoſitam condictionem, nihil eſt, quod condici poſſit, quia nec quicquam eſt, ex quo is, cui ſolutum eſt, locupletior factus ſit. Cùm verò alteruter tantùm deceſſit, alter ſupereſt, qui licet faciat creditorem locupletiorem, indebitè tamen ſolutus dici non poteſt, quia verum eſt alterutrum debitum fuiſſe: nec quicquam cauſæ eſt, cur debitus fuiſſe videatur ille magis, qui mortuus eſt, quàm ille qui ſupereſt, cum non magis mortui quàm ſuperſtitis dominium creditori acquiſitum fuerit, vt dici poſſit ei rem ſuam petiiſſe ex *l. quæ fortuitu 6. & l. pignus 9. Cod. de pign. act.* non enim traditio ſufficit ad transferendum dominium; alioqui cùm vterque traditus ſit, dicendum eſſet, vtriuſque dominium in creditorem translatum fuiſſe: quod tamen euidenter falſum eſt, cùm alteruter duntaxat debitus fuerit, traditio autem ſola & eius rei quæ nullo iure debita eſt, dominium transferre non poſſit tanquam quæ ſit nuda *l. nunquam nuda 31. inf. De acquir. rer. dom.* cùm verò alteruter debitus fuit, quia tamen incertum eſt, quis ille fuerit vtroq; ſoluto, fatendum eſt, neutrius dominium tranſlatum fuiſſe in accipientem, atq; ita vtriuſque dominium manſiſſe debitoris, cui proinde eum, qui mortuus eſt, periiſſe neceſſe eſt, eum verò qui ſupereſt, remanere in ſolutum penes creditorē, ne alioqui dum ei vtrumq; dare nolumus, vtrumq; ipſi denegemus. Aliud eſſet, ſi quis decem aut Stichum debuiſſet. Non enim quantitas quæ in genere debetur, perire vnquam poteſt *l. incendium 11. C. ſi cert. petat.* & ideò ſi debitor & decem & Stichū ſoluerit, nullus quæſtioni locus relinquitur, quandiu Stichus viuit, niſi quod illa emergit quæſtio, vtri danda ſit electio in repetitione, an debitori, qui ab initio electionem habuit, vtrum pecuniam, an Stichum dare mallet, an potius creditori, qui vtrumq; accipiendo conſtituit ſe alterutrius reſtituendi debitorem. In qua quæſtione conſtat diſſentientes fuiſſe veterum prudentum ſententias, & Iulianum quidem, cuius eſt hæc lex, debitori electionem dediſſe repetendi quem vellet, quoniam ab initio dandi quem vellet, electionem habuiſſet. Quam ſententiam & Papinianus quoque ſecutus eſt, & Iuſtinianus tandem comprobauit in *l. penult. C. hoc tit.* exploſa Vlpiani & Celſi contraria opinione, de qua ſcripſimus ad *l. ſi non ſortem 26. §. ſi decem ſup. eod.* Hæc verò ſententia longè minus dubitabilem efficit huius legis quæſtionem, nam cùm is qui Stichum aut

Pamphilum debebat vtrumque ſoluit, & Stichus poſteà deceſſit, an non ſtultus eſſet creditor, ſi mallet eligere Stichum mortuum eúmque ſibi in ſolutum retinere, & Pamphilum ſuperſtitem reddere? Quanquam nec electio iſta propriè dici poteſt, cùm alter deceſſit, alter verò ſuperſtes eſt, cum mortui æſtimatio nulla ſit, quæ præſtari poſſit, vt modò diximus, niſi ponas deceſſiſſe Stichum poſt moram debitoris, quo caſu ſi electio creditoris fuit, & Stichus poſt electionem ab eo factam debitore in mora cóſtituto deceſſerit, perinde ſolus ille qui deceſſit petendus eſt, ac ſi ſolus in obligationem deductus fuiſſet, *l. Stichum aut Pamphilum 95. in princ. de ſolut.* vbi Papinianus addit, ſiè contrario promiſſoris fuerit electio, defuncto altero eum qui ſupereſt æquè peti poſſe, non enim qui electionem habet, vtrum ex duobus quem nolet ſoluat, facere tamen poteſt, vt nihil ſoluat *l. 2. §. Scæuola infr. de eo quod cert. loc.* ſatis tamen eſt creditori, quod alterum qui ſupereſt petere poſſit, nec prætere a illud etiam indulgendum ei eſt, vt poſſit, ſi malit, defuncti hominis precium petere, quia debitoris mora facere quidē poteſt, vt qui mortuus eſt, viuere exiſtimetur ad perpetuandam obligationem *l. ſi ſeruum 9. §. ſequitur & §. vlt. de verb. oblig.* at non etiam, vt in creditorem transferatur electio, quæ ex ſtipulationis lege & ab initio fuit creditoris. Quid ergo ſi poſt ſolutum vtrumque, Stichum & Pamphilum creditori, cui alterutet duntaxat debebatur, creditor condictione indebiti, conuentus in alterutro reddendo moram fecerit, quia neutrum reddere voluit, atque ita Stichus poſteà deceſſerit ſuperſtite Pamphilo? Reſpōdet Bartolus, obligatū eſſe hoc caſu creditorem, vt vel defūcti Stichi precium reſtituat, vel ſuperſtitem Pamphilum, non rectè, quia ſecundùm Iuliani noſtri & Papiniani ſententiam electio remanet debitoris, etiam poſteà quàm vtrumque ſoluit, quæ electio ei adimi per creditoris moram non poteſt, ne alioqui melior condicio ſit moroſi, quàm non moroſi creditoris. Proinde dicendum eſt ſolū Pamphilum qui ſupereſt, ſolui hoc caſu poſſe, niſi malit debitor Stichi poſt moram defuncti precium conſequi *arg. d. l. Stichum aut Pamphilum.* Sed ſi contrariam Vlpiani & Celſi opinionem ſequamur, qui electionem quam debitor ab initio habuerat, transferebant in creditorem, erit omnino admittenda Bartoli ſentētia, ea ipſa ratione quam ſupra reddidimus. Cæterùm ponimus cum Iuliano vtrumq; ſeruum pariter & eodem tempore ſolutum fuiſſe, quoniā ſi alio atque alio tempore ſolutio facta proponeretur, dicēdum eſſet eum ſolum videri ſolutum indebitè qui poſterior ſolutus fuiſſet, & idcirco eū quoq; ſolum repeti poſſe condictione indebiti, non etiam defūcti Stichi æſtimationem, cum Stichi præſtatione cōtigerit liberatio, nec proinde alij quàm domino ſuo perire Stichus potuerit. Diximus *ad l. cùm duo 25. ſup.*

1 ¶ Fideiuſſor cum paciſcitur, ne ab eo pecunia petatur, & per imprudentiam ſoluerit: condicere ſtipulatori poterit. & ideo quia reus quidem manet obligatus: ipſe autem ſua exceptione tutus eſt. nihil autem intereſt, fideiuſſor an heres eius ſoluat. quòd ſi huic fideiuſſori reus heres extiterit [a], & ſoluerit: nec repetet, ſed liberabitur.

*Ad §. 1. Fideiuſſor.*

Rat. dvb. Fideiuſſor qui pactus eſt, ne ab eo pecunia petatur, nō ideò liberatus eſt ipſo iure, ſed acquirit tantùm ſibi exceptionem pacti ſi conueniatur, quia conueniri adhuc poteſt cùm remaneat ipſo iure obligatus *l. fideiuſſoris 23. l. ſi vnus 27. §. pactus ne peteret, & paſſ. ſupr. de pact.* Ergo ſi poſteà per imprudentiam ſoluat, non poteſt condicere id quod ſoluit tanquam indebitum, cùm ciuiliter id debuerit, tantóque minùs quod non ideò futurum eſt, vt ex ipſius iactura creditor locupletetur, ſiue creditoris perſonam reſpicias qui verè creditor eſt, & cui ſalua remanet actio eáq; efficax contra reum principalem, cui pactum fideiuſſoris prodeſſe nullomodo poteſt *d. l. fideiuſſoris*, ſiue ipſius etiam fideiuſſoris qui regreſſum habiturus eſt aduerſus reum, & omne id quod ſoluerit repetiturus, aut mandati actione, aut negotiorum geſtorum *l. ex mandato 20. §. 1. infr. mand.* Dic. Quiſquis exceptione perpetua, eáque fauorabili tutus eſt ſi ſoluat per errorem facti, aut quod effectu idem eſt per imprudentiam, vt Iulianus hîc loquitur, poteſt condictione indebiti ſolutum repetere *l. qui exceptionem 40. infr. hoc tit.* Atqui pactum de non petendo factum cum fideiuſſore, ſiue in rem ſit, ſiue in perſonam, dummodò non ſit tēporale, parit exceptionem pacti perpetuam fideiuſſori, quamuis non proſit reo *dict. l. fideiuſſoris l. ſi quis reum 5. in princ. & §. 1. infr. de liber. legat.* Ergo cùm exceptione perpetua tutus ſit, poteſt condicere, nec eo magis prohibendus eſt, quòd à reo poſſit alia actione idipſum repetere, ſicut enim ea res nullam contra eum actionem tribuere poteſt *l. nemo ideo 171. de reg. iur.* ita nec ei competentem adimere poteſt condictionem: alioqui poſſet cōtingere, vt in dāno moraretur, ſi fortè rei principalis inopia mandati vel negotiorum geſtorum actionem inutilem redderet *l. nam is 6. ſup. de dolo* nihil autem refert, an fideiuſſor ipſe ſoluerit, an heres eius: quamquam enim pactum nullum de non petendo inter creditorem, & fideiuſſoris heredem interceſſit, quę ad hunc verſiculum dubitādi ratio eſt: pacti tamen exceptio, quæ viuo fideiuſſori prodeſſe potuit, & competiit, tranſit in heredem, & conſequenter ius condictionis quod ex perpetua illa exceptione inducitur, niſi pactū ſit merè perſonale *l. ſi tibi decē 17. §. ſi quis paciſcatur, & l. idem in duob. 25. §. 1. ſupr. de pact.* Planè reus manet obligatus, vt hîc Iulianus ſcribit, nec tantum ipſo iure, ſed etiam in effectu, cùm nulla exceptione tueri ſe poſſit, quia pactū fideiuſſoris reo prodeſſe, vt diximus, non poteſt *d. l. fideiuſſoris.*

a *Quòd ſi huic fideiuſſori reus heres extiterit.* Rat. dvb. Sicut alia eſt perſona rei, alia fideiuſſoris, ita obligatio alia huius, alia illius, vt ex eo apparet, quod proximè diximus, ſi cum fideiuſſore pactum ſit de non petendo, reum manere obligatum, fideiuſſorem verò propria exceptione tutum eſſe, ideóque fideiuſſorem poſſe condicere quod ſoluit, reū nō poſſe. Ergo ſi huic fideiuſſori qui exceptione pacti tutus fuit, reus heres extiterit, & ſoluerit, perinde dicendum eſt poſſe eum cōdicere ex perſona fideiuſſoris defuncti, quamuis ex propria nō poſſit, atque poſſet fideiuſſor ipſe ſi viueret: quemadmodū enim perſona defuncti & heredis vna eadémque eſſe intelligitur *Nou. 48. de iureiur. à morient. præſt.* ita & herede m

dem neceſſe eſt vti poſſe iure defuncti, cum nihil aliud ſit hereditas, quàm ſucceſſio in vniuerſum ius, quod defunctus habuit *l. hereditas 62. De reg. iur. l. nihil aliud de verb. ſignif.* Proinde nec liberatus videri reus poteſt per ſolutionem à fideiuſſore factam, cùm nec fideiuſſor ipſe ſoluendo ſe liberauerit, ſed è contrario condictionem ſibi acquiſiuerit, quæ quoties competit, toties liberationem excludit, cùm vna eademque ſolutio & liberationem & condictionem ſimul parere non poſſit, *l. ſi non ſortem 26. §. ſi centum & §. ſi decem ſupr. l. ſi fideiuſſor 59. infr. l. qui hominem 34. §. vlt. l. cùm quis 38. §. 1 & ſeq. infr. de ſolut.* Dic. Cùm reus fideiuſſori heres extitit, obligatio fideiuſſoria confunditur, quia non poteſt idem pro ſeipſo apud eundem eſſe obligatus, *l. cùm reus 14. l. heres à debitore 21. §. ſeruo tuo infr. de fideiuſſ.* maior enim obligatio tollit minorem, inquit *l. debitori 50. eod. tit. l. ſi duo 93. De ſolut. l. ſi reus 13. De duob. reis.* Sola itaque ſupereſt principalis obligatio, pro qua licèt nihil ſolutum ſit, cùm & fideiuſſor ſolus ſoluerit, & in ſolam cauſam fideiuſſoriam ſublata tamen per confuſionem obligatione fideiuſſoria ſoláque manente principali, neceſſe omninò eſt, vt in cauſam principalis obligationis cadat ſolutio, atque ita extinguat principalem obligationem. Quo admiſſo vtrumque ſtatim conſequitur, vt & reus liberetur perinde ac ſi ſoluiſſet, & condictionem habere nullam poſſit, ex ſupradicta iuris regula quæ non patitur, vt eadem ſolutio & liberationem pariat & condictionem: quamuis non ſit nouum, vt eadem ſolutio proficiat in varias cauſas ex diuerſis reſpectibus promanantes, quæ proinde nec contrariæ ſint, nec incompatibiles, vt in *l. in numerationibus 14.* vbi exempla proponuntur *infr. de ſolut.* Miror verò Accurſium & Bartolum hîc quærere, an ſi agatur condictione indebiti ratione eius quantitatis ſolutæ, quæ naturaliter tantùm debebatur, poſſit condictioni obiici compenſatio, ex *l. etiam 6. infr. de compenſat.* Quæſtio enim ſupponit falſum, id ſcilicet quod naturaliter duntaxat debitum fuit, ſi ſolutum ſit, poſſe repeti condictione indebiti, quod nos iam ſæpius refutauimus, præſertim ad *l. 1. ſupr.* ſed illud magis miror, quod negant poſſe compenſari apertè contra *d. l. etiam 6. De compenſat. l. 3. §. pupillus ſupr. de neg. geſt.* & alias innumeras, quæ volunt etiam id quod naturaliter tantùm debetur, perinde compenſari poſſe, atque id quod ciuiliter quoque debeatur. Sed vt error ex errore naſci ſolet, poſtquàm in eo errarunt, quod condictionem indebiti dandam putant, ſi pecunia ſoluta non niſi naturaliter debita fuerit, ita & in hoc errare coguntur, vt denegent compenſationem, ne quod vna via fieri prohibitum eſt, inquiunt, altera concedatur contra *l. ſcire oportet 21. § 1. infr. de tutor. & curat. dat.* & ne alioqui leges quæ dicunt, id quod naturaliter duntaxat debitum fuit, ſi ſoluatur poſſe repeti, cùm tamen nulla omnino adferri lex poſſit quę hoc probet, non tam rebus quàm verbis impoſitæ videantur, contra *l. 2. C. commun. de legat.* Sic fit, vt ex quatuor effectibus naturalis obligationis, quos alibi recenſuimus, duo iſti tollantur, qui ſunt præcipui, & quorum vnus ille eſt, vt impediat repetitionem ſoluti *l. 3. §. vlt. quod quiſq. iur.* alter vt inducat compenſationem *d. l. etiam.* Proinde cùm negari non poſſit, quin compenſandum ſit, quod naturaliter tantùm debetur, debuerunt potiùs interpretes abſurdi illius euitandi gratia quod verentur, priorem errorem abiicere, & fateri quod nos volumus, nec poſſe condici naturaliter debitum, quod poteſt compenſari. mogel. *l. ſi fideiuſſor 29. §. non malè & §. vltim. infr. mandat.*

2. ¶ Mulier, ſi in ea opinione ſit, vt credat ſe pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit. ſublata enim falſa opinione, relinquitur pietatis cauſa, ex qua ſolutum repeti non poterit.

*Ad §. 2. Mulier.*

Non diſplicet quod poſt Cuiacium quidam malunt hîc legere *mater.* Non enim quælibet mulier pietatis cauſa dotem pro alia muliere conſtituere intelligitur, ſed ea tantùm quæ mater eſt, aut auia, quæ filiam vel neptem dotare interdum etiam cogitur, nimirum ſi patris, aut aui bona vel nulla ſint, vel non ſufficiant, *leg. neque mater 14. Cod. de iur. dot.* officium enim paternum non maternum eſt dotare filiam, *leg. vlt. C. de dot. promiſſ. l. capite 19. infr. de rit. nupt.* Sed tamen negari non poteſt, quin officio pietatis fungatur mater, aut auia, quæ filiam vel neptem dotat *arg. l. Neſennius 34. ſupr. de negot. geſt.* & hoc demùm caſu dotis cauſa pia dici poteſt, non etiam ſi perſona extranea dotem dederit aut promiſerit. In quo errant vulgo, qui tradunt indiſtinctè cauſam dotis piam eſſe, aut piæ cauſæ æquiparandam. Ergo ſi mater in ea opinione ſit, vt credat ſe pro dote filiæ ſuæ obligatam, cùm non eſſet, dotémque ſoluerit, aut aliquid dotis nomine dederit, negat Iulianus repetere eam poſſe. Ratio dubitandi eſt, quia ſola matris opinio non poteſt facere dotem debitam, quæ verè indebita eſt: plus enim eſt in re quàm in opinione, vt & in *§. ſi quis rem ſuam 11. Inſtit. de legat.* & erronea ſoluentis opinio indebiti condictionem inducit potiùs, quàm excludit, vt in *l. qui ſe debere 7. leg. ſi donaturus 9. §. 1. ſupr. de condict. cauſ. dat.* Quidni ergo condictioni locus eſſe poterit? Sed ratio decidendi eſt, quæ in textu proponitur, quòd ſublata falſa opinione ſuperſit cauſa pietatis, ex qua ſolutum repeti non poteſt *l. & ſi quis 14. §. interdum 7. ſupr. de religioſ. & ſumptib. funer. d. l. Neſennius.* niſi in caſu valde ſingulari *leg. patrem 6. C. de nupt.* Planè ſi mater tutrix fuerit, & dotem tanquam tutrix dederit, nullus quæſtioni locus relinquitur, an ſuo nomine poſſit condicere, quod non ſuo nomine ſoluerit. Sed & in dubio credenda eſt, ex officij ſui neceſſitate potiùs quàm ex cauſa pietatis dotem conſtituiſſe, & ex filiæ bonis paternis potiùs quàm ex ſuis *d. l. Neſennius l. cùm plures 12. §. cùm tutor. leg. cùm poſt 43. §. 1. infr. de admin. tutor.* Ergo in muliere extranea, quæ dotē quaſi à ſe debitam pro alia muliere ſoluiſſet, reſponſum hoc Iuliani locum non haberet, ceſſante ſcilicet eo caſu pietatis cauſa qua ſola mouetur Iulianus: quãuis contra hîc noſter putet Accurſius: niſi eum intelligas cum Bartolo de ſorore, quæ dotem det ſorori, aut de nutrice quę det alumnæ, aut etiam de muliere omnino extranea, ſed diuite quæ dotem dederit mulieri pauperi, fauore ac intuitu paupertatis ex Bart. in *l. alim. infr. de alim. legat.* Alia quæſtio eſt, quam idem Accurſius proponit, ſi mulier aliqua pro alia muliere dotem promiſerit, ſiue per fideiuſſionem, ſiue alio quouis modo, nemo enim dubitat quin rectè obligetur & efficaciter, nec Velleiani exce-

ſtipulationis dãdo quemlibet, vt hîc ſcriptum eſt, ac proinde etiam viliſſimum liberatur *arg l. fideiuſſorem 52. infr. mandat.* quamuis Accurſius noſter tam ad hunc quàm ad illum locum contrà ſentire poſt Azonem videatur, dandum ſcilicet aliquem ex mediocribus non viliſſimum aut peſſimum.

33. IDEM libro 39. Digeſtorum.

SI in area tua ædificaſſem, & tu ædes poſſideres: condictio locum non habebit: quia nullum negotium inter nos contraheretur: nam is, qui non debitam pecuniam ſoluerit, hoc ipſo aliquid negotij geſſit. cùm autem ædificium in area ſua ab alio poſitum dominus occupat, nullum negotium contrahit. Sed & ſi is, qui in aliena area ædificaſſet [a], ipſe poſſeſſionem tradidiſſet, condictionem non habebit: quia nihil accipientis faceret, ſed ſuam rem dominus habere inciperet. Et ideò conſtat, ſi quis cùm exiſtimaret ſe heredem eſſe [b], inſulam hereditariam fulſiſſet: nullo alio modo, quàm per retentionem, impenſas ſeruare poſſe.

*Ad l. Si in area 33.*

RAT. DVB Si ego in area tua ædificauerim cùm tu ædes poſſideres, locupletabberis proculdubiò ex mea iactura contra naturalem æquitatem, cùm quicquid ædificatum eſt in area, cedat ſolo tanquã ſuperficies, ac proinde in eius vtilitatem cuius ſolum eſt *l qui res 98. §. aream infr. de ſolut. l. 2. infr. de ſuperfic.* Atqui ratio quæ indebiti condictionem induxit, non alia eſt quàm ne quis ex aliena iactura locupletetur *l. nam hoc natura 14 ſupr hoc tit.* Ergo & in hac ſpecie permittendum mihi eſt, vt condicam aut domum ipſam in *leg qui exceptionem 40. §. ſi pars infr.* aut ſaltem impenſas à me factas.

DEC. Condictio indebiti naſcitur ex quaſi contractu, ac proinde ex aliquo negotio geſto, & quaſi ex mutuo *l. 5. §. is quoque qui non debitum infr de oblig. & act & §. penult. inſt. de obligat quæ ex quaſi contr.* licèt extra id quod agitur, vt benè Accurſius noſter addit ex *l is qui 13. in fin infr. commod.* qui enim ſoluendi animo dat indebitum, diſtrahendi potius quã contrahendi negotij animum gerit. Atqui nullum negotium geſtum videri poteſt inter te & me, cùm in area tua ædificaui fortaſſis te abſente, vt credibile eſt, & ignorante: nec enim contrahi poteſt, niſi inter plures & quidem ſcientes ac conſentientes *l. in omnibus rebus 55. & l. 57. de oblig & act.* Ergo non poteſt hoc caſu condictio indebiti locum habere. Multúmque diuerſa ratio eſt eius qui pecuniam indebitam ſoluit: alteri enim ſoluit, ac proinde hoc ipſo negotium aliquod geritur inter dantem & accipientem: at cùm ædifico in area tua, non perſona tua interuenit, ſed tantùm res tua in quam impendo: ea verò negotij vllius gerendi incapax eſt. Et cõſequenter ſiue tempus illud inſpicias, quo ego in aream tuam impendo, nullum gero tecum negotiũ, ſiue tempus illud quo tu ædificium à me in area tua poſitum occupas, nullum negotium inter nos contrahitur, ſed tu iure tuo vteris, & rem quæ iam tua eſt, tibi habere incipis.

a *Sed etſi is qui in aliena area ædificaſſet.* RAT. DVB. Cùm is qui in aliena area ædificauit, poſſeſſionem ædificij ipſe tradidit, negari non poteſt quin negotium aliquod geratur inter ipſum & eum qui accipit, non enim tradi quicquam poteſt niſi ſit qui accipiat. Ergo hoc ſaltem caſu fatendum eſt, condictioni locum eſſe poſſe, non minus quàm ſi quis nummos indebitos alij ſoluat: nec ſanè dubitari poteſt, quin caſus hic maiorem dubitationem habeat quàm ſuperior. DEC. Negotium quidem aliquod geritur inter eum qui ædificium tradit, & eum qui accipit, ſed non tale negotium per quod fiat aliquid accipientis. Quod enim ædificatum eſt in area aliena, iam inde a quo tempore ædificatum eſt cœpit pertinere ad areæ dominum, quamuis ignorantem, adeóque inuitum, quandoquidem nemo facere poteſt, aut prohibere, quin & naturali & ciuili ratione ſuperficies ſolo cedat *d. l. 2. de ſuperfic. l. 3. § ſed ſi ſupra ædes infr. vti poſſid. d. l qui res 98. § aream de ſolut.* nec ſuperueniens traditio quicquam adiicere poteſt dominio iam antea quæſito, quia quod iam meum eſt, magis meum fieri non poteſt *§. ſi itaque Inſtit de action. l. in bello 12. §. ſi quis ſeruum infrà de captiu. & poſtlim. reuer ſ.* Ergo condictionem habere nõ poteſt is, qui ædificauit & tradidit, cùm nihil accipientis fecerit, & hoc caſu æquè ac ſuperiore ſuam rem dominus habere incipiat quam ante traditionem non habebat. Cur ergo, inquies, non habet ſaltem poſſeſſionis, quam tranſtulit, condictionem? vt in *l. indebiti 15. §. ſed ſi nummi ſupr. hoc titul.* Nam & poſſeſſionis quoddam eſt veluti dominium, vt ibi diximus. Reſpondendum eſt cum Bartolo in *dict. §. ſed ſi nummi* factam fuiſſe accipientis poſſeſſionem, quæ nec ipſius antea erat, nec ipſi debita, in propoſita verò ſpecie diuerſũ eſſe, quia quod diximus, ſuperficiem ſolo cedere, non tantùm ad proprietatis, ſed etiam ad poſſeſſionis cauſam pertinet, vt quiſquis ſolum poſſidet, etiam ſuperficiem hoc ipſo poſſidere intelligatur *dict l. 3. §. ſed ſi ſupra ædes infr. Vti poſſid.* potéſtq; dominus areæ vindicando ſuum dominiũ, etiamſi non ædes poſſideat, attamen ædificij ab alio extructi poſſeſſionem auferre, non quidem tanquam ſuam, ſed tamen quaſi aliquomodo ſibi debitam, cùm quiſquis alienam rem iniuſtè detinet eam petenti, quandoque & vindicanti domino reſtituere ſit obligatus *leg. & ex diuerſo 35. § 1. l. qui reſtituere 68. & l. vltim & paſſ. ſupr. de rei vindic.* Proinde vt condictio indebiti locum habere poſſit, duo concurrere oportet, vt & negotium aliquod geſtum ſit vno dante, & alio accipiente, & vt aliquid factum ſit accipientis. Itaque malè noſtri obiiciunt quod ſcriptum eſt in *l. qui exceptionem 40. §. ſi pars infr.* poſſe condici totam domum, vt impenſa repetatur. Ibi enim dominium domus per fideicommiſſum relictæ tranſlatum fuerat in accipien-

tem ab herede, qnod noſtri non intellcxerunt, vt ad eum locum dicemus.

b *Et ideò conſtat ſi quis cùm exiſtimaret ſe heredem eſſe.* Rat. dvb. In petitione hereditatis etiamſi prędo ille ſit, qui impenſas fecit, quamuis imputari ei poſſit, cur ſciens in alienam rem impenderit, benigniùs tamen eſt, vt in eius quoque perſona impenſarum rationem hsberi oporteat, ne petitor ea aliena iactura lucrum faciat, & idipſum officio iudicis continetur, vt diſertè ſcriptum eſt io *l. planè 38. ſupr. de hered. petit.* Ergo multo magis in bonæ fidei poſſeſſore hereditatis, de quo ſolo hæc lex loquitur, id eſt, qui exiſtimans ſe heredem inſulam hereditariam fulſerit, idem probandum eſt, vt non modò per retentionem impẽſas ſeruare poſſit, ſed etiam per actionem ei ea æquitate dandam, quæ nec prædoni denegatur *l. ſi pupilli 6. §. ſed ſi quis ſupr. de negot. geſt.* hactenus ſaltem vt ei permittatur ſine læſione prioris ſtatus rei eos ſumptus quos fecerit auferre *l. domum 5. C. de rei vindic.* Atque ita Martinus & Azo iam olim crediderunt legem hanc non niſi de ſtricto iure loqui ex æquitate, tamen coortà dicendum eſſe, quem errorem etiam ex recẽtioribus Molinæus Pariſienſis, & alij nonnulli parum peritè & contra hanc legem ſecuti ſunt.

Dsc. Qui in aliena area ædificauit, quam ſuam eſſe exiſtimabat (hoc enim eſt bonæ fidei poſſeſſorem eſſe) non eo animo ædificat, vt alium ſibi obliget, cùm rem ſuam ſe gerere arbitretur, ideóq; nec actionem vllam ſibi acquirit, ſed tantùm retentionem *l. in hoc iudicium 14. §. 1. ſupr. Commun. diuid. leg. ſi quis cùm 29. eod. tit.* oppoſita ſcilicet doli mali exceptione *l. Paulus reſpondit 14. inf. de doli mali except.* Proinde ſi retentionem quam ſolam habet omittat, nulla ratione alia conſulere ſibi poteſt *l. heres 21. inf. ad SC. Treb. ll.* Ergo nec condictionem habere poteſt ob allatas proximè rationes, quandoquidem neque ædificando negotium aliquod geſſit cum domino areæ, neque tradendo poſſeſſionem ædificij quicquam fecit accipientis. Etſi autem ratio hæc in malæ fidei poſſeſſore locum non habet, qui in eam rem impendit, quam ſcit non eſſe ſuam, alia tamen ratio facit, vt nec retentionem habere poſſit, quam bonæ fidei poſſeſſori concedimus, ſcilicet quia ſumptus quos in rem alienam ſciens fecit, donaſſe intelligitur *l. adeò 7. §. ex diuerſo 12. infr. de acquir. rer. domin. l. ſi ſeruus 26. § ſi olim eam 25. ſupr. ad l. Aquil. l. qui alienam 14. infr. de donat.* Prædonis alia ratio eſt de quo in *d. l. l. ſi pupilli §. ſed & ſi quis.* non enim donandi animum habere videri poteſt qui è contrario habet deprædandi. Sed tamen nec ille melioris condicionis eſſe debet, quàm bonæ fidei poſſeſſor, vt actionem aliquam habere debeat ad ſumptus repetendos, quam nec bonæ fidei poſſeſſori accommodamus, vt conſtat ea hac lege, & *dict. leg. in hoc iudicium §. 1.* ſed melioris tamen quàm malæ fidei poſſeſſor hactenus ſaltem vt habeat retentionem *d. l. planè*, idq; ex æquitate & benignitate, ſed cui cauſam det non tam prædonis fauor qui certè nullus eſſe poteſt, quàm odium petitoris qui ea aliena iactura locupletari velit, de quo tamen vide quæ ſcripſi latius ad *dict. leg. planè & ad leg. in fundo 38. ſupr. de rei vindic. & lib. 2. Coniectur. cap. 1. & in Chiliade de error. pragmatic. deca. 1.*

34. Idem libro 40. Digeſtorum.

IS, cui hereditas tota per fideicommiſſum relicta eſt, & præterea fundus, ſi decem dediſſet heredi, & heres ſuſpectam hereditatem dixerit, & eam ex Trebelliano reſtituerit: cauſam dandę pecuniæ non habet. & ideo quod eo nomine, quaſi implendæ condicionis gratia dederit, condictione repetet.

*Ad l. Is cui hereditas 34.*

Rat. dvb. Quod condicionis implendæ cauſa datur, licèt magis ea voluntate eius qui dat, quàm ex mente & iudicio teſtantis aut iure teſtamenti dari intelligatur *l. ſi quis ſub condicione 8. infr. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. l. Mænius 55. de condict. & demonſt. l. inter mortis 38. de mort. cauſ. donat.* attamen non ſine cauſa datur, cùm implendæ condicionis cauſa detur, prius enim eſt, vt condicio impleatur, quàm vt quis habere poſſit, & conſequi quod ſub ea condicione ſibi relictum eſt *l. facta 63. §. ſi ſub condicione ad Senatuſconſultum Trebellianum.* Ergo ſemel datum condici poſtea non poteſt, nempe ſi cauſa ſecuta, & condicio impleta ſit. Atqui in propoſita ſpecie, cùm is cui tota hæreditas per fideicommiſſum relicta eſt, & præterea fundus ſi decem heredi dederit, condictionem impleuit & decem dedit, obligauit ſibi heredem, vt fundum quoque daret. Ergo condicere quaſi indebita decem quæ dedit, non poteſt, præſertim ſi non modò hereditatem, ſed fundum etiam habeat cum hereditate: denique ad impediendam condictionem ſufficit heredem habere, hæc decem ex fideicommiſſarij, qui dedit, voluntate. Quid enim cogebat eum decem dare, ſi non vltro dare, & fundum habere maluiſſet? Nec quod heres ſuſpectam hereditatem dixerit, eámque ea Pegaſiano inuitus adire & reſtituere coactus fuerit, ad rem facere videtur, cùm ea res cauſam reſtituendæ hereditatis afficere duntaxat videatur, vt perinde ex Trebelliano tota reſtituatur hereditas, ac ſi ſponte adita & reſtituta fuiſſet, non etiam cauſam præſtationis fundi, qui cum hereditate nihil commune habet, nec enim aut hereditas aut hereditatis pars vlla in fundo aliàve re qualibet ſingulari conſiſtere intelligitur *leg. quamuis 14. inf. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* cúmque voluntas etiam coacta ſit voluntas, quid obſecro poteſt intereſſe, vtrum coactus heres, an ſponte hereditatem adierit *arg. l. ſi mulier 21. §. vltim. ſupr. quod met. cauſ. l. ſi patre cogente 22. infr. de rit. nupt.* Sed neque coactio aliud auferre heredi poteſt, quàm quod ex iudicio defuncti habuit, & iure teſtamenti: in quo numero non ſunt ea quæ condicionis tantùm implendæ gratia, ac proinde mortis cauſa potius capiuntur *d. l. Mænius* & aliis ſupradictis. Dsc. Quiſquis hereditatem ſuſpectam dicit, eámque ea Pegaſiano coactus adit & reſtituit, in ea cauſa ſe conſtituit, vt neque commodum neque incommodum vllum ex ea hereditate, aut ob eam hereditatis aditionem retinere debeat, & ex eius teſtatoris voluntate, cuius ſupremas preces deſtituit

quantum

quantũ potuit *l.4. l. ita tamen 27. §. qui ſuſpectam & l. ſi patroni 41. §. qui fideicommiſſam & paſſ. infr. ad SC. Trebell.* Atqui tractamus de eo herede qui rogatus fuerit totam hereditatem reſtituere, excepto fundo Corneliano, ac præterea ipſum quoque fundum ſub ea condicione, ſi fideicommiſſarius ei decem daret. Ergo cùm ponamus coactum illum ex Pegaſiano & adire hereditatem & reſtituere, non potuit fundum illum, licèt extra cauſam hereditatis conſtitutum ſibi retinere, nec fideicommiſſario reſtitutionem eius denegare, tametſi decem illa condicionis implendæ cauſa fideicommiſſario non accepiſſet: adeò Senatus apud eum nihil ex ea hereditate quam dereliquit, voluit relinquere *d. l. ſi patroni §. quid ergo verſ. adeò Senatus eod. tit.* Conſequens igitur eſt, vt neque fideicommiſſarius cauſam vllam habuerit dandi ea decem neque heres retinendi, cùm nullo condicionis implemento in eam rem opus fuerit, vt is fundus fideicommiſſario acquireretur. Proinde quod condicionis implendæ cauſa heredi datum eſt à fideicommiſſario per indebiti condictionem repetetur, vt hîc Iulianus concludit, indebiti, inquam, non ob cauſam dati cauſa non ſecuta, vt quidam putant, quia coactio facit indebitum quod antea fuit debitum, nec dici poteſt cauſam ſecutam non eſſe, cùm heres fundum tradiderit, de quo nec dubitatur quin penes fideicommiſſarium manere debeat, ſed tantùm an fideicommiſſario permittendum ſit, vt pecuniam quam ei condicionis implendæ cauſa dederat, auferat. Neque obſtat, quod ea quæ cõdicionis implendæ cauſa dantur, non dantur tanquam debita, ſed potius ex dantis voluntate, vt ſuprà diximus ea *l. ſi quis ſub cõdicione 8. infr. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* debentur enim ſi non præcisè ſaltem cauſatiuè, vt Bartolus loquitur, ſi quis lucrum aliquod conſequi velit, aut damnum euitare, quod aliter non poteſt, quàm ſi impleat condicionem *arg. l. ſi non ſortem 26. § ſi quis falsò & §. ſi quis quaſi ſupr. hoc tit.* Nec probo diſtinctionem Bartoli, an condicionis implendæ cauſa detur aliquid ob cauſam de futuro, an ob cauſam de præterito, & an vt is qui dat, conſequatur aliquid facto hominis, an verò ipſo iure abſque facto hominis re ipſa executionem ſuam trahente, quaſi hoc poſteriore caſu videatur ſolutio fieri ob cauſam de præterito, velut, inquit, ſi condicionis implendæ cauſa detur aliquid ad libertatem, quæ relicta purè fuerat, conſequendam, aut ad conſequendum legatum purè relictum, quando legata eſt res teſtatoris, cuius dominiũ ipſo iure & recta via tranſire poſſit in legatarium: vt ſi ob cauſam de præterito datum ſit condicionis implendæ gratia, condictio indebiti locum habeat, ſi verò ob cauſam de futuro condictio detur ob cauſam dati cauſa non ſecuta ex *l. 1. §. ſi parendi ſupr. de condict. cauſ. dat.* Quomodo enim fieri poteſt, vt quod implendæ condicionis cauſa datur, non detur ob cauſam de futuro? Quãtumuis enim res quæ poſt impletam condicionem debebitur, trahat ſecum ſuam executionem, hoc ipſum tamen nunquam niſi ex poſtfacto fieri poteſt, cùm ipſam condicionem prius impleri ſemper neceſſe ſit, antequam ius ipſum exerere vires ſuas poſſit, vt videre eſt in exemplo illo, quod adfert Bartolus de libertate purè data, nec enim poteſt libertas illa competere, niſi condicione demum impleta, non magis quàm ſi factum hominis aliquod in eam rem requireretur, ob rationem generalem poſitam in *d. l. facta 63. §. ſi ſub condicione infr. ad SC. Trebell.* In alio verò exemplo, quod adfert Bartolus de eo, quod implendæ condicionis cauſa datum eſt ad conſequendum legatum, quando legata eſt res teſtatoris, apertè falſum eſt, quòd ille putat ſolutionem illam trahere ſecum ſuam executionem ipſo iure, quaſi hoc caſu nihil impediat, quominus dominium rei legatæ transferatur ipſo iure, & recta via in legatarium. Ei námque qui hereditatem vel legatum ita accepit, ſi decem dederit, neque hereditas, neque legatum aliter acquiri poteſt, quàm ſi poſt impletam condicionem id egerit ſcripius heres vel legatarius per quod hereditas aut legatum acquiritur, id eſt, quàm ſi hereditatem vel legatum agnouerit *l. ei qui 13. inf. de condict. & demonſt.* nempe quia condicionis implementum delationem dũtaxat hereditatis vel legati inducit, vt poſtea acquiri poſſit *l. delata 151. de verb. ſignific.* non etiã acquiſitionem. Neque ſimile eſt quod affert Bartolus de eo, qui ſoluit indebitum, qui licèt ideò ſoluat, vt ipſa ſolutione liberetur, non ideò tamen, inquit, ſoluere dicitur ob cauſam de futuro, ſed ob cauſam de præterito; quoniam liberatio ſtatim & ipſo iure cõſequitur ſolutionem. Nam & illud falſum eſt cauſam proximam ſolutionis indebiti faciendæ eſſe liberationem. Etſi enim ſoluitur indebitum ſicut & debitum ea mente, vt liberatio ſequatur, cauſa tamen proxima ſoluendi non alia eſt, quàm quia debetur, aut deberi exiſtimatur id quod ſoluitur, liberatio autem ſperatur tanquam certiſſimus & indubitatus effectus ſolutionis. Imò verò cùm ſoluitur indebitum, nulla poteſt ſequi liberatio, quia nec obligatio vlla præceſſit, & tamen non defuit cauſa ſoluendi, opinio ſcilicet debiti, quæ ex poſtfacto falſa reperitur, ideóque nimirum ſi aliud nihil impediat, indebiti condictionem inducit *leg. cùm is 32. §. mulier ſupr.* Denique liberatio cauſa finalis eſt ſolutionis, ſed non efficiens aut impulſiua, qualem eſſe oportet eam quæ condictionem inducit ſiue præteritum tempus reſpiciat ſiue futurum. Nam quæ diſtinctio ponitur in *l. damus 52. infrà hoc tit.* aliò pertinet, vt ibi dicemus & ad *l. in ſumma 65. eod. tit.* Debuit igitur Bartolus dicere, diſtinguendum eſſe, an id propter quod implendæ condicionis cauſa datum aliquid fuit, deſierit deberi facto eius qui dedit, vt in ſpecie *dict. l. 1. §. ſi parendi ſuprà de condict. cauſ. dat.* an facto eius qui accepit; vt in hac lege. Priore caſu non poteſt locus eſſe condictioni indebiti, quia non debet eſſe in poteſtate eius qui dedit vt faciat indebitum, quod ſi vellet ipſe, maneret debitum. Quemadmodum ſi quis implendæ condicionis cauſa decem dederit; vt hereditatem ſibi ea condicione delatam adire vel legatum conſequi poſſet, mox poſtquam dedit, hereditatem ipſe vel legatum repudiauerit, impleta ſiquidem condicione in ipſius arbitrio & poteſtate erat, vt hereditatem agnoſceret aut legatum, proinde ſi repudiare maluerit, condicere quidem poterit, ſed condictione ob cauſam dati cauſa non ſecuta, quia fuerat data pecunia, vt hereditas vel legatũ acquireretur, cuius tamen acquiſitio ſecuta nulla eſt, non etiam condictione indebiti, cùm ex ſola voluntate illius, qui pecuniam dedit, acciderit, ne pecunia omnino debita etiam hodie ſit: præſertim cùm nec inutiliter data ſit pecunia, cuius datione effectum eſt, vt delata fuerit hereditas aut legatum, cuius repudiatio alioqui nec ſequi potuiſſet, cùm prius delatum quid eſſe oporteat quàm repudiari poſſit *l. ſi ita ſit ſcriptum 45. §. ſi ſub condicione infr. de legat. 2. l. 1. §.*

Google

*decretalis de ſucceſſ. edict.* prius autem condicio impleri debeat, quam ex condicionali diſpoſitione aliquid deferatur *d. §. ſi ſub condicione & leg. cedere diem 213. de verb. ſignific.* At poſteriore caſu cùm facto eius qui pecuniam accepit, indebita fit pecunia quæ tenera fuit debita, nihil cauſæ eſt, cur alia quæratur condictio, quàm indebiti ad repetendum id, quod verè fuit indebitum. Eiuſque rei exemplum elegans eſt in ſpecie huius legis, in qua is, cui tota hereditas reſtituta fuit, & præterea legatus fundus ſi decem heredi dediſſet, datis decem & accepto fundo, nihilominus decem condicere poteſt, tanquam facta indebita ex voluntate & facto heredis, qui poſt accepta decem ſuſpectam hereditatem dixit, nec niſi coactus eam reſtituit, atque ita indignum ſe fecit, qui ob eam hereditatis aditionem quicquam retineret, id eſt, ne quidem pecuniam condicionis implendæ gratia datam, quia nec fundum fideicommiſſario legatum retinere poſſet, quamuis extra fideicommiſſi cauſam conſtitutum, cùm non eo minus verum ſit, eſſe illum hereditarium, nec alio iure ad heredem perueniſſe, quàm quòd is hereditatem adierit: quandoquidem aditio illa coacta in omnibus iis quæ ad commodum, aut incommodum heredis ſpectant, pro non aditione habeatur, vt diximus ex *d. l. ita tamen 27. §. qui ſuſpectam ad SC. Trebell.* Ideóque nimirum hoc caſu reſtituitur hereditas ex Trebelliano, vt Iulianus hîc loquitur, quia reſtituitur tota & ſicuti teſtator voluit, *§. ſed quia Inſtit. de fideic. heredit.* Nam cùm reſtituitur retenta quarta, reſtituitur ex Pegaſiano, quod Accurſius noſter non intellexit ponens rogatum eſſe heredem de reſtituendo hereditate poſt tantum tempus, vt medio tempore tot fructus percipere potuerit, quot poſſint ſufficere ad quartam, de quo tamen nec cogitauit Iulianus. Itaque miror tantopere Accurſium & noſtros laborare, an fũdus in hac ſpecie fideicommiſſario legatus hereditarius fuerit, an heredis, ſed illud magis, quod ponunt fuiſſe proprium heredis, nec obſtent, inquiunt, verba illa huius legis *tota hereditas.* Vnde nec pudet quoſdam apud Accurſium delere dictionem *tota,* quaſi non poſſit tota hereditas reſtitui, præcepto tamen & retento aliquo fundo hereditario, contra quàm ſcriptum ſit in *§. ſi quis vna Inſtit. de fideic. hered.* Sed nec deſunt, qui ponant fundum hunc ad fideicommiſſarium non perueniſſe, exiſtimantes fieri non poſſe, vt ſi peruenerit permittendum ſit fideicommiſſario repetere pecuniam, quam implendæ condicionis cauſa dedit, nec animaduertentes heredem, qui cogente fideicommiſſario inuitus adiit non poſſe fundum retinere, quo retento, vel præcepto iuſſus erat hereditatem totam reſtituere, nec proinde pecuniam condicionis implendæ cauſa datam à fideicommiſſario, vt is quoque fundus reſtitueretur, quia nullum, vt diximus, commodum ex aditione coacta ſentire debet. Commodum autem eſt, non minus ſi quod implendæ condicionis gratia datum eſt, permittatur ei retinere, quàm ſi fundum ipſum hereditarium, licèt fundus ipſe tanquam ex legato capiatur, pecunia autem non niſi mortis cauſa *d. §. ſi quis vna & d. l. inter mortis 38 de mort. cauſ. donat.* Difficilior obiectio eſt, quæ fit ex *l. qui heredi 44. §. cùm hereditas verſ. ſed cùm ſuſpectam inſr. de cond. & demonſtr.* vbi diſertè Paulus ſcribit, ſi ſuſpectam hereditatem heres dixerit, & adierit, & reſtituerit, dubitari quidem an ei auferendum ſit, ex cauſa fideicommiſſi etiam id quod implendæ cauſa heredi datum eſt, ſed benignius eſſe in hoc caſu nihil ei auferri. Quæ verba pleroſquę mouerunt, vt dicerent Iuliani ſententiam, quæ in hac lege extat, referendam eſſe ad iuris rigorem, Pauli verò ad æquitatem & benignitatem. Quod ſanè eſſet probabile, ſi aliud melius dici nihil poſſet. Malo tamen aliam ſequi interpretationem Accurſij & Bartoli, diſtinguentium, an implendæ condicionis cauſa datum ſit aliquid heredi à fideicommiſſario, an ab alio extraneo, vt ſi à fideicommiſſario danda ſit ipſi contra heredem condictio, vt qui periculo ſuo adire iuſſit hereditatem, omne commodum, quod propter aditionem heres habuit conſequatur, ſi autem ab extraneo, neque is qui dedit, neque fideicommiſſarius poſſit condicere, non is qui dedit, quia fundum pro pecunia habet, quem non haberet, ſi pecuniam condicionis implendæ cauſa non dediſſet, non item fideicommiſſarius, quia licèt heredem adire coegerit, adita tamen ſemel hereditate etiam iuſſu prætoris tota defuncti voluntas rata conſtituitur *d. l. ſi patroni 41. §. qui fideicommiſſam inſr. ad SC. Trebell.* nec minus ad legatariorum, quam ad ipſius fideicommiſſarij vtilitatem. Itaque non eſt cur fideicommiſſarius heredi auferre velit pecuniam, quam ab extraneo accepit, vt daret ei fundum, ſicuti nec fundum ipſi extraneo auferre poteſt, nec conqueri cur heredi pecuniam extraneus dederit, quam alij condicionis implendæ cauſa dare non potuit *d. §. cùm hereditas.* Quamuis indignus ſit heres qui coactus adiit, cui permitti debeat hanc pecuniam retinere, ſi ſummo iure cum eo agatur, quandoquidem nec eam hodie haberet, ſi non adiiſſet, niſi cùm in ipſius arbitrio & poteſtate teſtator poſuit, vt non adiret, quemadmodum in *leg. debitor 59. ad finem principij ad SC. Trebell.* Sed æquius tamen eſt, & benignius nihil hoc caſu auferendum heredi, nec debere fideicommiſſarium ei inuidere, quod neque ex hereditate, neque ex iudicio teſtatoris, neque ex pecunia, vllóve alio fideicommiſſarij incommodo heres habeat.

35. Idem libro quadrageſimoquinto Digeſtorum.

QVi ob rem non defenſam ſoluit, quamuis poſtea defendere paratus eſt, non repetet, quod ſoluerit.

*Ad l. Qui ob rem 35.*

RAT. DVB. Ob rem non defenſam non cõmittitur ſtipulatio iudicatum ſolui, quandiu poteſt exiſtere qui defendat, *l. 3. § penult. iunct. l. iudicatum 6. inf. iudic. ſolui.* Atqui etiam poſteaquàm lis conteſtata eſt, ex clauſula ob rem non defenſam adhuc defendi quis poteſt, & purgari mora quę in defendendo admiſſa eſt, *dict. l. 3. § vltim. l. etſi poſt tres 8. ſuprà ſi quis caution.* Ergo quod ex ea cauſa, quaſi ex commiſſa iam ſtipulatione ſolutum eſt, condici poteſt, exemplo eius quod ſolutum fuit, ab eo qui tutus erat exceptione perpetua, *leg. quæ exceptionem 40. infrà.*

40.*inf.* Nam nec dubitandum eſt quin exceptionẽ habeat quiſquis ex ſtipolatione iudicatum ſoloi ob rem non defenſam conuenitur poſt moram, ſi modò purget moram, & paratus ſit ſe defendere *d.l.etſi poſt tres.*

D a c. Purgari quidem poteſt mora, ſed re integra *dict.leg.etſi poſt tres leg ſi ità quis 135.§. Seia in fin.infr. de verb.oblig.* Atqui res non eſt integra, cùm aut ſolutio iam facta aut condemnatio ſecuta eſt *leg. iam autem 5.inf.iudic.ſolui.* Sera igitur moræ purgatio eſt, poſt factam ſolutionem ad inducendam condictionem. Neque verum eſt exceptionem aliquam ei competere, qui moram cõtraxit, niſi ex quo purgare moram paratus eſt *dict.leg.etſi.* Proinde ſi antè ſoluerit, fatendum eſt factam eſſe ſolutionem eo tempore quo exceptionem nullam adhuc habebat is qui ſoluit; & conſequenter nullum condictioni locum eſſe: aliud enim eſt, vt benè notat Bartolus, exceptionem aliquam habere, aliud verò aliquam habere poſſe: nam qui poteſt habere, adhuc tamen non habet, ſicut & longè diuerſum eſt, purgari moram poſſe, aliud verò purgatam iam eſſe, quæ enim purgari adhuc poteſt, certè iam purgata non eſt. Et placet valde, quod hîc addit Bartolus, moram quæ tranſtulit periculum in debitorem, aut creditorem, non eo minus hunc ipſum effectum habere, quod purgari adhuc poſſit, quia remanet mora, quandiu purgata non eſt ex *l.ſancimus 26. in fin.C. de fideiuſſ. l. qui decem 72.in princ.& §.1. de ſolut.* Quando autem & quandiu purgari poſſit, alia quæſtio eſt, quæ tractari ſolet ad *l.inſulam 84.de verb.oblig.* Planè poſt factam executionem ſiue ab homine, vt in ſpecie huius legis, ſiue etiam à lege dummodo ipſo iure, vt addit hîc Bartolus, nec vllo facto hominis expectato, vix eſt vt purgationi moræ locus aliquis relinquatur: tunc enim iam res eſt in termino, vt loquuntur Philoſophi, nec variationem vllam recipere amplius poteſt, *l.ſi cui 19.de legat.2.*

36. Pavlvs libro 5. Epitomatum Alfeni Digeſtorum.

SEruus cuiuſdam, inſciente domino, magidem commodauit. is, cui commodauerat, pignori eam poſuit, & fugit. qui accepit, non aliter ſe redditurum aiebat, quàm ſi pecuniam accepiſſet, accepit à ſeruulo: & reddidit magidem. Quæſitum eſt, an pecunia ab eo repeti poſſit. Reſpõdit, ſi is, qui pignori accepiſſet magidem, alienam ſciſſet apud ſe pignori deponi, furti eum ſe obligaſſe, ideóq; ſi pecuniam à ſeruulo accepiſſet redimendi furti cauſa, poſſe repeti. ſed ſi neſciſſet alienum apud ſe deponi, non eſſe furem. Item ſi pecunia eius nomine, à quo pignus acceperat, à ſeruo exſoluta eſſet: non poſſe ab eo repeti.

*Ad l.Seruus cuiuſdam 36.*

R a t. o v a. Pignus alienæ rei non valet *l.1.& tot tit.C ſi alien.res pignor. dat.ſit l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur infr. de pignor.* quamuis alienæ rei venditio valeat *l.rem alienam 28.de contr empt.* nempe quia per venditionem nihil aliud agitur, niſi vt venditor ad rem tradendam obligetur, vel de euictione teneatur, per dationem verò pignoris, vt res ipſa quæ datur pignori afficiatur: quod certè alio quàm domino ipſo eam obligante fieri nullomodo poteſt: eſt enim pignoris obligatio vinculum reale nõ perſonale *l.pignoris 17.infr.de pignor.l pignoris 15.C.eod.* Ergo ſi is qui rem alienam ſiue ſciens, ſiue ignorans pignori accepit, pecuniam acceperit ab alio, quàm ab eo ipſo qui pignus dedit, aut cuius voluntate ea pignoris datio facta eſt, dicendum eſt indebitam eſſe pecuniam, quæcunque eo nomine data eſt, ideóque per indebiti condictionem repeti poſſe, nec adhibendam diſtinctionem eſſe, quam hîc Paulus adhibet, an alienam rem apud ſe pignori deponi ſcienti is, qui pecuniam credidit, an ignorauerit: non enim ignorantia accipientis facere poteſt, vt eo magis valeat pignus rei alienæ.

D x e. Multum refert, an is qui rem alienam pignori accepit, alienam eam ſciuerit, an ignorauerit, ſi ſciuit, furti ſe obligauit hoc ipſo quòd rem alienam inuito, id eſt, inſcio, & ignorante domino contrectauit *l.ancilla 12.Cod. de furt.* Et conſequenter ſi poſtea pecuniam ab eo qui rem pignori dederat, furti redimendi gratia acceperit (aliud enim eſt, ſi pecunia ſoluta ſit eius nomine, qui pignus dederat, vt ſcriptum eſt in fine huius legis, cùm is verè pecuniam debuerit, nempe ſi bona fide conſumpta ſit, nam extantem vindicare dominus poſſet, ſi neque ex eius voluntate ſoluta eſſet, neque is ratum habuiſſet, vt benè hîc notat Accurſius) dubitandum non eſt, quin non modò indebitam pecuniam, ſed etiam ſine cauſa acceperit, quamuis non turpiter, vt malè putat Accurſius, nihil enim turpiter facit, qui pecuniam quam furi mutuam dedit, recipit; licèt ipſe furto ſe obſtrinxerit non mutuam dando pecuniam, ſed alienam rem ſcienter pignori accipiendo. Longè diuerſa cauſa eſt eius pecuniæ, quam quis à fugitiuo meo accepit, ne eum indicaret: hic enim non ſolùm fur eſt, ſed etiam quaſi fur, & furtiuæ pecuniæ patitur condictionem *leg.4.§. vltim. ſupr. tit. proxim.* Si verò is qui alienam rem pignori accepit, alienam ignorauit ſicuti furtum non admittit, ita neque prohibendus eſt eius pecuniæ quam mutuam dedit ſolutionem bona fide recipere, quia & bona fide pignus acceperat, nec furti redimendi, ſed pignoris tantùm luendi cauſa pecunia hoc caſu data videri poteſt, quamuis non potuerit inuito domino pignus retinere quouſque reddita eſſet pecunia, ſi non vltrò reddita fuiſſet *l.2.C.de furt.* ſic enim accipiendum eſt in *verſic. Quòd ſi neſciſſet alienum apud ſe deponi non eſſe furem.* Condictio igitur hoc caſu locum non habebit. De magide cuius hîc mentio fit quid ſit, vide apud Gothofredum.

Digitized by Google

37. IVLIANVS libro 3. ad Vrſeium Ferocem.

SEruum meum inſciens à te emi, pecuniámque tibi ſolui. eam me à te repetiturum, & eo nomine condictionem mihi eſſe omnimodo puto, ſiue ſciſſes meum eſſe, ſiue ignoraſſes.

*Ad l. Seruum meum 37.*

RATIONALIA. Etiam alienæ rei venditio valet hactenus, vt obligetur venditor ad rem tradendam & de euictione, vt diximus ad *l. præced. ex l. rem alienam 28. infr. de contr. empt.* Ergo & obligari emptorem oportet ad precium viciſſim præſtandum *l. ex empto 11. de act. empt.* & conſequenter ſi ſolutum ſit preciũ, repeti non poteſt condictione indebiti. Quis enim poſſit indebitè ſolutum dicere id ad cuius ſolutionem vrgeri & cogi potuiſſet? *arg. l. quod autem 6. §. apud Labeonem inf. qua in fraud. cred.* DEC. Aliud eſt, venditorem alienam rem vendere, aliud verò emptorem ſuam rem emere. Etſi enim tum quoque cùm res quæ venditur, emptoris eſt, aliena res venditur, non ideò tamen valere vẽditio poteſt, quia nec emptio valet, cùm ſuæ rei emptio ſubſiſtere non poſſit *l. neque pignus 45. de reg. iur.* non ſolùm ſi ſciens dominus, ſed etiam ſi ignorans rem ſuam emerit *l. ſuæ rei 16. de contr. emp.* niſi cùm ab initio id agitur, vt dominus ſolam rei ſuæ poſſeſſionem emat, quæ ſit penes venditorem *l. ſi in empt. 34. §. rei ſuæ eod.* Cùm ergo nec venditio hoc caſu valeat nec emptio, conſequens eſt, vt neq; preciũ ab emptore deberi poſſit, ac proinde, vt ſi a domino per errorem ſolutum ſit, cõdici poſſit, adieci *per errorem*, id eſt, ab eo qui rẽ ſuam ignorans emit *d. l. ſuæ rei.* Nam ſi quis prudẽs & ſciẽs rem ſuam emerit, cõuentúmq; eius preciũ ſoluerit, proculdubio non repetet, quia donaſſe id videtur, ex regula *l. cum per errorem 53. & l. donari 82. de reg. iur.* licèt ea mente ſoluerit quaſi poſtea repetiturus *leg. quod quis ſciens 50. inf. hoc tit.* Diſtinctio igitur neceſſaria eſt ex parte emptoris qui rem ſuam emit & precium ſoluit, ſciens emerit, an ignorans, vt priore caſu ceſſet repetitio, poſteriore non item *d. l. ſuæ rei*: At ex parte venditoris nulla adhibenda diſtinctio eſt, quia ſiue ſciuerit venditor, ſiue ignorauerit rem eſſe emptoris, non tenet contractus, nec vllam cauſam habet retinendi precij, quod omni iure indebitum accepit, niſi, vt diximus, emptor ſciens indebitum ſoluerit. Addenda & alia exceptio eſt, niſi quis rem ſuam emerit ſub conditione, quòd fortè ſperaretur eius eſſe deſinere. Tunc enim emptio rei ſuę valet *l. exiſtimo 61. de contr. empt.* ſicut & ſtipulatio *l. exiſtimo 98. de verb. obl.* & conſequẽter precij obligatio & ſolutio tenet, nec proinde poteſt naſci condictio precij ex ſolutione quæ parit liberationem, *l. ſi non ſortẽ 26. §. ſi centum, & § ſi decem ſup. hoc tit. l. qui hominem 34. §. vlt. infr. de ſolut.* Ergo ſi ex qua alia cauſa vẽditio inualida ſit, quod poteſt variis caſib. contingere, idem dicendum erit, quod Iulianus in huius legis ſpecie ſcribit, cõdictioni precij tanquã indebiti locũ fore.

38. AFRICANVS libro 9. Quæſtionum.

FRater à fratre, cùm in eiuſdem poteſtate eſſent, pecuniam mutuatus, poſt mortem patris ei ſoluit. quæſitum eſt, an repetere poſſit. reſpondit, vtique quidem pro ea parte, qua ipſe patri heres extitiſſet, repetiturum[a]. pro ea verò, qua frater heres extitiſſet[b], ita repetiturum, ſi non minus ex peculio ſuo ad fratrem perueniſſet. naturalem enim obligationem, quæ fuiſſet, hoc ipſo ſublatam videri, quod peculij partem frater ſit conſecutus. adeò vt, ſi prælegatum filio eidémque debitori id fuiſſet[c], deductio huius debiti à fratre ex eo fieret. ídque maximè conſequens eſſe ei ſententiæ, quam Iulianus probaret[d], ſi extraneo quid debuiſſet, & ab eo poſt mortem patris exactum eſſet: tantum iudicio eum familiæ erciſcundæ recuperaturum à coheredibus fuiſſe, quantum ab his creditor actione de peculio conſequi potuiſſet. Igitur & ſi re integra familiæ erciſcundæ agatur: ita peculium diuidi æquum eſſe, vt ad quantitatem eius indemnis à coherede præſtetur. porrò eum, quem aduerſus extraneum defendi oportet, longè magis in eo, quod fratri debuiſſet, indemnem eſſe præſtandum.

*Ad l. Frater à fratre 38.*

Hæc lex quam Bartolus præfatur re & fama eſſe difficilem, ſi qua alia eſt, in toto corpore iuris latiſſimè à nobis explicata fuit *lib. vlt. Coniect. c. vlt.* nec lõgiore hîc indiget tractatione. Adferemus tantùm rationes dubitandi & decidendi ad ſingulos verſiculos, vt quanto breuior erit tractatio, tanto clarior & dilucidior inueniatur. Speciem legis non obſcurè Africanus expreſſit primis illis verbis *Frater à fratre, cùm in eiuſdem patris poteſtate eſſent, pecuniam mutuatus poſt mortem patris ei ſoluit.* Neque breuius neq; apertius exprimi res potuit. Quæſtio autem quæ ex propoſita facti ſpecie naſcitur, æquè breuiter & apertè ſequentibus illis verbis, *Quæſitum eſt, an repetere poſſit.* Tota itaque legis difficultas in reſponſione eſt, reſpondet autem Africanus cum diſtinctione in hæc verba:

a *Reſpondit, vtique quidem pro ea parte qua ipſe patri heres extitiſſet, repetiturũ.* RATIONALIA. Cũ duo fratres in eiuſdem patris poteſtate conſtituti ſimul contrahunt, ſicuti certum eſt non poſſe illos inuicem obligari ciuiliter, obſtante ſcilic. iure patriæ poteſtatis, quod efficit, vt & patris & liberorum omnium qui in eius poteſtate ſunt, vna eadémque perſona eſſe exiſtimetur *l. Imperator 50. infr. ad SC. Treb. l. ne cum filiofamilias 16. inf. de furt. l. iur nulla 4. ſup. de iudic.* ita conſtat poſſe illos inter ſe obligari naturaliter, vt omnium

nium apertiſſimè hæc lex probat, cum ita loquitur Africanus, *Naturalem enim obligationem, quæ fuiſſet*, & in §. *prox. inf. Nam manere naturalem obligationem*, in & *verſ. contrà ſi pater*, ibi, *Nam hic quoque manere naturalem obligationem eodem argumento probatur.* Naturalis enim obligatio tota ex facto æſtimatur, ita vt etiam ſeruus domino & conſeruus conſeruo naturaliter obligetur *l. nec ſeruus 41. infr. de pecul. ſed ſi damnum 9. §. peculium & ſeq. & paſſ. eod. tit. l. Stichum aut Pamphilum 95. § naturalis infr. de ſolut. l. ſi quod 64. infr. hoc tit.* ad ea verò quæ facti ſunt, non poteſt ius patriæ vel dominicæ poteſtatis pertingere *l. qui heredi 44. infr. de condic. & demonſtr. l. quod dicitur 130. de verb. oblig.* Quidni ergo & pater filio & filius patri, in cuius poteſtate eſt, & frater fratri naturaliter obligabitur? Vnde eſt quod quamuis pater filiofa. naturaliter obligari poſſit, fideiuſſorem tamen pro ea obligatione filio dare non poteſt, quia fideiuſſoris obligatio, quæ ſemper aut ciuilis aut nulla eſt, patri per filium acquireretur, *l. ſi quis pro eo 56. §. 1. inf. de fideiuſſ.* atq; ita vt lex ait, eſſet idem pro eodem eidem obligatus, quæ tamen ratio mala eſſet, ſi filius non obligaretur patri, non enim poſſet videri fideiuſſor obligatus pro patre, qui nullomodo eſſet ipſe obligatus: dicẽdumque potiùs eſſet, non obligari fideiuſſorem, ideò quòd nulla eſſet obligatio, ne quidem naturalis, cui fideiuſſoria poſſet accedere. Quòd ſi fideiuſſoris obligatio naturalis tantùm eſſe poſſet, proculdubio vtiliter acciperetur fideiuſſor pro patre, hactenus ſcilicet vt is filio naturaliter obligaretur, ne verendũ eſſet, vt per filiũ reacquireretur patri: quomodo malè Bartolus exiſtimat. Atqui cõſtat naturalis obligationis effectum præcipuum illum eſſe, vt impediat ſoluti repetitionem tota hac lege & *l. Iulianus verum debitorem 60. & paſſ. hoc tit. l. 3. §. vlt. ſupr. Quod quiſque iur. l. naturales 10. inf. de oblig. & action.* Ergo dicendum eſt, quod frater debitor fratri creditori ſoluerit, repeti non poſſe, nec magis poſt mortem patris quàm viuo patre, nec ruſum magis pro ea parte pro qua frater debitor patri heres extitit, quàm pro qua nõ extitit. Et hæc obiectio tanti momenti eſt, vt Franciſcum Hotomanum coegerit reſponſi huius partem priorem emendare, & addita negatione legere *non repetiturum*, protſus inſulſe & ineptè: Iacobũ verò Cuiaciũ in eam ire ſententiã, quæ fuit iam olim Ioannis, Accurſij & veterum ferè omnium, vt obligatio naturalis fratri quidẽ creditori primùm quæſita ſit, ſed quæ tamen per eum ipſum acquiratur patri non minus quàm ciuilis: quaſi non alia ratio adferri poſſit, propter quam Africanus noſter ita diſtinguere debuerit, vt quod frater debitor fratri creditori poſt mortem patris ſoluit, vtiq; repeti poſſit, pro qua parte is patri heres extitit, pro alia verò parte non poſſit repeti, niſi cum diſtinctione illa, an minus ex peculio fratris debitoris ad fratrem creditorem peruenerit, an tantundem æquè inſubtiliter & contra iuris rationem, cùm fieri nequeat, vt naturalis obligatio acquiratur & filio & patri per filiũ, ſed vel filio tantùm, vel patri tantum: quandoquidẽ quicquid acquiritur patri per filium, ita acquiritur, vt ne momento quidem temporis acquiſitio in perſona filiifam. conſiſtat, vt in obligatione ciuili cernere eſt *l. placet 79. inf. de acquir. hered.* Atqui non negant iſti, nec negare poſſunt, quin obligatio hæc naturalis acquiratur primùm filio. Ergo fateantur neceſſe eſt, non poſſe illam acquiri patri alioquin dicendum eſſet, eodem inſtanti acquiri eam & patri & filio, quod prorſus impoſſibile eſt. Sicut & quod iidem addunt, duas hîc eſſe obligationes naturales vnam, quæ filio acquiratur, & in eius perſona remaneat, alteram, quæ per filium acquiratur patri, & quæ poſtea ruſum filio acquiratur tanquam heredi, quod certè ridiculum eſt. Alia igitur ad priorẽ huius reſpõſi partẽ ratio decidẽdi quærenda eſt, ea verò non alia, quàm quæ mox ſequitur. Dac. Peculium filiifam. moriente patre confunditur cum hereditate, & ex peculio fit hereditas *l. certum eſt 13. Co. famil. erciſc.* peculium, inquam, profectitium, de quo ſolo hîc loquimur, nam in caſtrẽſi aliud eſt *l. ſi filiusfamilias 4. eod. tit.* nec enim peculium eſſe poteſt, niſi quatenus & quandiu à filiofamilias poſſidetur, quia paterfamilias peculium non habet *l. vlt. in fin. Cod. de inoffic. teſtam.* Ergo & peculiaris obligatio, quæ filiofamilias quæſita fuerat viuo patre contra fratrem, ex peculiari fit hereditaria per mortem patris. Atqui hereditas paterna, & quicquid hereditatis eſt, diuiditur inter fratres eoſdemq; patris heredes pro hereditariis portionibus *l. 1. C. ſi cert. petat. l. vlt. & paſſ. C. de heredit. action. l. 1. & 2. C. ſi vnus ex pluribus hered. debit.* Ergo & hæc quoque peculiaris obligatio. Cui conſequens eſt, vt pro qua parte frater debitor patri heres extitit, repetere poſſit, cùm pro ea parte factus ſit ſui ipſius creditor, atq; ita debitor ſimul, & creditor: quæ res parit confuſionem, ac proinde totam obligationem extinguit, nec tantùm confuſionis iure, ſed etiam ſolutionis poteſtate *l. debitori 50. l. Granius 71. l. heres à debitore 21. §. ſeruo tuo & ſeq. de fideiuſſ. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. aditio de ſolut.* Itaq; perinde fit confuſio naturalis obligationis quæſitæ filio, etiamſi non ſit quæſita patri, atq; ſi per filiumfamilias patri acquiſita fuiſſet: fit enim confuſio in extraneo herede, qui fuit debitor aut creditor defuncti, non eo inſtanti, quo paterfamilias moritur, aut quo primùm mortuus eſt, ſed quo hereditas acquiritur: in ſuo autem herede ſtatim atq; patri heres exiſtit, quod contingit primo inſtanti poſt mortem patris, non quia in ſuis heredibus idem ſit inſtans delatę & acquiſitę hereditatis, vt dicebat Cuiacius, ſed quia in iis acquiſitio fit eo ipſo inſtanti, quo in aliis fit delatio *l. in ſuis 11. de liber. & poſth. l. in ſuis 14. de ſuis & legit.* cúmq; ſtatim atq; pater mortuus eſt, filiusfam. fiat paterfamilias, & ſui iuris, & ita peculiũ habere deſinat, eodem inſtanti ſuccedit poteſtas iuris, quæ & peculium facit hereditatem & obligationem, quę peculiaris fuit, hereditariã, vt diximus tam citò quàm ſi pater viuus naturalem obligationem ſibi per filium acquiſiſſet: vt proinde nil neceſſe ſit cum Accurſio & Cuiacio dicere, quæſitam fuiſſe obligationem patri ad hoc, vt inueniatur ratio, propter quam danda ſit fratri debitori repetitio ſoluti pro ea parte, pro qua heres patri extiterit, ſufficit enim obligationem hanc factã eſſe hereditariam, licèt nunquam fuerit paterna. Quod nec Accurſius, nec alius quiſquam ex noſtris intellexit. Scribit enim ille non aliam huius reſponſi rationẽ adferri poſſe, quàm quia pro parte debitor heres extiterit quaſi creditori, quod certè falſum eſt, nam neque pater fuit vnquam creditor ex perſona fratris, qui mutuum dedit, neque debitor ex perſona fratris, qui accepit. Confunditur autem hęc obligatio peculiaris, non per ſolàm collationem & communicationem peculij, ſed per ſucceſſionẽ, quatenus frater debitor ſucceſſit patri in ea obligatione, at non quaſi peculiari, ſed quaſi hereditaria, & ita tamen hereditaria, vt nunquam fuerit defuncti, ſed poſt ipſius tantùm mortem cœperit & eſſe heredi-

taria. Nec enim nouum eſt, vt aliquid ſit hereditarium, aut actiuè aut paſſiuè, quod tamen à defuncti perſona nunquam inceperit *l. hereditarium 7. infr. de reb. author. iudic. poſſid. l. hereditariarum 40. de oblig. & action. l. ſi per imprudentiam 51. §. non mirum infr. de euict.* Itaque ſi poneres fratrem hunc debitorem abſtentum eſſe ab hereditate patris, perinde quidem obligatio peculiaris deſineret eſſe peculiaris, & fieret hereditaria, quis non faceret abſtentio, quin filiusfamilias per mortem patris fieret paterfamilias, & conſequenter incapax habendi peculij *d. l. vlt. Cod. de inoff. teſtam.* ſed tamen nō ideo poſſet repetere, quod ſoluiſſet iure confuſionis, quia nulla ex parte patri ſucceſſiſſe intelligeretur *l. ſi filius 12. de interrog. in iur. fac.* Nec rurſus quaſi ſoluto per peculij collationem debito, quia non tam contuliſſe quàm amiſiſſe peculium videretur: adeò vt neque conueniri ex propria obligatione deberet, niſi in id quod facere poſſet, etiamſi extraneo debuiſſet *l. 2. infr. quod cum eo qui in alien. poteſt.*

b *Pro ea verò qua frater heres extiterit.* Rat. dub. Non poteſt videri confuſa naturalis obligatio fratris debitoris pro ea parte, qua non ipſe, ſed frater creditor patri heres extitit, cùm pro ea parte non ſit idem ſui ipſius debitor & creditor: quæ ſola ratio eſt, vt proximè diximus, inducendæ confuſionis. Frater enim, qui viuente patre fratri pecuniam peculiarem credidit, æquè poſt mortem patris remanet creditor, ſed cum hac tamen differentia, quòd ex peculiari creditore factus eſt hereditarius, propter confuſionem illam peculij cum hereditate *d. l. certum eſt 13. Cod. famil. erciſc.* Et quamuis ex peculio fratris debitoris ad fratrem creditorem non minùs peruenerit, quàm ei debeatur pro qua parte is patri heres extitit, non ideò tamen magis confuſio vlla induci poteſt, at nec ſolutio, cùm peculium illud viuo quidem patre licèt filij fuerit, magis tamen fuerit patris *l. 3. §. ſed vtrum l. patri 27. in princip. ſupr. de minor.* mortuo autem patre deſierit eſſe peculium, & factum ſit hereditas, ex quo fit, vt non tam ex peculio fratris debitoris, quàm ex patrimonio patris, atque ex eiuſdem hereditate, videatur frater creditor pro qua parte patri heres extitit, partem debitæ ſibi pecuniæ eſſe conſecutus. Non ergo fieri poteſt, vt pro ea parte naturalis obligatio ſublata ſit; ad inducendam ſoluti repetitionem, quamuis ex peculio fratris debitoris, non minus ad fratrem creditorem peruenerit, quàm ei deberetur, pro qua parte extitit heres patri. Non enim tollitur obligatio ſiue naturalis, ſiue ciuilis per ſolutionem factam ex pecunia creditoris, aut alterius quàm ipſius debitoris *l. Iulianus 47. §. 1. infr. mandat. l. Caßius 17. l. ſi alieni 78. & paſſ. de ſolut.* Fratri autem creditori ſoluta intelligitur pecunia quæ ipſius fuit, pro qua parte patri heres extitit, quia fuit hereditaria. Dec. Peculium filijfamilias, veluti proprium eius patrimonium eſt *d. §. ſed vtrum l. 5. §. peculium dictum eſt, l. hinc quæritur 19. §. 1. l. ſi ex duobus 32. l. peculium & ex eo 39. l. quoties 47. §. vlt. & paſſ. infr. de pecul.* Et ideo, quemadmodum frater fratri, qui in eiuſdem patris poteſtate eſt, pecuniam peculiarem credendo acquirit ſibi naturalem obligationem contra fratrem, perinde ac ſi ex pecunia omnino ſua crederet, ita & frater debitor ſoluendo ex peculio ſuo ſe ab obligatione naturali liberat, non minùs quàm ſi ex pecunia omnino ſua puta caſtrenſi ſolueret viuo patre: vtrumque enim ex voluntate patris, qui vtrique filio peculium conceſſit, fieri intelligitur. Quid autem refert, an pecunia quam frater debitor in peculio habuit, ad fratrem creditorem perueniat viuo patre, an mortuo? Etſi enim moriente patre deſinit eſſe peculium, & fit hereditas, eadem tamen pecunia eſt, ex qua frater debitor ſoluere anteà, & ſe liberate potuiſſet, & quæ auxit hereditatem à quo inſtanti ex pecunia peculiari facta eſt hereditaria: tantóque minorem portionem hereditariam haberet hodie frater creditor, ſi minùs ex peculio ſuo frater debitor in aſſem hereditarium contuliſſet. Effectu igitur rei inſpecto qui ſemper potiſſimùm inſpiciendus eſt, *l. debitor 59.* in illis verbis, *videamus de effectu rei infr. ad SC. Trebell.* dicendum eſt, perinde liberari fratrem debitorem per confuſionem & communicationem peculij, atque per ſolutionem, ne alioqui ſola iuris ratio quæ peculium extinguit, vt ex eo peculio hereditatem augeat, damno adficiat fratrem debitorem, qui peculium ſuum benè adminiſtrauerat, & habuerat vnde fratri creditori ſolueret, quomodo in alia ſpecie, licèt diſſimili argumentatur Papinianus in *l. 3. infr. de ſeparat.* Atqui nemo dubitat, quin ſolutione tollatur omnis obligatio, & quin pro ſoluta debeat haberi pecunia, quæ à debitore ad creditorem peruenit, *leg. non omnis 19. §. ſi pupillus ſupr. de reb. credit. l. quòd ſi fortè 14. §. vlt. de ſolut.* Verum igitur eſt, ſi pro qua parte frater creditor patri heres extitit, non minùs ex peculio fratris debitoris ad eum peruenit, quàm pro hereditaria illa portione debeatur, ſublatam eſſe naturalem obligationem: præſertim cùm quæſtio hæc tractanda ſit, inter fratres iudicio familiæ erciſcundæ, quod bonæ fidei eſt, ideóque præſtationes omnes recipit, quæ ſunt ex bono & æquo *§ actionum 25 & ſequ. Inſtit. de action.* Etſi nec quicquam vetat etiam poſt acceptum inter fratres iudicium familiæ erciſcundæ, quod ſæpius accipi non poteſt, tractari inter eos de condictione indebiti, quomodo tractaretur inter heredes extraneos, ſi quid fortè alteri ab altero indebitè ſolutum probaretur. Et ita hic locus omninò accipiendus eſt: nam de iudicio familiæ erciſcundæ inter fratres accepto, incipit tractare Africanus noſter in ſpecie, quæ ſtatim ſequitur.

c *Adeò vt ſi prælegatum filio eidemq; debitori id fuiſſet.* Ratio eſt, qua probat Africanus, naturalem obligationem fratris debitoris hoc ipſo ſublatam fuiſſe, pro qua parte frater creditor patri heres extitit, quod non minùs ex peculio fratris debitoris frater creditor ſit conſecutus. Hæc autem ratio eſt, quia ſi pater teſtamento ſuo fratri debitori peculium prælegaſſet, officium arbitri familiæ erciſcundæ in hereditate inter fratres diuidenda tale eſſe deberet, vt ex prælegato illo peculio partem fratris creditoris hereditariam deduci iuberet: eſt enim ille vnus ex naturalis obligationis effectibus, vt pariat deductionem, *leg. ſed ſi damnum 9. §. peculium & paſſ. infr. de pecul.* Atqui deductione illa facta, nemo dubitaret, quin ſublata eſſet obligatio naturalis, quaſi ſolutionis poteſtate. Deductio enim poteſtatem habet ſolutionis, & per eiuſmodi deductionem peculium fratris debitoris ad fratrem creditorem eatenus perueniſſet. Ergo idem eſſe debet etiamſi per hereditatis diuiſionem inter fratres ſine arbitrio factam, tantundem ex peculio fratris debitoris, ad creditorem fratrem peruenerit, quantum eſt in eius portione hereditaria. Nam & hoc caſu idem euenit, vt peculij fraterni partem frater conſequatur, atque ita habeat vnde ſibi ipſi ſatisfaciat. Rat. dub. Cùm pater vni ex filiis

ſuis

ſuis eidémque debitori peculium prælegauit, officium arbitri familiæ erciſcundæ tale eſſe oportet, vt patris iudicium & voluntatem ſequatur *l. filij 16. l. filia 28. l. vl. & paſſ. C fam. erciſc.* Ergo pati non debet, vt ex peculio illo prælegato frater creditor quicquã deducat. Dic. Iudicium familiæ erciſcundæ bonæ fidei eſt § *actionum Inſtit. de action.* proinde nihil niſi æquitatem ante oculos habere iudex debet, vt teſtatoris quidem ſequatur voluntatem, quãtum fieri poteſt, ſed eatenus tamen, quatenus bonum & æquum patitur §. *in bonæ fidei 26. eod. tit.* Atqui bonum & æquum eſt, ſatisfieri fratri creditori ex peculio fratris debitoris, quatenus alteri debet: naturalis enim obligatio æquitatis vinculo ſuſtinetur *l. Stichũ aut Pamphilum 95. §. naturalis de ſolut.* Cúmque non poſſit ea obligatio, quæ naturalis tantùm eſt, parere actionem, neceſſe eſt, vt creditori proſpiciatur officio arbitri per viam deductionis & retentionis, aut etiam, ſi aliter fieri non poſſit, adiudicationis *l. 3. l. Pomponius 8. l. ſi filia 20. §. 1. & paſſ. ſupr. famil. erciſc.* vt quod naturalis obligationis efficacia obtinere non poteſt, adminiculo & officio arbitri familię erciſcundæ ſuppleatur, vt in *d. l. vlt. Cod. famil. erciſc. l. 2. C. de inoffic. donat.* Ergo iubere debet iudex, vt quod frater fratri debet, pro qua parte frater creditor patri heres extitit, ex peculio fratri prælegato deducatur.

d *Idque maximè conſequens eſſe ei ſententiæ, quã Iulianus probaret.* Alia hæc ratio eſt, qua probat Africanus nõ æquitatem deductionis ex peculio fratris debitoris pro qua parte frater creditor patri heres extitit, ſed æquitatem repetitionis, quæ fratri debitori danda eſt contra fratrem creditorem, pro qua parte is patri heres fuit, & quatenus heres ex peculio fratris debitoris conſecutus eſt. Nam ſi quid vnus ex filiis extraneo creditori debuiſſet, & ab eo poſt mortem patris creditor exegiſſet, ſolidam ſcilicet debitã quantitatem, æquum eſſet, tantum eum iudicio familiæ erciſcundæ recuperare à coheredibus quantum ab iis creditor actione de peculio conſequi potuiſſet *l. his conſequenter 18. §. ſi filiusfamilias ſupr. famil. erciſc.* id eſt, pro ipſorum portionibus hereditariis: quamuis filius ipſe idemq; debitor ſi ex parte heres à patre inſtitutus ſit, nihilominus actione de peculio in ſolidum pati cogatur *l. quæſitum 30. §. ſi verò filius ſit infr. de pecul.* quia & ex perſona ſua ipſe ſolidum debet *l. ſi quis cum filiofamilias 44. eo.* Sed ea res nõ facit, quin duplici remedio ei ſuccurri oporteat, quorũ alterũ eſt, vt pro parte nomẽ coheredis redimat *d. §. ſi verò*, alterum, vt contra coheredem habeat iudicium familiæ erciſcundæ *d. §. ſi filiusfamilias.* alioqui locupletaretur coheres ex ipſius iactura, quatenus ex peculio filiifamilias debitoris locupletior factus eſſet, cũ tanto maiorem, vt diximus, habeat portionem hereditariam. Igitur, inquit Africanus, etſi re integra familiæ erciſcundæ iudicio agatur, ita peculium diuidi æquum eſt, vt ad concurrentem vſq; eius quãtitatem indemnis præſtetur frater debitor ab extraneo coherede. Porrò ſi æquum eſt, defendi filium debitorem aduerſus extraneum, lõgè magis, inquit Africanus ex Iuliano, in eo quod fratri debuiſſet indemnis præſtandus eſt. Cur enim deterior conditio eſſe debeat fratris debitoris aduerſus creditorẽ fratrem, quàm aduerſus extraneum? Eſt autem omnib. his caſibus ratio illa communis, quod æs alienũ filiifam. qui peculium habuit, non tam ipſius filiifamilias, qui contraxit quàm peculij onus eſt *l. depoſui 38. §. vlt. inf. de pecul.* ideoq; ad patrem quoque pertinet, quamuis non ipſe contraxerit, vt ad finem vſq; peculij actione de peculio teneatur *d. l. ſi quis cum filiofamilias*, & conſequenter ad heredes quoq; patris pro hereditariis portionibus. Sequitur ergo peculiũ quocunq; ierit, & quiſquis habet peculium ſiue tãquam peculium, ſiue tanquam in hereditatem conuerſuum, is onus quoque æris alieni tãquam onus peculij ſentire debet. Ita enim fit, vt neutri fiat iniuria, quæ alioqui fieret euidenter ei, qui totum debitum ſoluiſſet, nec tamen niſi partem peculij apud ſe retineret. His igitur omnib. conſequens eſt, quod initio huius legis Africanus reſpõdit, fratrem debitorem, pro qua parte frater creditor patri heres extitit, ita repetiturum quod ſoluit, ſi nõ minus ex peculio ſuo ad fratrem creditorem peruenerit. Nihil enim aliud agit Africanus his duab. allatis rationibus, niſi vt probet ſublatam eſſe pro ea parte obligationem naturalem, qua frater debitor fratri creditori tenebatur, quaſi ſolutione facta ex ipſo peculio quod aduexum ſemper habeat onus æris alieni, & cõſequenter locum eſſe repetitioni, quam ſola obligatio naturalis impedire poterat. In eóque errauimus, cum ſcripſimus *lib. vlt. Coniect. cap. vlt.* Africanum non id agere, vt probet fratrem debitorẽ poſſe repetere quod ſoluit pro parte hereditaria fratris coheredis, ſi non minus ex peculio ſuo in fratrem creditorem transtulerit, ſed id potius, vt probet nõ poſſe repetere, ſi aut nihil, aut minus ex peculio fratris debitoris ad fratrem creditorẽ peruenerit. Nulla enim dubitãdi cauſa eſt eo caſu, cum nihil interueniat propter quod naturalis obligatio ſublata videri poſſit. Et quod Africanus ſcribit in verſic. *Naturalem enim obligationem, quæ fuiſſet hoc ipſo ſublatam videri, quòd peculij partem frater ſit conſecutus*, oſtendit ſatis in eo ſolo Africanum laborare, vt doceat, ſublatam eſſe per communicationem & participationem peculij obligationem naturalẽ fratris debitoris, vt inferat, poſſe igitur illum repetere, quamuis non tam ex fraterno peculio quàm ex paterna hereditate, vt in dubitandi ratione diximus, ſolutum fratri creditori videretur: & ita omnino ſentiendum eſt. Cætera, quæ noſtri ad primum hoc legis huius reſpõſum tractant conſulto prætermittimus, non ob id ſolum quod à nobis iam tractata ſatis & cõfutata ſunt in Coniecturis, ſed etiam quia non ad aliud proſunt, quàm vt legis huius interpretationẽ, quã facilem & planam attuliſſe nobis videmur, faciãt difficilẽ.

1 ¶ Quæſitũ eſt, ſi pater filio crediderit, iſq. emãcipatus ſoluat, an repetere poſſit. reſpõdit, ſi nihil ex peculio apud patrẽ remãſerit[a], non repetiturũ. nã manere naturalẽ obligationẽ[b], argumẽto eſſe, quòd extraneo agẽte intra annũ de peculio, deduceret pater, quod ſibi filius debuiſſet. Cõtrà ſi pater[c], quod filio debuiſſet, eidẽ emancipato ſoluerit, non repetet: nã hîc quoq. manere naturalem obligationem, eodem argumento probatur: quòd ſi extraneus intra annum de peculio agat, etiam quod pater ei debuiſſet, computetur. Eadémque erunt, & ſi extraneus heres [d] exheredato filio ſoluerit id, quod ei pater debuiſſet.



Digitized by Google

*Ad §. 2. Quæſitum eſt.*

RAT. DVB. Etſi cùm pater filio ſuo quem in poteſtate habet, credidit pecuniam, naturalis obligatio inter patrem & filium contrahitur, vt ſuprà diximus, & Interpretes quoque hoc caſu fatentur: attamen ſecuta emancipatione, ſi filius iam emancipatus patri ſoluat, alia perſona videtur eſſe quæ ſoluit, quam quæ debuit, quia capitis diminutio quæ per emancipationem contingit, aliam quodammodo emancipati perſonam facit, adeò vt emancipatus filius patri ſuo extraneus quodammodo eſſe intelligatur, *l. quin etiam 55. in fin. de rit. nupt.* Vnde profecta eſt ratio & neceſſitas inducendi edicti de capite minutis, inter cæteras partes edicti de reſtitutionibus in integrum, vt obligationes, quæ per capitis diminutionem interciderant, reſtituerentur *l. 1. & 3. §. vlt.* vbi diximus *ſupr. de capit. minut.* Ergo quod filius emancipatus patri ſoluerit, tanquam indebitum reperi poterit: nam & per emancipationem, perinde atque per mortem patris, eximitur filius à patria poteſtate, & fit paterfamilias, ac proinde incapax habendi ampliùs peculij *l. vlt. C. de inoff. teſtam.* Ergo nec capax eſſe poteſt retinendæ obligationis vllius peculiaris ſiue actiuæ, ſiue paſſiuæ, cùm peculiaris obligatio nulla eſſe poſſit, vbi peculium nullum eſt. Qua ratione putant Ioannes, Azo, & Accurſius, ſi pater qui à filio ſuo mutuam pecuniam accepit, eum poſteà emancipauerit, & in emancipatione peculium ipſi ademerit, non remanere illum filio obligatum, ex *l. ſi quis ſeruo 18 infr. de ſolut.* vbi ſcriptum eſt ſeruo manumiſſo, cui peculium in manumiſſione ademptum eſt, peculiares debitores ſoluere poſteà non poſſe, ſi peculium ademptum ſciuerint. DEC. Capitis diminutio non tollit iura naturalia, nec eas obligationes, quæ ſunt ex bono & æquo, & naturalem habent præſtationem, quia ciuilis ratio iura naturalia corrumpere non poteſt, *l. eas obligationes 8. ſupr. de capit. minut. §. vlt. Inſtit. de legit. agnat. tutel.* Atqui naturales obligationes non tam ex iure, quàm ex facto æſtimantur, vt diximus ex *l. ſi quod dominus 64. inf. hoc tit. l. nec ſeruus 41. infr. de pecul.* nec tam iuris, quàm æquitatis naturalis vinculo ſuſtinentur, *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de ſolut.* Ergo naturalem obligationem, quæ inter patrem & filiumfamilias contracta eſt, patre mutuam credente pecuniam, etiam poſt emancipationē manere fatendum eſt, & idcircò ſi filius emancipatus patri ſoluat, quod ei filiusfamilias debuit, repetitioni locum non eſſe. Eſt autem hic locus omniū apertiſſimus ad probandum quod ſupra docuimus, inter patrem & filiūfamilias, non ſolùm contrahi poſſe obligationem naturalem, ſed quod magis eſt, ita contrahi, vt non acquiratur patri: alioquin pater accipiendo pecuniam mutuam à filio, quo caſu conſtat æquè obligari eum naturaliter filio, vt ſcriptum eſt in *verſ. prox. ſeq.* ſibi ipſi obligaretur: quod cùm natura ipſa non patiatur *l. ne cum filiofamilias 16. infr. de furt.* non minùs naturalem obligationem impedit, quàm ciuilem. Et hæc ratio eſt, quæ Accurſium mouit, ac cæteros exiſtimantes, naturalem, quæ inter fratres contrahitur, obligationem acquiri patri, vt aliud tamen ſenſerint in ea obligatione naturali quæ inter patrem & filiū directo contrahitur, quomodo ipſi loquuntur, non obliquè per intermediā alterius perſonam. In quo miror virū doctiſſimum Iacobum Cuiacium contrà putaſſe, quaſi cum pater mutuam pecuniam à filiofamilias ſuo accipit, nō eo minùs obligatio naturalis quæ acquiritur filio, hoc ipſo reacquiratur patri, ſed tamen non intelligatur acquiſita quamdiu pater peculium penes filium ſuum manere patitur: quod minùs euidenter certè falſum eſt. Quomodo enim poſſet ipſo iure quæſita eſſe patri, quin ſibi ipſi pater obligatus eſſet? Et quid ſi filius nihil in peculio, habeat præter eam ſummam, quam patri credidit? Quid rurſum ſi pater filio peculium ademerit? An eo minùs obligatus ei manebit pater, cum filius ipſe creditoribus omnibus peculiaribus extraneis maneat obligatus? vt pro Hugolino contra Ioannem & Azonem Bartolus benè diſputat ex *l. idemq; 45. & præced. infr. de pecul.* Denique quid abſurdius, quàm dicere, in patris eſſe poteſtate, vt naturalem ſuam obligationem qua tenetur, facto ſuo extinguat, & per ſolam ademptionem peculij: *l. 2. §. Scæuola infr. de eo quod cert. loc. l. ſi ſeruum 91. §. nunc videamus infr. de verb. oblig.* Illud ſanè non nego, quod in Coniecturis fuſiùs docui, obligationem quidem naturalem acquiri filio, non etiam patri, & in ipſius filij perſona manere ac conſiſtere, ſiue pater filio peculiū adimat, ſiue peculium penes filium manere patiatur. Sed ita tamen, vt effectus omnes obligationis naturalis acquirantur patri, ſiue id quod naturaliter debetur, deducendum ſit, ſiue compenſandum, ſiue retinēdum, ex quo fit, vt conuētus pater de peculio ex contractu filij poſſit deducere, quod ipſe filius alteri filio debet, in eiuſdem patris poteſtate conſtituto *l. ſed ſi damnum 9. §. præterea infr. de pecul.* quo potiſſimum argumento motus ac deceptus fuit Cuiacius; nempe quia obligatio ipſa naturalis tota facti eſt, vt diximus, effectus autem omnes obligationis naturalis ſunt iuris: quæcunque porrò iuris ſunt, tranſeunt à filio ad patrem, & à ſeruo ad dominum, non etiam illa quæ ſunt iuris. *d. l. qui heredi 44 de condit. & demonſtr. d. l. quod dicitur 130 de verb. oblig.* Nam neque deductio, neque retentio, neque compenſatio fieri poteſt, quin acquiratur id quod deducitur, vel retinetur, vel compenſatur, *l. filium quem 24. Cod. famil. erciſc.* Acquiſitionis autem omnino incapax eſt filiusfamilias, niſi cū pater non vult per eum ſibi acquiri *d. l. placet 79. de acquir. hered. l. 1. ſi à parent. quis manum. ſit.* Nec tamē cōſequens eſt, vt verum ſit, quod vult Bartolus obligationem naturalem acquiri filio nomine tātum, non etiam effectu. Acquiri enim effectu, etiam ipſo apparet manifeſtè ex hoc §. in quo apertè ſcribit Africanus, quod pater filio ſuo debuit, ſi emācipato ſoluerit, non poſſe eum repetere, nimirum quia eo tēpore iā capax eſt filius acquiſitionis, nec priùs quærendum eſt, cui acquiſitus ſit obligationis naturalis effectus, quàm acquirēdi tempus venerit, *d. l. ſi quod dominus 64. infr. hoc tit.* vbi ſcriptum eſt, id quod dominus ſeruo ſuo debuit, ſi manumiſſo ſoluat, quāuis exiſtimans aliqua ei ſe actione teneri non poſſe dominum repetere, quia naturale debitum agnouerit, cùm tamē ſi ante manumiſſionem eidem ſoluiſſet, nemo dubitaret, quin idipſum quod ſolutū eſſet, domino acquireretur: ſicut & in ſpecie huius §. *verſic. ſeq.* ſi quod pater filio ſuo naturaliter debuit, ante emancipationem ſoluiſſet, haud dubiè & ſublata eſſet per ſolutionem naturalis obligatio, & rei ſolutæ dominium eidem patri per filium acquireretur. Nam cùm ſint diuerſa inſtantia contractæ obligationis, & ſecutæ acquiſitionis, non quemadmodum implicat contradictionem, vt pater ſibi ipſi quicquā debeat, ita & implicat, vt illud ipſum quod pater filio debuit, ſi ab eo ſolutum filio ſit, patri per filium acquiratur: quoniam aliud eſt de obligatione naturali, aliud de dominio tractare, cùm dominium ſit iuris, obligatio autem naturalis meri facti, & non

niſi

niſi partim ex mero facto, partim ex æquitate æſtimanda.

a *Si nihil ex peculio apud patrem remanſerit.* Ergo ſi pater filium emancipando peculium ipſi ademerit, illud quę ſibi retinuerit, quod filius poſt emancipationem ei ſoluerit, repeti poterit tanquam indebitè ſolutum: cùm pro ſoluto habẽdum ſit. quicquid per emancipationem apud patrem ex filij peculio remanſit. Vnde enim potuit aut debuit filius niſi ex peculio ſoluere, ac obligationem peculiarem diſſoluere? Cumque ęs alienum filiifamilias peculium habentis ſit onus peculij, vt ad initium huius legis diximus ex *l. depoſiti 38. §. vlt. & alijs paſſ. infr. de pecul.* fieri certè nequit, vt & peculium filij pater retineat, & filij creditor remaneat. Denique retentio peculij, quam noſtri minùs Latino vocabulo, ſed latiore ſignificatione *peruentionem* vocant, ſolutionis vim obtinet, ideóque prodeſt ad diſſoluendam naturalem obligationem, vt & alia ſolutio quælibet: nempe ſi tantum ex peculio apud patrem remanſerit, quantũ fuit in naturali filij obligatione, nam ſi minus remanſerit, non continget liberatio, niſi ad concurrentem vſque quantitatem. Ex quo intelligimus non ſola peculij ademptione patrem liberari, ſed ſola eius perceptione, non enim plus facere poteſt ademptione peculij, quàm ſi alio quolibet modo extinctum ſit peculium, puta reb. omnib. peculiarib. peremptis *l. peculium naſcitur 40. infr. de pecul.* niſi quod peculium ſi non adimatur emancipato filio, conceſſum ei intelligitur *l. donationes 31. §. pater qui filio infr. de donat. l. ſiue emancipatis 17. C. eod.* ſi verò adimatur, remanet penes patrem, & prodeſt filio vt à patre liberetur.

b *Nam manere naturalem obligationem.* Laborauerat Africanus in prima huius legis ſpecie, vt probaret ſublatam eſſe naturalem inter fratres obligationem partim confuſione, partim participatione peculij. Nunc laborat, vt probet naturalem obligationem inter patrem & filiumfamilias contractam, ſi pater filiofamilias crediderit, non tolli per emancipationem: probat autem hoc argumento, quod ſi poſt filij emancipationem extraneus aliquis creditor peculiaris ageret annali actione de peculio contra patrem, ex *l. 1. & tot. tit. quand. de pecul. act. eſt annal.* deduceret pater quod ſibi filius debuiſſet, vt ſemper fit in actione de peculio *l. ſed ſi damnum 9. §. peculium & paſſ. infr. de pecul.* etiamſi poſt mortem filij eadem actione annali de peculio contra patrem ageretur *d. l. 1.* Ergo nec mors, nec emancipatio filij adimit patri naturalem obligationem. Eſt enim deductio, vt ſæpiùs diximus, vnus ex effectib. naturalis obligationis, non poteſt autem effectus eſſe ſine cauſa, nec argumentatio vlla melior quàm ab effectu ſubſiſtente ad cauſæ ſubſiſtentiam. Porrò nulla hîc dubitandi ratio eſt, niſi quæ à nobis adferetur ad *d. l. 1. infr. quand. de pecul. act. annal. eſt.*

c *Contrà ſi pater.* Senſus eſt, idem quod proximè dictum eſt de filio qui patri obligatus fuit naturaliter, è contrario dicendum eſſe, ſi filius patri crediderit & pater eidem emancipato ſoluerit: non enim repeteret, quia æquè naturalem obligationem agnouit, quæ impedit ſoluti repetitionem. Eadem igitur ad hanc ſpeciem dubitandi ratio eſt, quæ ad ſuperiorem. Eodémque prorſus, ſed inuerſo tamen argumento vtitur Africanus, vt probet in hac quoque ſpecie naturalem obligationem manere. Nam ſi quis extraneus peculiaris creditor ageret de peculio contra patrem intra annum poſt emancipationem, aut poſt mortem filij, computandum eſſet in filij peculio etiam quod pater ei debuiſſet, tanquam auctum naturali illa obligatione filio acquiſita contra patrem. Nam quemadmodum deductio quæ fit ex peculio, oſtendit naturalem adhuc obligationem ſubeſſe, ita & computatio quæ fit huius obligationis naturalis ad augendum peculium: non enim computari poſſet in peculio, & peculium augere obligatio naturalis, quę iam extincta eſſet. Cõſtat autem in peculium filij vel ſerui cõputari, quod ei pater vel dominus debuit *l. quam Tuberonis 7. §. ſed & id quod, infr. de pecul.* nec puto diſtinguendum eſſe hac parte caſum mortis filij à caſu emancipationis, quomodo diſtinguit Accurſ. cum ait ratiocinationem hanc Africani non eſſe neceſſariam: etſi enim mortuo filiofamilias nulla ſupereſſe poteſt obligatio, nec naturalis nec ciuilis, quomodo ſupereſt eodem emancipato *l. creditorem 18. inf. d. SC. Macedon.* quia nec hereditas filiifamilias vlla eſt, in quã tranſire poſſit naturalis obligatio *l. qui contra 11. infr. de fideiuſſ.* quomodo tranſiret mortuo patrefamilias, qui naturaliter tantum obligatus fuiſſet, vtputa impubere *l. ſi eius pupilli 64. infr. ad SC. Trebell.* Attamen cùm de actione de peculio tractatur, quæ ex edicto prætoris intra annum poſt mortem, vel emancipationem filij inſtituitur, nulla differentia eſt, quia iã inde ab eo tempore quo naturalis obligatio contracta eſt, pater cum filio egiſſe, aut filius cum patre rationẽ poſuiſſe intelligitur *d. l. ſed ſi damnũ 9. §. propterea l. ex facto 52. inf. de pecul.*

d *Eademque erunt & ſi extraneus heres.* RAT. DVB. Naturalis obligatio cùm ex facto eſtimetur, vt ſæpius diximus, facta autem merè perſonalia ſint, videtur cohærere perſonæ, indeque fieri vt à filio vel ſeruo non trãſeat ad patrem vel dominum *l. nec ſeruus 41. inf. de pecul. l. ſi quod dominus 64. ho. tit. iunct. l. qui heredi 44. de cond. & dem.* Ergo nec in heredem tranſire poteſt, quia in eũ nec tranſeunt cætera quæ merè perſonalia ſunt *l. quia tale 13. iunct. l. praeced. infr. ſol. matr. l. ex pluribus 42. de admin. tutor. l. ſciendum eſt 25. infr. de re iudic.* DEC. Hereditas perſonã defuncti repræſentat, in omnib. præſertim defuncti obligationib. ſiue naturales ſint, ſiue ciuiles, & ſiue actiuæ, ſiue paſſiuæ, quia ex facto defuncti proficiſcuntur & ſumunt originem: quod maximè inſpiciendum eſt, cũ de tranſmiſſione quæritur: nam & inde fit, vt ſtipulatio conditionalis, etiam pendente conditione defuncto ſtipulatore in heredem ipſius tranſmittatur *§. ex conditionali Inſtit. de verb. oblig.* at legatum conditionale non item *l. is cui 42. de oblig. & action.* Ergo & naturalis obligatio patris, qua filio tenebatur, tranſire poteſt in heredẽ patris extraneũ, adeóque quod magis eſt, ab herede in vniuerſalem hereditatis fideicommiſſariũ, vt diſertè ſcriptum eſt in *d. l. ſi eius pupilli 64. infr. ad SC. Trebell.* Aliud eſt in priuilegiis perſonæ datis, quia non tranſeunt ad heredem: quò pertinent ſupra allatæ leges. Nec mirum videri debet obligationem naturalem tranſire in heredem, quæ non trãſit in patrem vel dominum: nam in heredem tranſit, quia defuncto iam quæſita fuerat: in patrem verò, vel in dominũ, ideò tranſire non poteſt, quia ſi tranſiret neceſſe eſſet ita tranſire, vt ipſi filio aut ſeruo nunquã acquiſita fuiſſet, ne vno quidem temporis momento *d. l. placet 79. de acquir. hered.* Quod tamen ne fieri poſſit, illud impedimento eſt, quod obligatio naturalis tota, vt diximus, ex facto æſtimatur, nec factum filij factum eſt patris, nec factum ſerui factum domini *d. l. qui heredi.* Et obſerua-

dum eſt, non ita loqui Vlpianum *in d.l. placet* vt dicat, omnia omnioo acquiri patri per filium, vel domino per ſeruum, quomodo Cuiacius poſt Azonem nimis generaliter interpretatur, vt oaturales qooque obligationes comprehendat, ſed ait, *quoties adquiritur*, vt intelligamus, non igitur omnia, nec ſemper acquiri. Porrò ſi quid vſpiam gentium eſt, quod acquiſitionem paternam, aut dominicam effugere potuerit iure vetere, fatēdū certè eſt, obligationem naturalem in eo eſſe numero. Loquitur autem hîc Africanus de exheredato filio, quia ſi coheres inſtitutus eſſet, fieret confuſio pro qua parte patri heres extitiſſet quaſi ſuccedente creditore debitori, niſi ab hereditate patris abſtentus filius proponeretur, vt ad initium huius legis diximus.

2 ¶ Legati ſatis accepi: &, cùm fideiuſſor mihi ſoluiſſet, apparuit indebitum fuiſſe legatum, poſſe eum repetere exiſtimauit.

*Ad §. vlt. Legati.*

RAT. DVB. Ei danda eſt condictio indebiti, cui abeſt quod iodebitum ſoluit, ne ex ipſius iactura alius locupletetur *l. nam hoc natura 14. ſupr. hoc tit.* Atqui cùm legati alicuius nomine heres fideiuſſorem dedit (quem dare debet ex edicto vt *legat. ſeu fideic. ſeruand. cauſ. caueat*, ſiue io diem ſiue ſub conditione legatum ſit, adeóque ſi etiam purè, nec ſtatim legatum pręſtetur *l. etiam 15. ill. tit.*) ſi poſteà quàm à fideiuſſore legatū ſolutum eſt, appareat fuiſſe indebitū, puta quoniā teſtamentū iooffícioſū prooūtiatum, aut ex qua alia cauſa irritū factum eſt, vt in *l. 1. 2. & ſeqq. ſupr hoc tit.* nihil abeſſe videtur fideiuſſori, qui legatū ſoluit, cū habiturus ſit regreſſū actione mandati aduerſus heredē pro quo ſolnit, ſed beredi qui ad hoc ipſum obligatus eſt, vt fideiuſſorē indemnē pręſtet. id enim abeſſe cuique intelligitur, in quo eſt obligatus *l. ſi quis mandatu 28. ſupr. de negot. geſt.* Ergo heredi ipſi danda eſt condictio indebiti, non quomodo hîc ſcriptum eſt, fideiuſſori. DEC. Ei danda indebiti condictio eſt, cuius pecunia indebitè ad alium peruenit: nec enim negari poteſt, quin damnum ſentiat ex amiſſo rei ſuæ dominio, ſi non ſtatim ei per condictionem ſuccurratur aduerſus eum ipſum qui accepit, quamuis ab alio indemnis ſeruari poſſit. Sicut enim nemo ideò obligatur quòd ab alio poſteà ſit repetiturus *l. nemo ideo 171. de regul. iur.* ita neque actiooem quam aduerſus vnum habet ob id ſolum amittere debet, quòd aliam aduerſus alium exercere poſſit, cùm actio quæ adiicitur, nunquam priorem tollat, quia nec pluribus actionibus hominis vnius indemnitati conſuli quicquam prohibet, dum ne bis idem conſequatur *l. 1. §. 1. infr. quod legat. l. ſi quis dolo 51. infr. de re iudic.* Atqui in propoſita ſpecie fideiuſſor ille eſt, quem ponimus ſoluiſſe legatum indebitum, non heres. Ergo fideiuſſori non heredi daoda legati indebitè ſoluti condictio eſt, ſcilicet ſi ſuo nomine ſoluerit, quod & in dubio præſumendum eſt, *l. 4. infr. de ſolut.* non etiam ſi nomine heredis, alioqui danda eſſet heredi condictio aduerſus legatarium, mox repetitio fideiuſſori actione mandati contra heredem *l. indebitam 47. infr. hoc tit.* Ita enim accipiendū eſſe huoc §. omnes cōſentiunt: nec fideiuſſori nocebit, quòd legatum debeat ex ſua promiſſione & ſtipulatione, nō ex teſtamento, quod inofficioſum pronuntiatum, aut aliàs irritum factum ſit. Quamuis enim ſtipulatio legatorum ſit cautionalis, ideóque interponatur, vt nouet actiooem ex teſtamento *l. 1. de prætor. ſtipulat. iunct. l. cùm filius 76. §. heres meus delegat. 2.* tameo actionis ex teſtamento quam oouat naturam induit, & vicem repræſentat, ita vt ſi quis ſub conditione legatum ſtipulatus, pendente conditione deceſſerit, ſtipulatio euaneſcat, quia nec legatum tranſmitteretur *l. 1. §. ſi quis ſub conditione.* Vbi additur huic ſtipulationi eaſdem cauſas & conditiones ineſſe quæ legato inſunt. Proinde ſi qua ſit exceptio quæ petenti legatum opponi ſoleat, eandem ex ſtipulatu quoque agenti opponendam eſſe. De quo tamen videnda ſunt & tenenda quæ generaliùs & ſpecialiùs de cautionalium omnium ſtipulationum natura ſcripſimus *lib. 3. Coniect. cap. 1.*

39. MARCIANVS libro 8. Inſtitutionum.

SI quis, cùm à fideicommiſſario ſibi cauere poterat, non cauerit: quaſi indebitum, plus debito eum ſolutum repetere poſſe, Diui Seuerus & Antoninus reſcripſerunt.

*Ad l. Si quis cùm à fideicommiſſario 39.*

RAT. DVB. Multum diſtat cautio præſtanda heredi à fideicommiſſario, à fideicommiſſo, quod heres fideicommiſſario præſtare debet, nec quod heredi cauere fideicōmiſſarius debeat, facit vt eo minùs fideicommiſſum ab herede debeatur. Habent enim fideicommiſſum & cautio, quæ fideicommiſſi nomine præſtanda eſt, cauſas ſuas ſeparatas, cùm fideicommiſſum quidem ex teſtamento debeatur: cautio verò non niſi ex edicto prætoris, ſiue de cautione illa intelligas, quę legatorum & fideicommiſſorum omnium ſeruandorum cauſa præſtari debet ex generali edicto, vt *legat. ſeu fideic. ſeruād. cauſ. caueat.* Quæ mihi probabilior huius loci interpretatio eſſe videtur, ſiue cum Accurſio de cautione interponēda ex edicto, *ſi cui plus quàm per leg. falcid. de qua in l. 1. §. item ſciendum eſt & §. vlt. iunct. l. 1. §. hodie & paſſ. ill. tit. ſi cui plus quàm per leg. falcid.* ſiue denique de cautione, quæ à fideicōmiſſario præſtanda interdū eſt, pro indemnitate heredis, vt in *l. cùm hereditas 36. iūct. l. debitor 59. in fin. principij infr. ad SC. Trebell.* Nam alia duo exempla quæ adfert Accurſius ex *l. patronus 60. infr. ad SC. Trebell.* de patrono, qui ex debita tantùm portione inſtitutus fideicommiſſo aliquo grauatus eſt, & de eo qui pro fideicommiſſo relicto ſub conditione quæ in non faciendo conſiſtit, Mucianam cautionem non obtulit ex *l. Muciana 7. de condict. & demonſtr.* mihi non videntur ad rem pertinere: cùm in ſpecie *d. l. patronus* nullo cautionis remedio fieri poſſit, vt valeat fideicommiſſum, quod patrono ex debita tantùm parte inſtituto iniunctum eſt, *d. l. patronus*, quæ ideò condictionem dat fideicōmiſſi purè & abſolutè, nō autem interim & quouſque cautio præſtita ſit, quæ nulla hoc caſu debetur, in legato autem quod relictum eſt ſub conditione quæ in non faciendo cōſiſtit, Muciana cautio deſideretur, non vt heredi proſpiciatur, ſed vt legatario, id eſt vt poſſit ille priùs etiam quàm impleta ſit conditio, legatū petere, quod alioqui nec viuo legatario deberetur tāquam nondū impleta cōditione, nec poſt impletam conditionē, quæ ſcilicet, ſicut non poteſt impleri niſi morte legatarij, ita nec impleta eſſe niſi

ipſo mortuo, & eo tempore quo acquirendi legati ampliùs capax non eſt. Deniq; Muciana cautio nõ niſi loco remedij introducta eſt & cauſatiuè, vt Bartolus loquitur, id eſt, ſi legatarius deberi legatũ velit, quod alioqui omnino indebitum eſſet. Ergo vt propoſitã dubitandi rationẽ concludamus, ſi heres cũ à fideicõmiſſario fideicõmiſſum petẽte cautionẽ viciſſim à fideicommiſſario debitam nõ petierit, & nihilominùs fideicõmiſſum ſoluerit, non eſt ei permittendũ vt condictione indebiti fideicommiſſum repetat, quod negari non poteſt debitũ eſſe. Quidni enim dicimus potiùs dandã heredi ex edicto actionẽ vt debita cautio præſtetur? vt in *l. qui inuicẽ 30. ſup. hoc tit.* præſertim poſtquàm placuit etiam poſt ſolutum legatũ vel fideicõmiſſum, cautionem illam exigi poſſe *d. l. 3. §. item ſciendum eſt infr. ſi cui plus quàm per leg. Falc.* Neque verò diffitetur Bartolus condictionem indebiti hoc caſu locum habere nõ poſſe, ſed ait dandã eſſe condictionẽ incerti, quaſi quę, ſi Bartolo credimus, à condictione indebiti ſeparãda ſit, ſed malè, vt à nobis iam ſæpius probatum eſt in ſuperioribus. Condictio enim indebiti duplex eſt: vna certi, de qua in *d. l. patronus & paſſ. hoc tit.* alia incerti, qualis illa eſt de qua Marcianus hic tractat, & in *l. ſeq. §. ſi pars infr.* Dec. Indebiti condictio locum habet, non ſolùm ſi quid omnino indebitum ſolutum ſit, ſed etiam ſi quid plus debito, quia & illo caſu ex parte indebitum eſt. Sed ex qua parte? Hoc verò neſciri poteſt, cùm cautio pro fideicommiſſo debita totum fideicommiſſum afficiat, cuius proinde nulla pars debetur, quin totius fideicommiſſi nomine cautio præſtita ſit. Totum ergo fideicommiſſum neceſſario condicendum eſt, & quidem cõdictione indebiti, ſed incerti, vt diximus, nõ autem certi, quia licet fideicommiſſum quod condicitur certum ſit, non tamen repetitur tanquam abſolutè, & ſimpliciter indebitum, ſed tanquam indebitum interim, id eſt, quouſque cautio præſtita ſit. Repetitur ergo ad hoc ſolùm vt cautio præſtetur, quod quoniam facti eſt & in faciendo conſiſtit, hoc ipſo incertum eſt *l. vbi autem 75. §. qui id quod infr. de verbor. oblig.* ideóque non niſi condictioni incerti indebiti locus eſſe poteſt, vt & in *l. quòd ſi nulla 60. de legat.* 1. *l. ſi dominus 8. & ſeq. de præſcr. verb.* Ad hanc legem valde pertinet quod ſcriptum eſt in *l. heres 21. ad SC. Trebell.* quam ab Accurſio & gloſſatoribus prætermiſſam eſſe miror, & de cuius ſententia ac emendatione ſcripſimus *Decad.* *de errorib. pragmaticorum. Error.* meliùs quàm in *error. 10. decad. 26.* Iunge quæ dicam ad *leg. ex quibus 51. infr.*

40. IDEM libro 3. Regularum.

QVi exceptionem perpetuam habet, ſolutum per errorem repetere poteſt. Sed hoc non eſt perpetuum. nam ſi quidem eius cauſa exceptio datur, cum quo agitur, ſolutum repetere poteſt: vt accidit in ſenatuſconſulto de interceſſionibus. vbi verò in odium eius, cui debetur, exceptio datur, perperam ſolutum non repetitur: veluti ſi filiusfamilias contra Macedonianum mutuam pecuniam acceperit, & paterfamilias factus ſoluerit, non repetit.

*Ad legem qui exceptionem 40.*

RAT. DVB. & DECIS. ad hanc legem eadem eſt quæ ad *l. ſi non ſortem 26. §. indebitum ſupr. hoc tit.* vbi eadem ſententia proponitur, quę tamen in hac lege pluribus explicatur, & adhibita diſtinctione illa, an exceptio perpetua quæ ante ſolutionem competebat, & cuius prætextu is qui ſoluit, prætendit repetitionem ſoluti, tanquam indebiti, inducta ſit fauore eius cui datur, qualis eſt exceptio Velleiani de interceſſionibus mulierum, an potiùs odio eius contra quem datur, qualis eſt exceptio Macedoniani aduerſus eum qui filiofamilias pecuniam credidit, vt priore caſu exceptio perpetua inducat repetitionem ſoluti, non etiam poſteriore *l. ſed ſi paterfamilias 9. § vlt. infr. de SC. Maced.* vbi Vlpianus aliis quidem verbis, ſed non diſſimili ſenſu ſcribit, eos qui perpetua exceptione tuti ſunt, ita demùm ſolutum non repetere, ſi ob pœnam creditorum actione liberati ſunt, non etiam quòd exonerare eos lex voluerit. Iunge *l. ſi pœna 19. in princ. ſupr.* Porrò filiusfamilias qui à creditore mutuam pecuniam accepit citra voluntatem patris, & extra eos caſus, quibus Macedonianum ceſſare placuit, non ideò à condictione certi liberatur, ne cum effectu conueniri à creditore poſſit, quòd exoneratum eum Senatus vellit, ſed odio tantùm creditoris, & in pœnam illius qui mutuam pecuniam filiofamilias credidit in necem fortaſſe patris, cuius vita ex eius mutui cauſa etiam periclitari poteſt *l. 1. l. 3. §. is autem ſolus inf. eod. ill. tit.* Quod in ſenatuſconſulto Velleiano de interceſſionibus mulierum contrà eſt, voluit enim ſenatus exoneratas eſſe mulieres, quæ contra ordinis amplìſſimi decretum interceſſerint, ne cum effectu obligari poſſint: fauore ſcilicet infirmitatis & imbecillitatis ſexus, non autem quòd vllo dignus ſit odio is qui cum muliere bona fide contrahit, licet eam intercedere non ignoret. Contra hanc tamen diſtinctionem illa dubitandi ratio vrgere non parùm videtur, quod facilius permittendum videatur, vt quis renunciet iuri in fauorem ſuum introducto, quàm vt renunciet ei iuri, quod odio alterius comparatum eſt: licet enim cuilibet iuri ſuo renunciare *leg. pen. C. de pact. l. ſi index circumuento 41. ſupr. de minor.* Atqui renunciat iuri ſuo, qui perpetuam exceptionem qua tutus erat, omittit, mauultque ſoluere quàm ipſa vti, donantíque ſimilis eſſe dicitur in *l. ſi quis delegauerit 12. infr. de nouat. & delegat.* Cur ergo repetet potiùs is qui fauorabili exceptione tutus fuit, quàm qui odioſa? Imò ſi verum amamus, cùm fiat odio creditoris qui contra ſenatuſconſultum filiofamilias pecuniam credidit, vt exceptione perpetua repelli debeat? An non facere idem odium deberet, vt etiam poſſet repeti, quod huic creditori ſolutum eſſet? in repetitione ſi quidem fauor repetentis verſatur, odium verò illius qui condictione tenetur. E contrario enim quia fauore mulierum Velleiani exceptio introducta eſt, damus mulieri repetitionem, quæ id ſoluit, quod beneficio exceptionis perpetuæ potuerat in perpetuum retinere. Sed pro decidendi ratione reſpondendum eſt, condictiones omnes, præſertim verò condictionem indebiti, ex bono & æquo comparatas fuiſſe, & ex æquitate naturali *l. nam hoc natura 14. & ſeq. ſup. leg. hac condictio 66. inf. hoc tit.* eas autem exceptiones perpetuas, quæ non tam fauore excipié-



Digitized by Google

tis, quàm odio aduerſarij inductæ ſunt, nõ tam naturali aliqua æquitate niti, quàm ciuili: ideóque nõ poſſe parere indebiti ſoluti repetitionem. Eiuſmodi eſt, vt diximus, exceptio Macedoniani. Quænam enim naturalis æquitas ſuadet aut patitur, vt filiusfamilias qui mutuam à creditore pecuniam accepit, non cogatur eam reddere? An verò facere ſenatus potuit vt nõ remaneret naturaliter obligatus? *l. quia naturalis* 10. *eod. tit. d. SC. Maced.* Quid verò aliud eſt obligatum quem eſſe naturaliter, quàm obligatum eſſe ex æquitate naturali? *l. Stichum aut Pamphilũ* 95. § *naturalis de ſolut.* Vt ergo naturalis illa obligatio effectum ſuum non habeat, qui in eo maximè elucet, vt impediat repetitionẽ ſoluti *l. 3. § vlt. ſup. quod quiſque iur. leg. naturales* 10. *infr. de oblig. & action. l. frater à fratre* 38. *& paſſ. ſup. & inf. hoc tit.* neceſſe eſt vt æquitas illa qua naturalis obligatio nitebatur, contraria æquitate, eáque potentiore debilitetur. Qualis æquitas illa eſt, quæ perpetuam exceptionem in fauorẽ excipientis poteſt inducere. Nullus enim fauor eſſe poteſt ad excipiendum, ſi non eam cauſam foueat, quæ naturalẽ in ſe habeat æquitatem. Itaque quãuis mulier quæ contra Velleianum interceſſit, perinde ſit obligata naturaliter, atque filiusfamilias qui contra Macedonianũ mutuam pecuniam accepit, non prohibetur tamẽ quod per errorem ſoluerit repetere, quoniam naturalis æquitas, quæ fauore mulierũ inducit ex authoritate ſenatuſconſulti perpetuam Velleiani exceptionẽ facit, vt vel nulla ſupereſſe intelligatur naturalis obligatio mulieris, tãquã cuius vinculũ contrariæ æquitatis vinculo ſublatũ ſit vt in *d. § naturalis* vel facta ſit infirmior, quàm vt ſoluti repetitionem impedire poſſit: maior enim æquitas & poteſtas exceptionis vincit primã illam æquitatem naturalis obligationis. Neque verò nouũ eſt, vt æquitas cum æquitate pugnet, & fortior vincat infirmiorem *d. § naturalis & leg. ſi ſeruus* 61. *§ quod verò infr. de furt.* At Macedoniani exceptio quamuis æquè perpetua ſit, eandémque ſenatus authoritatẽ præ ſe ferat, quia tamen non tam naturali quàm ciuili æquitate nititur, nec tollere poteſt, nec vincere naturalem illã obligationẽ, quæ etiam poſt ſenatuſconſultum ex mutuo naſcitur, proinde nec impedire retentionẽ ſoluti, quã naturalis obligatio creditori ſolutionem accipienti peperit. Hinc verò intelligimus quàm grauiter noſtri errent in eo quod putãt, Velleiano ſenatuſcõſulto renunciari poſſe, quia poſſit quilibet, vt diximus, fauori ſuo renũciare. Macedoniano nõ poſſe, quòd non niſi creditoris odio cõparatũ ſit, neutra eum renũtiatio permittẽda eſt, ne alioqui facilè ſit vtriuſque ſenatuſcõſulti poteſtatem eludere, muliere vel filiofamilias renuntiante Senatuſconſulto eadem facultate qua contrahit, vt in mulierũ contractib. & interceſſionibus, apud nos, qui errorem interpretum ſecuti renuntiationes iſtas admittimus, quotidiano vſu experientia comprobauit, *l. quidam* 29. *in fi. inf. ad SC. Vellein.* Denique priuatorũ cautiones & cõuentiones legum, atque Senatuſconſultorum authoritate cenſeri nunquam debent *l. inf. de ſuis & legit.* vt ſcilicet impediri poſſit natiuitas & poteſtas exceptionis, quæ ex vtroque ſenatuſconſulto naſcitur: quamuis vbi iam nata & quæſita exceptio eſt, non cogatur mulier ea vti ſi nolit *l. vlt. § pen. inf. ad SC. Vellejan.* nec magis filiusfamilias quàm mulier. Quod & in cæteris conuentionibus iuris eſt, quæ ſi fiant ad obtundendam aciem legis vel ſenatuſcõſulti, priuſquam lex aut ſenatuſconſultum vires ſuas exercere potuerit, nullius momenti ſunt, tanquam factæ cõtra ius publicum. Valent verò, ſi poſtquàm legum voluntati & poteſtati ſatisfactum eſt, interuenerint, *l. ſi quando* 35. *§ & generaliter C. de inoff. teſt. l. quod bonis* 25. *§ 1. l. Seius & Agerius* 27. *inf. ad leg. falc.* Quemadmodũ enim voluntas legis illa eſt, vt filius etiam inuitus poſſit legitimam cõſequi in bonis patris vel matris, non etiã vt inuitus eam conſequatur: itémque legis Falcidiæ & ſenatuſconſulti Pegaſiani, vt poſſit heres etiã inuitus quartã ex legatis & fideicommiſſis detrahere, non etiam, vt detrahat inuitus *l. ſi ſponſus* 5. *§ ſi quis rogatus inf. de donat. int. vir. & vxor. leg. patrem* 19. *& ſeq. inf. quæ in fraud. credit.* ita & vtriuſque ſenatuſconſulti Macedoniani & Velleiani voluntatem & poteſtatem illam eſſe fatendũ eſt, vt & filiofam. cõpetat exceptio Macedoniani aduerſus creditorẽ, à quo mutuam accepit pecuniã, & mulieri exceptio Velleiani aduerſus eum apud quem interceſſit, etiamſi neque filiusfamilias, neque mulier eiuſmodi exceptionem velit ſibi competere, ſed nõ etiã vt ea exceptione ſibi cõpetente vti cogãtur, ſi nolint. Cæterùm ſi quid contra factũ & conuentum ſit, ſiue à filiofam. ſiue à muliere, per quod natiuitas exceptionis eáque vtendi poteſtas impediatur, nullius momenti illud eſt tanquam factum in fraudem ſenatuſconſulti ſiue Velleiani, ſiue Macedoniani, *dict. l. 3. § is autem ſolus in fin. & l. item ſi* 7. *alias leg. ſed Iulianus § mutui dationem infr. de SC. Maced. d. l. quidam* 29. *§ 1. ad SC. Vellejan.* Illud etiã obſeruatione dignũ eſt, malè noſtros hanc legem ſic intelligere, quaſi Marcianus diſtinguat, an exceptio ſit fauorabilis, an odioſa. Aliud enim longè eſt, tractare de exceptione, quæ odioſa ſit, vt ipſi loquuntur, aliud verò de ea quæ inducta ſit odio creditoris, quomodo Marcianus hîc vult nos loqui: poteſt ſiquidem fieri, vt exceptio aliqua ſit odioſa certo reſpectu, vtputa exceptio doli, quæ licet infamiã non irroget, famã tamen & exiſtimationẽ ſuggillat apud bonos & graues viros, *l. 4. § aduerſus inf. de doli mali except.* ideóq; nec à liberis cõtra parentes, nec à libertis cõtra patronos obiici poteſt *l. licet* 7. *§ nec exceptiones inf. de obſeq. parent. & patron. præſt.* nec tamẽ comparata ſit odio eius cui obiicitur, ſed ex ſumma æquitate naturali, fouente cauſã excipientis, vt in hac ipſa doli exceptione cõtingit, quæ licet ideo comparata eſſe dicatur, ne cui dolus ſuus contra naturalẽ æquitatẽ proſit, aut potiùs, ne quis per occaſionem iuris ciuilis contra æquitatem naturalem lucrum captet ex dãno alieno, quomodo ſcriptum eſt in *l. 1. de doli mali except.* hoc ipſo tamẽ intelligimus naturali æquitate potiſſimùm hãc exceptionẽ niti, & idcirco non tam odio eius cui obiicitur inductã eſſe quàm fauore obiicientis. Idque apparet euidentiùs ex eo quod licet non alij poſſit exceptio hæc obiici, quàm ei qui ipſe dolum admiſit, ex parte tamen obiicientis in rem eſt, nec requiritur, vt is ipſe dolũ paſſus ſit, *l. 2. § planè eod. tit.* nẽpe quia naturalẽ in ſe habet æquitatem, & ad fauorem cauſæ reſpicit magis quàm ad odiũ actoris: alioqui & condictio indebiti odioſa dicenda eſſet: cùm nõ detur aduerſus aliũ quàm qui ex aliena iactura cõtra naturalẽ æquitatẽ locupletari velit *d. l. nã hoc natura* 14. vbi diximus *ſup.* qui ſẽper odio certè dignus eſt, & quidẽ maximo, tanquã qui ius ipſum naturæ infringat *l. iure naturæ* 206. *de regul. iur.* Hinc igitur eſt, quod quiſquis doli exceptione tutus fuit, quæ perpetua ſemper eſt *l. pure* 5. *§ vlt. de doli mali except.* ſi per errorem ſoluerit repetit *l. qui ſe debere* 7. vbi diximus *ſup. de condict. cauſ. dat.* quomodo cæteri, de quibus

Mar-

Marcianus in hac lege, qui exceptionem habent in ſui fauorem introductam. Nec proinde cum Interpretibus valde laborãdum eſt, vt diſtinguamus doli exceptionem ſpecialem à doli exceptione generali, quæ cum alijs exceptionibus plerumque concurrit, aut vt quinque doli exceptiones conſtituamus, quod nos iam ſatis refutauimus ad *d. l. qui ſe debere*. Exceptioni Macedoniani ſimilior eſt exceptio præſcriptionis longiſſimi tẽporis quippe quam poſteriores Imperatores induxerunt, non tam fauore debitoris aut poſſeſſoris, quàm odio negligẽtis, nec tamen ex æquitate aliqua naturali quæ repugnat potius, nec patitur, vt id quod noſtrum eſt, nobis ſine facto noſtro auferatur *l. id quod noſtrum 11. de reg. iur.* nec vt cuiquam mortalium ignoranti condictio iniqua per alium inferatur *l. non debet alteri 74 eod. titul.* ſed æquitate merè ciuili, vt & vſucapio, ne rerũ dominia ſemper ſint in incerto *l. 1. de vſurpat. & vſucap.* & vt diligentior quiſque fieret ad res ſuas repetendas, & actiones ſuas exercendas *l. vlt. C. de annal. except. l. vlt. C. de praſcript. long. temp. l. 3. & paſſ. C. de praſcri. 30. vel 40. annor.* Igitur ſi quis tutus exceptione perpetua longiſſimi temporis ſiue triginta ſiue etiam quadraginta aut plurium annorum nihilominus ſoluerit, non repetet condictione indebiti, quia bonam fidem agnouit, & naturalem obligationẽ, quæ per huiuſmodi exceptionem, nec nomine neceſſe-ctu tollitur. Eóq; iure paſſim vtimur. Nam & quod magis eſt, ſi verus debitor à iuſto creditore conuentus per iniuſtam iudicis ſententiam abſolutus ſit, & poſtea ſoluerit, non repetet *l. Iulianus 60. infr. hoc tit.* nimirum quia licet rei iudicatæ exceptio æquè perpetua ſit, non tamen æquitate naturali nititur, ſed potius ciuili. Quid enim ſi per imperitiam iudicis, aut per gratiam, aut quod fœdius eſt, per ſordes iudicatum ſit? Quis putet ex naturali æquitate hoc caſu competere exceptionem rei iudicatæ? Et tamẽ perinde ſtandum eſt reb. ita iudicatis propter rerum iudicatarum authoritatem *l. ſeruo 65. §. cum prætor ad SC. Treb. l. ſi per imprudentiam 51. de euict. l. exceptione 67. de fideiuſſ. l. & ex diuerſo 35. §. 1. ſupr. de rei vindic.* Alioqui nullus eſſet litium finis, & facilè accideret, vt repetita ſæpius lite, contraria pronunciarentur *l. ſingulis 6. infr. de except. rei iudic.* Quæ ratio & æquitas merè ciuilis eſt, vt nemo non videt. Proinde naturalem obligationem tollere non poteſt, nec eius effectum ad inducendam repetitionem ſoluti *d. l. Iulianus*, cuius hæc vera & germana ratio eſt non, quam Accurſius, Bartolus & alij adferunt, quòd exceptio rei iudicatæ inducta ſit ad conſeruandum iuris rigorem: quamuis Bartolus malit hoc intelligere de exceptione litis pendentis, quaſi de ea tantùm loquatur Paulus in *d. l. Iulianus*, quod nos ad eum locum latiùs refutabimus.

1 ¶ Si pars domus, quæ in diem per fideicommiſſum relicta eſt, arſerit ante diem fideicommiſſo cedentem, & eandem heres ſua impenſa refecerit: deducendam eſſe impenſam ex fideicommiſſo conſtat. &c., ſi ſine deductione domum tradiderit, poſſe incerti condici [a], quaſi plus debito dederit.

*Ad §. 1. Si pars domus.*

RAT. DUB. Condictio indebiti non naſcitur niſi ex aliquo negotio geſto per quod res fiat accipientis, *l. ſi in area 33. ſupr hoc tit.* Atqui nullum negotium geritur inter heredẽ, qui ædificat in area per fideicommiſſum relicta, & fideicõmiſſarium, quia cùm ſuperficies & naturali & ciuili ratione cedat ſolo, *l. 2. infr. de ſuperfic.* non poteſt quod in area ædificatũ eſt, ad alium pertinere quã ad fideicõmiſſarium, ad quem & area ipſa pertinet. Ergo ſi pars domus, quę in diem ſiue certam ſiue incertã per fideicõmiſſum relicta eſt, arſerit ante diem fideicommiſſi cedentẽ, id eſt, ſiue viuo adhuc ſiue iã mortuo teſtatore, & eã heres ſua impenſa refecerit, & tamen ſine deductione domũ tradiderit; non poteſt habere condictionem indebiti ſiue certi ſiue incerti, ſed imputare ſibi debet, cur retentionem quã ſolam habebat, omiſerit ex *reg. l. ex quibus 51. infr. hoc titul.* Quid enim fecit accipientis? *d. l. ſi in area verſ. ſed etſi is & l. ſi vrbana 54. infr & l. heres 21. ſup ad SC. Treb.* Hac nimirum ratione victi Interpretes cõminiſcũtur, legatam in hac ſpecie fuiſſe domum alienam, aut quæ eſſet heredis, vt per traditionẽ ab herede poſtea factam aliquid ab eo in legatarium tranſiiſſe dici poſſit, quod factum fuerit accipientis. Ridiculè: non enim de domo legata Marcianus hîc loquitur, cuius dominiũ ſi fuerat teſtatoris, recta via tranſire legatariũ potuerit *l. à Titio 64. infr. de furt. l. legatũ 80. de legat. 2.* ſed de domo per fideicommiſſum relicta, quæ licet fuerit in dominio defuncti, non prius tamen acquiri fideicommiſſario potuit, quàm ei tradita ſit ab herede. Nec enim dominia fideicommiſſorum quę iure veteri inſpecto legibus erant incognita, tranſire in fideicõmiſſarium poterant niſi per traditionẽ, adeóque ſecuta traditione. Non ideò tamen fideicõmiſſarius fiebat dominus Quiritiarius rei per fideicommiſſum relictæ, ſed tantùm bonitarius, quaſi nuda eſſet traditio, quæ iuſtã & legitimã cauſam non haberet *l. qui vſumfructum 3. ſupr ſi vſusfr. pet. leg Herennius 42. infr. de vſur. iunct. l. numquam nuda 31. de acq. rer. dom.* Gerit ergo heres negotium aliquod cum fideicommiſſario, quando partem combuſtam domus hereditariæ per fideicõmiſſum relictæ ſua impenſa refecit, & refectã tradit, atque ita per traditionem facit ipſam accipientis. Proinde æquũ eſt dari condictionem heredi, ſi domũ totam nõ deducta refectionis impenſa reſtituerit, quia negari nõ poteſt quin plus debito ſoluerit, cùm impẽſam quam deducere potuerat, non deduxerit, vt & in lege præcedente, vbi diximus. Ponimus autem refectã eſſe partẽ domus ab herede, quia ſi à teſtatore refecta eſſet, nullam actionem eo nomine heres cõtra fideicõmiſſarium haberet, nullámq; deductionẽ impenſæ, quã totam fideicõmiſſo, & fideicõmiſſarij lucro cedere oporteret, etiãſi tota domus exuſta proponeretur, dummodo particulatim refecta eſſet, quãuis ita, vt nihil penitus ex priſtina materia ſupereſſet, quia non eo minus fideicõmiſſum duraret *l. ſi ita legatum 65. §. vlt. de legat. 1. iunct. l. domos hereditarias 58. eod. tit.* Nihil tamẽ intereſt an pars domus arſerit, an tota poſt mortem teſtatoris, quia ſi ab herede refecta ſit, ſiue tota, ſiue per partes impẽſa ei omnimodo à fideicõmiſſario pręſtanda eſt, & ex fideicommiſſo deducenda. Cæterùm ſi viuo teſtatore domus arſerit tota, diſtinguendum eſt, an in eodem loco, eadémque area teſtator aliam domũ ædificauerit necne, vt priorẽ

caſu fideicommiſſum intercidat, niſi teſtatorem aliud ſenſiſſe appareat, quamuis area eſſet relicta, in qua ſecundum ædificium extructum eſt *d. §. vlt.* poſteriore verò caſu fideicõmiſſum ſubſiſtat areæ quæ poſt totam domum exuſtam adhuc ſupereſt, & quæ ex legato vindicari, aut ex fideicommiſſo peti poteſt *d. l. domus hereditarias & l. ſi grege legato 22. in fin. de legat.* a Itaque quicquid in illa area ab herede ædificatum eſt, id vt legato vel fideicommiſſo cedat neceſſe eſt, ſed non facit ea res, quin totam impenſam ab herede factam ex fideicommiſſo, aut ex legato deduci oporteat, ac ſi proprietas ædium legata, vel per fideicommiſſum relicta fuerat. Nam ſi vſusfructus, conſtat redactis & depreſſis ad aream vſque ædibus vſumfructum extingui, niſi per partem & demolita ſit domus, & refecta *l. quid tamen 10. §. 1. & pen. ſupr. quib. mod. vſusfr. amitt.* Facilius enim extinguitur legatum aut fideicõmiſſum vſusfructus quàm proprietatis, vt ibi diximus. An verò diſtinguemus verũ in diem certam fideicommiſſum relictum ſit, an in incertam? Aliter enim cedit fideicommiſſi dies cùm in diem certam relictũ eſt, aliter verò cùm in diem incertam. Priore caſu cedit fideicommiſſi dies ſtatim à morte teſtatoris, quia diem venturam eſſe certum eſt. Poſteriore verò non cedit, niſi poſtquàm dies extitit, quia dies incertus pro condicione habetur *l. dies incertus 75. de condic. & demonſtr. l. 4. 5. & paſſ. infr. quando dies legat. ced.* Itaque cùm ponimus arſiſſe domum ante diem fideicommiſſi cedentem, ſi dies certus fuit, perinde eſt, ac ſi poneremus viuo adhuc teſtatore domum arſiſſe: ſi verò dies incertus fuit, potuit arſiſſe etiam poſt mortem teſtatoris. Ergo ſequenda ea diſtinctio eſt, quam attulimus ſuprà, cùm diſtinximus, an viuo, an mortuo teſtatore pars domus combuſta ſit. Probabilius tamen eſt, vt de eo fideicommiſſo Marcianus hîc loquatur, quod relictum fuerit in diem incertum. Nam quod in diem certum relinquitur, poſt diem potiùs relinqui dicitur *d. l. 5. §. 1. quando dies legat. ced.* ambiguitatis, vt puto vitandæ gratia. Quamquam quod ad retinẽdam huius §. ſententiam attinet, nihil refert an viuo, an mortuo demùm teſtatore domus arſerit, dummodò non à teſtatore ipſo refecta ſit, ſed ab herede, quod niſi poſt mortem teſtatoris nunquam heres facturus ſit. Ideo autem locutus videtur Marcianus de parte domus, nõ de tota domo exuſta, ne alioqui totum fideicommiſſum indebitè ſolutũ videri magis poſſet, ſi totam domum heres ſuis ſumptibus refeciſſet: cùm enim pars tãtùm domus exuſta eſt, ante diem fideicommiſſi cedentem & ab herede refecta, minor dubitandi cauſa eſt, quin fideicommiſſum non totum fuerit indebitum, illud tamen verum eſt, hoc caſu ſolutum plus debito fuiſſe, quod ſufficit ad dandam indebiti condictionem *d. l. prox. praeced. ſupr.* Tametſi priore etiam caſu non eo magis totum indebitè ſolutum dici poſſet, quãdoquidem etiam tota domo combuſtâ ſupereſſet area, quæ in fideicommiſſo remaneret, atque ita faceret, ne totum quod ſolutum eſſet, indebitum videri deberet. Melius igitur eſt dicere, ideò de parte domus ante diem fideicommiſſi cedentem exuſta, locutum eſſe Marcianum, quia ſi tota domus viuo teſtatore exuſta fuiſſet, eadémque viuo etiam teſtatore refecta, nullum fideicommiſſum supereſſet, *d. l. ſi ita legatum §. vlt.* nec totũ plus debito, ſed etiã totũ fideicõmiſſum indebitè ſolutũ eſſet, ideóque indebiti quidem condictione repeteretur, ſed certi non incerti.

a *Poſſe incerti condici* Et tamen indebiti, noli enim cum Accurſio & Bartolo condictionem indebiti à condictione incerti hac parte ſeparare, ſecundùm ea quæ diximus ad legem proximè præcedentem, vbi rationem attulimus, cur incerti hoc caſu agendum ſit non certi, de quo etiam tractauimus in *Error. 10. decad. 26. de error. pragmat.* vbi vide.

2 ¶ Si pactus fuerit patronus cum liberto, ne operæ ab eo petantur: quidquid poſtea ſolutum fuerit à liberto, repeti poteſt.

*Ad §. vlt. Si pactus.*

Rat. dvb. Pactum ne operæ à liberto præſtentur, videtur eſſe contra debitam patrono reuerentiam, quæ facit vt operas libertus patrono debeat naturaliter *l. ſi non ſortem 26. § libertus in fin.* vbi diximus *ſupr. hoc tit.* Ergo eſt contra bonos mores *l. alia 14. § eleganter infr. ſolut. matr.* ac proinde non poteſt tollere naturalem obligationem: quod.n. dici ſolet naturalem obligationem tolli pacto contrario *l. Stichum aut Pamphilum 95. § naturalis de ſolut.* tum verè dicitur, cùm pactum iuſtũ eſt, quomodo Papinianus loquitur, id eſt, neq. legib. neq; bonis moribus contrarium, vt benè interpretatur hîc Bartolus. Supereſt igitur etiam poſt pactũ de non petẽdis operis naturalis obligatio liberti, quæ ſolutarum operarum repetitionem impedit. Dec. Pactum de non petendis per patronum operis à liberto, nõ ad alias operas referri poteſt, quàm ad eas quę alioquin peti poſſent. Fruſtra.n. paciſceretur quis de non petenda ea re, quæ nullo etiam pacto interpoſito peti tamen non poſſet. Atqui non alias operas exigere ac petere patronus à liberto poteſt, quàm quas libertus ipſe in accipienda libertate, aut ſtipulanti patrono, aut per iuſiurandum promiſerit *l. 3. 4. l. vt iuriſiurandi 7. & paſſ. infr. de oper. libert.* Nã quæ promiſſæ nõ ſunt, retinentur quidem, nec repetuntur ſi præſtitę ſint, tanquam naturaliter debitæ *d. § libertus*, ſed peti tamen non poſſunt, quia ciuiliter nõ debentur, ex naturali enim obligatione ſicuti repetitio non eſt ſoluti, ita nec petitio non ſoluti. Ergo ſi poſt contractam à liberto ſiue per ſtipulationem ſiue per iuſiurandũ obligationẽ operarum conuenerit inter patronũ & libertũ ne operæ illæ præſtentur, dicẽdum eſt ſublatã eiuſmodi promiſſione obligationem naturalẽ, & quicquid operarũ nomine poſtea ſolutum erit repeti poſſe, nec iniuſtũ videri pactum debere, aut cõtra bonos mores, cùm ſicut in patroni poteſtate fuit, vt libertũ ad præſtandas operas obligaret, ita in eius arbitrio eſſe debeat, ne quid operarũ nomine à liberto poſſit exigere: quod fit ſi paciſcatur de operis non petendis *d. § naturalis l. ſi vnus 27. § pactus ne peteret ſupr. de pact.* Eſſet ſanè contra bonos mores pactum, & contra debitã patrono reuerentiam ſi cõueniret, vt etiã ſolutæ à liberto operæ repeti poſſent. Sed cùm conuenit, vt non petantur etiam quæ promiſſæ ſunt, pactũ incipit à patrono qui ſibi legem vtiq; dicere potuit, & ius ſuũ etiã circa naturalem operarũ obligationẽ lædere. Et ideo quicquid poſteà libertus operarũ nomine ſoluerit, indebitum videri debet, indebitique cõdictione repetendum, quaſi ſolutũ ex ciuili obligatione potiùs quàm ex naturali. Credẽdus enim quiſq; eſt, ex ea cauſa ſoluiſſe, ex qua efficaciùs potuit conueniri *l. 1. & ſeq. l. cùm ex pluribus 97. infr. de ſolut.* nec dubitatur quin pactũ de non petẽdo tollat obligationẽ naturalẽ *d. § naturalis*, & inducat ſoluti, tanquam indebiti repeti-

tio-

tionem *l. cùm is 32. §. 1. ſup.* Non ergo hæc parte obſequiales operas à fabrilibus & artificialibus diſtinguere debemus, vt ab Accurſio & Bartolo factum eſt, ſed promiſſas, & quæ ſi pactum de non petendo interpoſitum non eſſet, peti poſſent ab iis, quę nunquam promiſſæ naturaliter tamen debitæ ac ſolutæ eſſent, de quibus repetendis tractari nunquam poteſt, niſi cùm per facti errorem ſolutæ ſunt ab eo, qui ſe putabat eas iure ciuili aut prætorio debere *d. §. libertus.*

41. NERATIVS libro 6. Membranarum.

## QVod pupillus ſine tutoris auctoritate, ſtipulanti promiſerit, & ſoluerit: eius repetitio eſt, quia nec natura debet.

*Ad l. Quod pupillus 41.*

RATIO DVB. Pupillus etiam ſine tutoris authoritate ſtipulanti promittendo naturaliter obligatur *l. 1. in fin. infr. de nouat.* ideóque fideiuſſorem dare poteſt *l. ſi pupillus 127. infr. de verb. oblig. l. Stichum 95. §. naturalis de ſolut. l. ſi pupillus 35. ſupr. de recept. qui arbitr. recept. l. vlt.* vbi diximus *ſupr. de iureiur.* quem vtique dare non poſſet, ſi nón magis quàm furioſus aut prodigus naturaliter obligaretur *leg. is cui bonis 6. infr. de verb. oblig.* obligationem enim aliquam aut ciuilem aut ſaltem naturalem ſubeſſe oportet, cui fideiuſſoria poſſit accedere *l. ſtipulatus ſum 6. §. vlt. & l. ſeq. leg. qui contra 11. l. fideiuſſor 16. §. fideiuſſor infr. de fideiuſſ.* Atqui naturalis obligatio impedit repetitionem ſoluti, vt in hoc tractatu toties diximus ex *l. ſi pœna 10. in princ. l. ſi nō ſortem 26. §. libertus l. frater à fratre 38. & paſ. ſupr. hoc tit. l. 3. §. vlt. ſupr. quod quiſq. iur.* Ergo contrà quàm in hac lege ſcriptum ſit, dicendum eſt, quod pupillus ſine tutoris authoritate ſtipulanti promiſerit, ſi ſoluerit repetere non poſſe, quia id natura debet. Ideóque nimirum coguntur Accurſius, Bartolus, cęteríque interpretes noſtri legem hanc de eo pupillo intelligere, qui adhuc ſit infans, aut qui cū ipſo tutore ſuo contraxerit, & ei aliquid promiſerit, quemadmodū & quod de pupillo mutuam pecuniam accipiente ſcriptum eſt in *l. pupillus 59. infr. de oblig. & act.* pupillum mutuam pecuniam accipiendo ſine tutoris authoritate ne quidem iure naturali obligari: quod tamen prorſus commentitium & ridiculum eſt. DEC. Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem ſecuti ſumus *l. cùm amplius 84. §. is natura debet de reg. iur.* Atqui verum nō eſt, pupillum ſine ſtipulanti alicui promiſerit, ſiue mutuam pecuniam ſine tutoris authoritate acceperit iure gentium dare quicquam oportere, aut eum qui cum huiuſmodi pupillo contraxerit, fidem eius ſecutum eſſe. Quænam enim fides eſſe poteſt quam ſequare illius, qui nullo adhuc iudicio præditus eſſe intelligatur, quíque à furioſo hac in re parum diſtet *l. pupillus 9. infr. de acquir. hered. l. Fulcinius 7. §. planè interdum inf. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eat.* quíque illa etiam ignorat, quæ videt *l. 1. C. de falſ. monet.* cùmque vicio, vt ita dicam, ipſius naturæ fiat, ne pupillus abſque tutoris authoritate ſibi cōſulere per ætatem poſſit, quis credat poſſe illum aut naturali aut gentium iure, quod hac parte vnum & idem eſt, obligari? Obligatur tamen naturaliter, quatenus obligationem naturalem non tam ex iure etiam naturali, quàm ex facto æſtimamus *l. nec ſeruum 41. infr. de pecul.* Verum enim eſt pupillum & ſtipulanti promiſiſſe, & mutuā pecuniam accepiſſe, vnde fit, vt & fideiuſſorem dare poſſit. Nec enim ex eo deterior fit cōdicio pupilli, ſi æquè ſine tutoris authoritate fideiuſſorem dederit, quia fideiuſſor regreſſum aduerſus eum habere mandati actione nullum poſſit *l. Marcellus 25. infr. de fideiuſſ.* Sed non tamen conſequens eſt, vt ea naturalis obligatio damno aliquo afficere pupillum debeat, quomodo afficeret ſi eſſet ille iure naturali & gentium obligatus. Omnes enim effectus naturalis obligationis acceptò ferendi ſunt iuri ciuili, puta vt retentionem pariat, deductionem, exceptionem, cōpenſationem, vt diximus ad *d. l. frater à fratre 38. §. quæſitum ſupr.* Atqui contra iuris ciuilis regulas eſt, vt pupillus abſque tutoris authoritate obligetur promittendo & paciſcendo *l. contra iuris 28. ſupr. de pact. l. obligari 9. inf. de author. tutor.* & contra morem ciuitatis Romanæ *l. more noſtra ciuitatis 8. infr. de acq. hered. §. nunc admonendi Inſt. quib. alien. licet vel non l. 1. §. de pupillo infr. de conſtit. pecun.* Ergo non poteſt naturalis illa obligatio, quæ ex pupilli promiſſione naſcitur, impedire repetitionē ſoluti, cùm iure gentium indebitam pecuniā ſoluerit *l. indebitam 47. infr. hoc tit.* Aliud eſt ſi mutuam pecuniam quā ſine tutoris authoritate acceperat, ſoluerit: non enim contra iuris ciuilis regulas eſt, vt pupillus citra authoritatem tutoris mutuam pecuniam accipiat, cùm accipiendo fieri poſſit locupletior, atq; ita etiam iure gentium obligari eo caſu, quod ei non fuit interdicendum, ideóque ſi mutuam pecuniam quam acceperat ſoluerit, aut pubes factus aut ex tutoris ſui authoritate, ita vt perſona locum non faciat repetitioni, non repetit, *d. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. aditio de ſolut. l. cùm illud 25. §. heres meus quando dies legat. ced. d. l. vlt. ſup. de iureiur. l. interdum 29. ſupr. hoc tit. l. ſi pupillus 21. infr. ad l. Falcid. l. ſi eius pupilli 64. ad SC. Trebell.* Scripſi latius ad *d. l. vlt. de iureiur. & ad l. naturaliter 13. §. vlt. ſupr. hoc tit.* Verum igitur eſt quod Neratius hìc ſcribit, quod pupillus ſine tutoris authoritate ſtipulanti promiſerit, ſi ſoluerit, poſſe repetere, non quia naturaliter non debeat, ſed quia nec natura debet, id eſt, nullo iure, ne quidem naturali & gentium: quomodo debere illum oporteret, vt quod ſine tutoris authoritate promiſſum ſoluiſſet, non poſſet repetere: alioqui ſecum pugnaret ius ciuile, ſi retentionem contra pupillum daret ex ea promiſſione, quæ cōtra iuris ciuilis regulas facta eſſet: at nō pugnat ſecū, tametſi retētionē det eius pecuniæ, quę ex cauſa mutui ſoluta eſt, quia iuris ciuilis regula nulla eſt, quæ mutuā pecuniam ſine tutoris authoritate, dari prohibeat, quamuis pupillus qui mutuam pecuniam ſine tutore accipit, non magis iure naturali obligetur, quàm qui aliquid ſine tutoris authoritate promiſit: vtroque tamen caſu obligatur naturaliter, ſed vno caſu ita vt effectum habeat naturalis obligatio, alio verò caſu, non item. Deniq. ſeparanda iſta ſunt obligari quem naturaliter, & obligari iure naturali, vt nos docuimus in libris Coniecturarum. Obligationem naturalē conſtituere poteſt quælibet æquitas naturalis quātumlibet generalis, qualis illa eſt, vt quis impleat quod promiſit *l. 1. ſupr. de pact. l. 1. infr. de conſtit. pecu.* At vt quis obligetur iure naturali, talē æ-

quitatẽ eſſe oportet, cui alia æquitas potẽrior nulla repugnet, ſemper enim potentior æquitas vincit debiliorem *d. §. naturalis* l. *ſi ſeruus 61. §. quod verò infrà de furt.* Hîc autem maior æquitas naturalis facit pro pupillo, ne cum effectu obligetur, quia per neutram ipſam fit, ne poſſit ſibi conſulere, quemadmodum diximus, & natura ipſa conſilio eius quaſi parum firmo reſiſtit, vt in *l. 4. de ſer. export.*

42. VLPIANVS libro 68. ad Edictum.

POenæ non ſolent repeti, cùm depenſæ ſunt.

*Ad l. Pœna 42.*

RAT. DVB. Pœnæ omnes ſunt odioſæ *l. ſeruus ea lege 7. infr. de ſeru. export.* & pœnales quoque omnes actiones *l. omnes pœnales 26. l. conſtitutionibus 33. infr. de oblig. & action. l. ex pœnalibus 58. de reg. iur.* Ergo pœnarũ repetitio tanto fauorabilior videri debet, ſi quãdo iam ſolutę & depenſæ ſint. DEC. Odioſa ſemper cauſa eſt eius, qui pœnam ſoluit, non quia ſoluerit, ſed quia antequã ſolueret, id non fecerit, per quod euitare pœnam poterat, videtur enim hoc maluiſſe *arg. l. ſi patre cogente 22. infr. de rit. nupt.* nec enim pœna vlla committi poteſt, niſi ob factum id quod fieri non debuit, vel ob non factum id quod fieri debuit *§. vlt. Inſt. de verb. oblig. l. qui non facit 121. de reg. iur.* itaq; culpa aliqua ſemper præcedit pœnam, & hoc reſpectu poſſunt videri pœnæ omnes etiam fauorabiles, inſpecta vtilitate publica, & ſalute Reipublicæ, quę vt Plato dicebat, non minus pœna, quàm præmio retinetur, neq; verò pœna eſſet, ſi ſoluta poſſet repeti. Quid enim aliud eſt ſolutam pœnam velle repetere, quàm aut legib. ſi pœna legalis fuit, aut conuentionibus, ſi conuentionalis, velle illudere? Benè igitur regula iuris habet, id quod à quoquo pœnæ nomine exactum eſt, neminem cogendum ei reſtituere *l. quod à quoquo 46. de reg. iur.* & id quod pœnæ nomine à debitore exactum eſt, lucro cedere creditoris *leg. id quod pœnæ 74. infr. de ſolutio. leg. ſi pignore 22. verſ. ſed quod ipſe debitor infr. de pignor. act. l. ſi debitor 79. infr. de furt.* Obſeruandum tamen eſt, ſi quando pœna ea conuentione debeatur in vicem & taxationem eius quod intereſt, vt euenit plerunque in prætoriis ſtipulationibus *l. vlt. infr. de prætor. ſtipulat. d. §. vlt. Inſt. de verb. oblig.* & in iudiciis bonæ fidei, non quidem reſtitui pœnam ſemel ſolutam, ſed imputari tamen in condemnationem, quæ ea bonæ fidei iudicio petatur *l. quòd ſi ex ſtipulatu 42. l. duo ſocietatem 71. infr. pro ſocio l. pradua 28. de action. empt.* Improbus enim eſt, & contra bonam fidem facit quiſquis vult iterum conſequi, quod iam accepit *l. ſi quis dolo 51. in fin. de re iudic. iunct. l. bona fides 57. de regul. iur.* non tamen conſequens eſt, vt qui iam in pœnam incidit, eam omnimodo ſoluere cogi poſſit. Poteſt enim adhuc euitare pœnam, iis ſcilicet caſibus quibus purgari mora poteſt, vt diximus ad *l. qui ob rem 35. ſupr. hoc tit.* vide *l. ſanximus 26. C. de fideiuſſ.* ſed vbi ſoluerit, nullus aut repetitioni, aut pœnitentiæ locus ſupereſt *d. l. qui ob rem.* Adeò autem pœnæ depenſæ non ſolent repeti, vt ſi quis metu pœnæ ſoluendæ conuentus ex ea actione, quę per inficiationem poſſit creſcere, ac pœnalis fieri, ſoluerit indebitum, non poſſit repetere, *l. ea quæ 4. C. hoc tit.* item vt quamuis pœnam quis præſtiterit aliena gerens negotia, ſi tamen ob factum ſuum præſtiterit, nec ab eo cui ſoluit repetere illam poſſit, nec ab alio cuius negotia gerebat, recuperare *l. qui proprio 46. §. item contrà ſupr. de procurat.* ſui enim facti pœnam quiſque luere non alius debet. Pœnam tamen ſi ex conuentione debita & ſoluta fuerit legitimam eſſe oportet, nec legitimum modum excedere: alioqui etiam ſoluta repetetur *l. ſi non ſortem 26. §. ſupra duplum ſupr. hoc tit. l. 4. de nautic. fœnor. l. pecuniæ 9. in princip. l. placuit 29. de vſur.* Porrò quod ad hanc legem nonnulli auferunt quaſi ſimile ea *l. ſi pœna 19. in princip. ſupr.* ad rem non facit. Ibi enim agitur de pœna creditoris, cui ſolutum eſt: hîc verò de pœna debitoris ſoluentis. Denique hæc lex eſt de pœnis debitis, non de indebitis: ideóque parùm pertinet ad hunc titulum, niſi hoc ſenſu, vt quę ſolutæ fuerunt, tanquam debitę, non eo magis repeti poſſint, tanquam indebitæ, quod is qui ſoluit paratus ſit moram purgare, & id facere, quod ſi antè feciſſet, pœnam ſoluere non debuiſſet. Pœna enim debita, quandiu purgari mora poteſt, indebita fieri poteſt, ſed poſt ſolutionem non poteſt, *d. l. qui ob rem.* Iunge *l. 1. D. de leg. Iul. de ambit. l. 3. §. condemnatio de tab. exhib.* vide Cuiac. *lib. 8. Obſ. cap. 39.*

43. PAVLVS lib. 3. ad Plautium.

SI quis iuraſſet ſe dare non oportere, ab omni contentione diſcedetur. atque ita ſolutam pecuniam repeti poſſe, dicendum eſt.

*Ad l. Si quis iuraſſet 43.*

RAT. DVB. Is qui iurat ſe dare non oportere, non ideò iurat ſe nihil debere, ne quidem naturaliter. Eſt enim illa formula actionum ciuilium quæ condictiones appellantur *§. ſic itaque & §. appellamus Inſtit. de action.* ac proinde quæ nihil commune habet cum naturali obligatione, ex qua ſcilicet neque actio datur, neque formula. Ergo etiamſi reus iurauerit actore deferente ſe dare non oportere, non eo minus remanet naturaliter obligatus, ſicut & is, qui per imperitiam aut iniuriam iudicis abſolutus eſt, cùm eſſet verus debitor. Ideóque ſi poſtea ſoluerit, non repetet, quia naturalis obligatio impedit repetitionem *leg. Iulianus verum debitorem 60. infr. hoc tit.* præſertim cùm iuſiurandum æquiparari ſoleat rei iudicatæ *l. 2. ſup. de iureiur.* DEC. Iuſiurandum interponi ſolet, vt ab omni contentione diſcedatur, & idcirco quoties ex delatione iuratum eſt, (alioqui non tam aduerſario, quàm ſibi iuraſſe quis videretur) non aliud amplius quæritur, quàm vtrum iuratum ſit, remiſſa quæſtione an debeatur quaſi hoc iureiurando ſatis probatũ ſit & *l. 3. in princ. & §. dato iur. ſupr. eod. ill. tit.* Ergo nulla obligatio ſupereſſe poteſt poſt iuſiurandum, ne quidem naturalis, quæ poſſit impedire repetitionem ſoluti. Vnde eſt quod ſcribitur in *dict. leg. 2. de iureiur.* maiorem eſſe vim iuriſiurandi quàm rei iudicatæ, nec ſanè iure-

ſureiurando minus quàm iuſto pacto naturalis obligatio tollitur *l.vlt.* vbi diximus *eod.tit.l. Stichum aut Pamphilum 95.§ naturalis de ſolut.* Habet enim iuſiurandum naturalem æquitatem, cùm ex conuentione proficiſcatur, ideóque vim tranſactionis obtinere dicitur *d l.2. tutor pupilli 35.§.1. eod.* adeóque quod magis eſt ſolutionis *l.iuſiurandum 27.eod.* Nemo autē dubitat, quin ſolutione omnis tollatur obligatio, nec minus naturalis quàm ciuilis, quæ omnia in exceptione rei iudicatæ diuerſa ſunt, quæ ciuili tantū æquitate nititur, vt diximus ad *l.qui exceptionem 40. ſupr.* quia neque ex conuentione naſcitur, cùm iudicium reddatur in inuitum *l.inter ſtipulantem 83.§.1. de verb.oblig.* neque iuriſiurandi obſtat formula. Nam & eum, qui natura tantùm debet, quamuis iure ciuili & per actionem ac formulam conueniri non poſſit, iure tamen gentium dare oportet *l. cum amplius 84.§.is natura debet de reg.iur.l.indebitū 47. hoc tit.*

44. IDEM libro 14. ad Plautium.

REpetitio nulla eſt ab eo, qui ſuum recepit: tametſi ab alio quàm à vero debitore, ſolutum eſt.

*Ad l. Repetitio 44.*

RAT. DVB. Indebitum non modò ex perſona eius cui ſoluitur, ſed etiam ex perſona ſoluētis æſtimatur *l.ſi pœna 10.§.1.ſupr.hoc tit.* vbi diſertè ſcriptū eſt, quamuis debitum ſibi quis recipiat, tamen ſi is qui dat non debitum det, repetitionem competere veluti ſi is qui heredem ſe vel bonorum poſſeſſorē falsò exiſtimans creditori hereditario ſoluerit: hic enim, inquit Pomponius, neque verus heres liberatus erit, & is quod dedit, repetere poterit. Ergo ſi alius ſoluerit, quàm qui debuit, licèt vero creditori ſoluerit, repetere poterit. An non enim reſpectu ſoluentis indebitum eſt, quicquid ille non debuit quāuis alius reuera debuerit? DEC. Multum intereſt, an quis ſuo nomine ſoluat, quaſi ipſe debeat, quod alius debet, an verò alieno nomine, illius ſcilicet, qui verus debitor eſt. Priore caſu repetitio eſt per cōdictionem indebiti, quia indebitum eſt, non tantùm quod omnino non debetur, ſed & quod alij debetur ſi alij ſoluatur, aut ſi id quod alius debebat, alius quaſi ipſe debeat, ſoluat *l in ſumma 65. §. vltim. infr hoc titul.* At poſteriore caſu repetitio nulla eſt. Et ita intelligi hæc lex debet, vt conſtat ex *leg. de hereditate 5. Cod. de petit hered. leg ſi quid poſſeſſor 31. in princ.ſupr.eod.ſolo tit.l.ſi à patre 5. Cod. hoc tit. l cum quis 38.§.de peculio infr.de ſolut.* dixi *d leg ſi pœna §.1.* Iunge *leg.ſi quis delegauerit 12.inf de nouat.l.purè 5.§. penultim. infrà de doli mali exceptione, & leg. qui heredis 46. infrà hoc tit.*

45. IAVOLENVS libro 2. ex Plautio.

SI is, qui hereditatem vendidit, & emptori tradidit id, quod ſibi mortuus debuerat, non retinuit: repetere poterit: quia plus debito ſolutum per condictionem, rectè recipietur.

*Ad l. Si is, qui hereditatem 45.*

RAT. DVB. Heres, cui defunctus aliquid debuit, ſiue naturaliter tantùm, ſiue etiam ciuiliter, deſinit eſſe creditor defuncti hoc ipſo, quòd tanquam heres debitoris fit ſui ipſius debitor, atque ita confuſione omnis extinguitur obligatio, & naturalis quoque, non minus quàm ciuilis, cùm natura ipſa impedimento ſit, quominus debere ſibi quiſquam poſſit *l.ne cum filiofamilias 16.infrà de furt.l. debitori 50. de fide iuſſ. l.debitori 7. C. de pact.* Atqui ſemel extincta obligatio nunquam reuiuiſcit *l. qui res 98. §. aream infr de ſolut.* Ergo ſi is qui hereditatem vendidit, eam emptori tradiderit, nec quod ſibi defunctus debebat retinuerit, repetere nihil poterit, præſertim cùm imputare ſibi debeat, cur non ex venditione id exceperit, aut ſi retinendi ius aliquod habuit, cur retentionem quam ſolam habebat, omiſerit *l.ſi in area 33.ſupr. hoc tit.l. heres 21.inf ad SC. Trebell. l. in hoc iudicium 14.§.1 ſupr. commun. diuid.* Certum enim eſt obligationem, quę per aditionem hereditatis confuſa, & per confuſionem extincta ſemel fuit, nunquam reſuſcitari ad agendum, licèt ad excipiendum & retinendum prodeſſe poſſit *l. in imponenda 6. l. irritum 8. C. ad leg Falcid.* Non ergo prodeſſe poteſt ad dandam condictionem indebiti. DEC. Emptor hereditatis, licèt heres non fiat, quia is qui ſemel heres fuit, ſemper heres perſeuerat *l.2. Cod. de hered. vel act. vendit. l. et qui ſoluendo 88. de hered. inſtit. l. ait Prætor 7. § ſed quod Papinianus de minor. §. reſtituta Inſtit. de fideic. hered.* vicem tamen heredis in omnibus obtinet *l.2. § cùm quis infr. de hered. vel action. vendit.* quia inter venditorem & emptorem hereditatis id agi intelligitur, vt nec amplius nec minus iuris in emptorem tranſeat, quàm fuit penes venditorem *d.l. 2. in princip.* Atqui penes venditorem, eundémque debitoris heredem nihil ex hereditate peruenisſe intelligitur, niſi quod deducto ære alieno ſupereſſe potuit *d.l.2.§.perueniſſe.* Et quemadmodum cùm debitor creditori ſuo heres extitit, ratio quædam inter heredem & hereditatem ponitur, vt intelligatur maior hereditas ad heredem perueniſſe, quaſi ſoluta pecunia, quæ debebatur hereditati, & per hoc minus in bonis heredis eſſe: ita ex contrario, cū creditor debitori ſuo heres extitit, minus in hereditate habere videtur, tanquā hereditas ipſa heredi ſoluerit, vt eleganter Paulus ſcribit in *l.ſi ei 41. §. vlt. inf. de euict. l.quæ dotis 33. inf. ſolut. matrim. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. aditio verſ. aliquando de ſolut.* Ergo quamuis cùm quis debitori ſuo heres extitit, creditor confuſione eſſe deſinat, æquiſſimum tamen eſt emptorem hereditatis ei teneri *dict. leg. 2. §. cùm quis infr. de hered. vel action vendit.* cúmque heres adeundo debitoris ſui hereditatem ſibi ipſi ea ex ſoluiſſe videatur *d. l. ſi ei §. vlt.* conſequens omnino eſt, vt ſi poſtea hereditatem vendiderit, ac ſine vlla

retentione tradiderit, plus debito ſoluiſſe videatur: eam namque duntaxat hereditatem quam vendidit, tradere debuit, vendita verò hereditate, non aliud vendidiſſe intelligitur, quàm quod ſupereſſet deducto eo quod defunctus heredi debuiſſet. Nam etſi quoquo nomine obligatus erat venditor propter hereditatem, quamuis nondum id præſtitiſſet, perinde tamen agere ex ea cauſa cum emptore poſſet *d. l. 2. §. vlt.* Ergo quod plus debito hic heres ſoluit, per condictionem recipere illum poſſe dicendum eſt: per condictionem, inquam, indebiti & certi, non incerti: nec enim condicenda eſt hereditas, vt retineri poſſit, quod ea ea nondum tradita retineri potuiſſet, quomodo in ſpecie *l. qui exceptionem 40. §. ſi pars & in l. ſi quis cum 39. ſupr.* condicitur totum fideicommiſſum ſolutum, vt impenſa quæ ex eo deduci potuerat, retineatur, ſed ea tantùm quãtitas condicenda eſt, quæ heredi eidémque venditori debita fuit, & quæ certa eſt: etſi enim non eam quantitatem ſoluit, ſed hereditatem venditam, debitámque tradidit, attamen eam ipſam quantitatem emptori tradidiſſe intelligitur, quam ſibi iam ſoluiſſe videbatur *l. 4. leg. ſi mulier 10. ſupr de condict. cauſ. dat.* Ergo & eam ipſam quantitatem condicet, quam plus debito ſoluit, quoniam & ipſa ſola indebita eſt: quod & Bartolus benè docet ex *l. 5. §. ſi dos infr. de impenſ. in reb. dotal. fact.* vbi non tota dos deducitur, quæ ſine impenſarum neceſſariarum deductione ſoluta fuerat, ſed ea tantùm quantitas, quæ pro impenſis neceſſariis compenſari potuit, tanquam quæ ipſo iure minuant dotem *d. l. 5. in princ. & l. quod dicitur 15. eod. tit.*

46. IDEM libro 4. ex Plautio.

QVi heredis nomine legata non debita, ex nummis ipſius heredis ſoluit, ipſe quidem repetere non poteſt. ſed, ſi ignorante herede nummos eius tradidit, dominus, ait, eos rectè vindicabit. eadem cauſa rerum corporalium eſt [a].

*Ad l. Qui heredis 46.*

RAT. DVB. Condictio indebiti ei competit, qui indebitum ſoluit, ſiue ſuo nomine ſoluerit, ſiue alieno, cùm prorſus indebitum eſt id, quod ſolutum fuit: nam ſi fuit ab alio debitum, adhibenda ea diſtinctio eſt, quam attulimus ad *l. ſi pœna 19. §. 1. & ad l. repetitio 44. ſupr.* At cùm à nullo fuit debitum, quidni condictio ei competet qui ſoluit, & quidem ſiue ex ſuis, ſiue ex alienis nummis ſoluerit? nam & hoc ipſo quod ex alienis nummis indebitum ſoluit, ſe obligat ei cuius nummi fuerunt, à quo ſcilicet neque verum, neque præſumptum mandatum habere vnquam intelligitur *arg. l. ſi procurator 4. §. Celſus ſupr. hoc tit. l. ſi procuratori 14. ſupr. de cond. cauſ. dat.* Id porrò in quo quis alij obligatus eſt, ei abeſſe videtur *l. ſi quis mandatu 28. in fin ſupr. de negot. geſt.* Quidni ergo ei condictio competet? Quemadmodum è contrario diximus, his ſolis condicendam eſſe pecuniam quibus quoquomodo ſoluta eſt, non quibus ſolutio profuit *l. his ſolis 49. infr. hoc tit.* Ergo ſi quis heredis nomine legata non debita, quamuis ex ipſius heredis nummis ſoluerit, dicendum eſt condicere eum poſſe cùm indebitam iure gentium pecuniam ſoluerit, vt ſcriptum eſt *in l. prox. infr.* DEC. Omnis condictio præterquàm ex cauſa furtiua præſupponit tranſlationem dominij quæ facta ſit à ſoluente in accipientem. Nemo enim rem ſuam condicit, niſi a fure *l. vlt. ſupr vſufr quem caueat. §. ſic itaque Inſtit. de action.* Atquin is qui heredis nomine legata non debita ex nummis ipſius heredis ſoluit, nullum dominium tranſtulit quod habuerit, quia nec vllum habuit *l. nemo plus iuris 54. De reg. iur.* Dominium autem quod fuit heredis ita tranſtulit, ſi herede mandante, aut ſaltem ſciente ſoluerit, ſed ea res condictionem acquirere heredi poteſt, non item ei qui ſoluit, præſertim, cùm etiam heredis nomine ſoluerit *d. l. prox. infr. iunct. l. videamus 38. §. 1. & §. ſi actionem infr. de vſur.* Sed ſi herede ignorante ſolutum ſit, non poteſt ea ſolutio parere condictionem ne quidem heredi, cui dominium nummorum ſuorum ignoranti auferri non potuit *l. id quod noſtrum 11 De regu. iur.* Ergo is qui heredis nomine legata non debita de ipſius heredis nummis ſoluit, duplici ratione condictionem habere non poteſt: & quia de nummis heredis ſoluit, non de ſuis, & quia heredis nomine, non ſuo: heres autem ipſe condicere poterit, ſi eo ſciente nec contradicente ſolutio facta ſit. Quòd ſi eo ignorante, condictionem quidem non habebit, quia dominus nummorum ſuorum manſit, ſed ob hanc ipſam rationem habebit vindicationem, quæ cum iure dominij ſic coniuncta eſt, vt quiſquis ſe dominum alicuius rei poteſt dicere, eius quoque vindicandæ ius habeat *leg. in rem 23. & paſſ. ſupr. de rei vind. l. Quintus 27. §. argento infr. de aur. & argent. legat.* Ergo ſi nummi conſumpti ſint, quia vindicari non poterunt, condicendi erunt per heredē, vt benè hîc notat Accurſius, ſcilicet vt idem ille ait, ſi dominus ratam habeat ſolutionem ex *d. l. ſi procurator 6. l. interdum 29. ſupr. l. rogaſti 11. §. vlt. & legib. ſeqq. ſupr de reb. cred.*

a *Eadem cauſa rerum corporalium eſt.* Eadem certè dubitandi & decidendi ratio eſt in rebus corporalibus, quæ in nummis. Obſeruandus autem hic locus eſt, quo probatur nummos in rerum corporalium numero non haberi, non quia nummi poſſint eſſe ſine corporibus *§ incorporales Inſtit. De reb. corpor. & incorpor.* ſed quia in nummis non tam corpora inſpicimus, quàm quantitatem *l. ſi is cui nummos 94. infr. de ſolut.* quantitas autem eſt quid abſtractum, quod nec oculis videri, neque manibus tangi poteſt. Et verò pecunia ad res omnes æſtimandas comparata eſt, non vt ipſa per alias res æſtimetur *l. ſi ita fideiuſſorem 42. infr. de fideiuſſ.* Scripſi fuſiſſimè in Tract. De vanis nummariorum debitorum ſolutionibus, aduerſus Carolum Molineum.

47. CELSVS libro 6. Digeſtorum.

INdebitam pecuniam per errorem promiſiſti. eam, qui pro te fideiuſſerat, ſoluit. ego exiſtimo, ſi nomine tuo ſoluerit fideiuſſor, te fideiuſſori, ſtipulatorem

tibi obligatum fore:nec expectandum eſſe, vt ratum habeas: quoniam poteſt videri id ipſum te mandaſſe, vt tuo nomine ſolueretur. Sin autem fideiuſſor ſuo nomine ſoluerit[a], quod non debebat, ipſum à ſtipulatore repetere poſſe: quoniam indebitam iure gentium pecuniam ſoluit. quò minus autem conſequi poterit[b] ab eo, cui ſoluit, à te mandari iudicio conſecuturum: ſi modò per ignorantiam, petentem exceptione non ſummouerit[c].

*Ad l. Indebitam 47.*

Rat. dvb. Nemo credendus eſt mandaſſe alteri ne quidem procuratori generali, vt ſoluat indebitum, ſed ſpeciale mandatum in eam rem exigitur, aut ſubſecuta ratihabitio, quæ mandato æquiparari poſſit *l. ſi procurator 6. ſup. hoc tit. iunct. l. vlt. Cod. de SC. Macedon. & de ratihab.* Ergo ſi pecuniam indebitam per errorem promiſeris dato fideiuſſore, & fideiuſſor eam tuo nomine ſoluerit, non eſt danda tibi condictio indebiti, ſed fideiuſſori qui ſoluit, perinde ac ſi is ſuo nomine ſoluiſſet, niſi tu ratam habeas factam tuo nomine ſolutionem, ac proinde expectandum eſt, vt ratum habeas, quod tamen hæc lex negat. Dec. Quiſquis pro alio mandante fideiubet, hoc ipſo mandatum ſpeciale à debitore intelligitur habere, vt creditori ſoluat, niſi ex poſtfacto cauſa aliqua interuenerit, propter quam eiuſmodi mandatum reuocatum videri debeat, vt furor, vt in *l. ſi quis alieni 48. de acquir. hered.* aut quid aliud ſimile *l. ſi fideiuſſor 29. in princ. & §. 1 & ſeq. infr. mandat. l. ſi cùm Cornelius 82. infr. de ſolut.* Nihil enim eſt, quod poſſis imputare fideiuſſori, qui ſoluendo etiam poſteaquam tempore liberatus erat, fidem impleuerit *d. l. ſi fideiuſſor §. vltim.* & pudori ſuo pepercerit *l. Quintus Mucius 48. in f. eod. titul. mandat.* Atqui fruſtra expectatur aut exigitur ratihabitio, cum præceſſit mandatum. Quid enim aliud facere poſſit ratihabitio, quàm vt mandati vicem ſuppleat? Ideò autem locutus ſum de eo qui debitore mandante fideiuſſit, quia & pro abſente, ac ignorante fideiubere quis æquè validè poteſt, quo tamen caſu ſicut mandati actio locum habere non poteſt, cùm mandatum nullum interceſſerit, ſed tantùm negotiorum geſtorum *l. ex mandato 20. §. 1. eod. tit.* ita nec mandatum vllum habere videri poteſt ad ſoluendum, qui nullum habuit ad fideiubendum, cùm ea ſolutio fiat in conſequentiam neceſſariam fideiuſſionis, nec poſſit effectus regulari, vt loquuntur, niſi à ſua cauſa *l. 1. inf. qui potior. in pign. hab.* Multo magis dicendum eſt huic legi locum nō eſſe, ſi, quod interdum quāuis perraro accidit, pro reo præſente ac vetante quis fideiuſſerit: quo caſu nec mandati nec negotiorum geſtorum actionem ne vtilem quidem habere illū placuit *l. ſi pro te 40. eod. ti.* Placet autē valde, quod Azo & Bartolus ad hanc legem notant, licèt generalius in omnibus caſibus, in quibus mādatum ſpeciale requiritur, ſi mandetur alicui nominatim id, ad quod habeat neceſſariam conſequentiam, illud quod per ſe requirit ſpeciale mandatum, iſto caſu veniet ſub virtute præcedentis mandati. Verba enim ipſiſſima ſunt Bartoli ex *l. 2. ſupr. de tranſa. l. ad rem mobilem 56. l. ad legatum 62. ſupr. de procur. & l. qui proprio 46. §. item quæritur l. vel in operis 46 l. qui procuratorem 57. eod. titul. l. ſed ſi pupilli 11. §. de quo palam infr. de inſtit. action.* Vnde infert ille quod non minus notatu dignum eſt, ſi reſtitutio in integrum petatur incidenter, quamuis regulariter ad eam petendam ſpeciale mandatum neceſſarium ſit *l. illud 25. §. 1. & l. ſeq. ſupr. de minor.* ſi tamen id quod fuit mandatum ſpecialiter, expediri aliter non poſſit, ſpeciale mandatum hoc caſu non requiri. Aliud eſt, ſi quæ poſtea fiunt, non habeant neceſſariam conſequentiam ad præcedentia, vt in *l. cùm procurator 13. §. vlt. inf. de oper. noui nunciat.*

a *Sin autem fideiuſſor ſuo nomine ſoluerit.* Rat. dvb. Etiam quod fideiuſſor ſuo nomine ſoluit tanquam fideiuſſor, ex cauſa mandati præcedētis ſoluere intelligitur. nec enim hodie ſolueret, niſi antea fideiuſſiſſet. Ergo nihil intereſt, an ſuo nomine fideiuſſor indebitum ſoluat, an nomine debitoris, cum vtroque caſu ſoluat ex cauſa fideiuſſoria, ac proinde vtroque caſu dicendum eſt, condictionem debitori competere aduerſus ſtipulatorē, non fideiuſſori.

Dec. Quoties de indebiti condictione quæritur, illud maximè inſpiciendum eſt, non tam à quo, quā cuius nomine ſolutum ſit. Nā quemadmodū ſi veri debiti cauſa præcederet, per ſolutionem liberaretur verus debitor, cuius nomine ſolutum eſſet, non ſolum ipſe qui nihil deberet, ita liberatione nulla ſubſequente, quia nulla præceſſit obligatio, condictionem ei competere dicendum eſt, qui ea ſolutione liberaretur, ſi qua obligatio præceſſiſſet. Id enim conſequens eſt ei, quod in hoc tractatu toties diximus, ſolutionem, quæ non parit liberationem, parere condictionem, & contrà *l. ſi non ſortē 26. §. ſi centū & §. ſi decem l. cùm is 32. §. 1. ſup l. Neratius 63. infrà hoc tit. l. qui hominem 34. §. vlt. inf. de ſolut.* Cui ergo alij acquiratur condictio, quàm ei cui eſſet acquiſita liberatio, ſi ſolutum debitum fuiſſet? Atqui non alij potuit acquiri liberatio, quàm vero debitori, cuius nomine facta ſolutio fuiſſet, ergo nec alij acquiri condictio in propoſita ſpecie, quàm fideiuſſori, qui ſuo nomine ſoluit, quia & is liberaretur, ſi pro quātitate debita fideiuſſiſſet, & haberet debitorem eo nomine obligatum actione mandati, quamuis eâdem ſolutione & debitor ipſe liberaretur. Sed non quemadmodum liberatio communis eſt reo & fideiuſſori ex ſolutione, quam alteruter eorum fecerit *§. 1. Inſtit. quib. mod. tollit. oblig.* ita & condictio vtrique communis eſſe poteſt: idcirco enim liberatio communis vtrique eſt, quia licèt duplex ſit obligatio, vna rei, altera fideiuſſoris, vtriuſque tamen vna & eadem cauſa eſt, quæ vnica ſolutione tollitur. At cùm nulla præceſſit obligatio, nihil eſt, quod communem vtrique acquirere poſſit condictionem, ſed illud neceſſariò inſpiciendum eſt, cuius nomine ſolutio facta ſit, quæ diſtinctio in hoc tractatu ſicut præcipua, ita perpetua eſt, vt ex iis apparet, quæ diximus ad *l. ſi pœna 19. §. 1. l. frater à fratre 38. §. vlt.* & ad *leg. repetitio 44. ſupr.* niſi cùm quis procurator in rem ſuam conſtitutus fuit: ſi enim ſolverit indebitum, licèt alieno nomine, ipſe tamen repetit *l. vlt. §. Titius*

*inf.* Miror verò Accurſium & Bartolum huc transferre quod ſcriptum eſt in *l. Papinianus 28. inf. mandat.* Ibi enim non de fideiuſſore agitur, ſed de mandatore, qui in eo differt à fideiuſſore, quod ipſius obligatio cauſam propriam habet, & ab obligatione debitoris ſeparatam. Debitor enim ideo tenetur, quia mutuam pecuniam accepit, aut aliter contraxit, mandator verò quia cum eo contrahi mandauit *l. ſi literas 7. C. mandat.* Vnde eſt, quòd olim multa ſingulari quodam iure recepta erant in mandatoribus, quæ in fideiuſſoribus non obtinebant. Quale illud erat inter cætera, vt electo mandatore fideiuſſor liberaretur, & contra, quod in fideiuſſoribus, confideiuſſoribus & correis debendi diuerſum erat *l. vlt. C. de fideiuſſ.* Proinde nec liberabatur ipſo iure reus per ſolutionem, quam mandator feciſſet ſuo nomine ac propter ſuum mandatum *d. l. Papinianus 8. infr. mandat.* Quomodo tamen ſoluente fideiuſſore etiam ſuo nomine & ex cauſa fideiuſſionis, debitor ipſo iure liberabatur, ideóque & mandati habebat actionem § *ſi quid autem inſtit. de fideiuſſ.*

b *Quo minus autem conſequi poterit.* Rat. dvb. Quod fideiuſſor indebitum ſuo nomine ſoluit, acquirit ei condictionem indebiti aduerſus ſtipulatorem, vt proximè diximus, non debitori pro quo fideiuſſit. Ergo ſicuti fideiuſſoris commodo cedit acquiſitio condictionis, ita & eius periculo atque incommodo cedere debet, ſi fortè ob inopiam ſtipulatoris minus ab eo conſequi ex condictione poſſit quàm ipſi debeatur, ex *reg. l. ſecundum naturam 10. de reg. iur.* Dec. Fideiuſſori qui ex falſi debitoris mandato fideiuſſit, non debet officium ſuum eſſe damnoſum *l. ſi ſeruus 61. §. quod verò infr. de furt.* Eſſet autem damnoſum, ſi quod minus à ſtipulatore ob eius inopiam conſequi poterit, nec à debitore conſequi poſſet actione mandati: nulla enim & inanis actio eſt, quam debitoris eludit inopia *l. nam & 6. ſupr. de dolo.* quatenus ſcilicet per inopiam ſit, ne creditor totum conſequi quod ſibi debetur, poſſit. Ergo quod minus à ſtipulatore, cui ſoluit fideiuſſor, conſequi poterit mandati iudicio, id eum à debitore conſequi æquum eſt.

c *Si modò per ignorantiam petentem exceptione non ſummouerit.* Rat. dvb. Ignorantia vnius non debet nocere alteri. Ergo nec ignorantia fideiuſſoris debitori, qui ſi exceptione aliqua aduerſus creditorem tutus fuit, nec debitor fuiſſe intelligitur: debitor enim verè is tantùm eſt, à quo inuito exigi pecunia poteſt *l. debitor 108. de verborum ſignificationibus*, non etiam is qui per exceptionem aliquam præſertim quæ perpetua ſit, ſummouere petentem poteſt *l. creditores 10. l. creditor 55. eodem.* Nihil enim intereſt, ſi effectum rei inſpicimus, an quis nullam ipſo iure actionem habeat, an verò eam habeat quæ per exceptionem infirmetur *l. nihil intereſt 112. de regulis iuris.* Proinde cùm debitor, qui exceptione aliqua fortaſſis perpetua repellere creditorem potuit, atque ita condemnationem effugere, qua tandem ratione aut æquitate condemnari poterit fideiuſſori, eo prætextu, quòd exceptionem debitori competentem ignorauerit, eaque propter ignorantiam non oppoſita, vel condemnari ſe paſſus ſit, vel vltro ſoluerit? Ita namque fit, vt officioſa fideiuſſio in debitoris fauorem facta in eius odium & perniciem retorqueatur, quod non niſi iniquum videri poteſt. Dec. Alieni facti ignorantia ſemper probabilis eſt *leg. vltim. infrà. Pro ſuo l. qui in alterius 42. de regulis iuris.* Nec imputari poteſt miſero fideiuſſori, qui rogatus aut etiam vltro, vt amici officium impleret, fidem ſuam pro alio obſtrinxit, ſi non diuinauerit exceptionem, quæ debitori competebat, magíſque debitori imputari poteſt cur non fideiuſſorem certiorauerit, eíque denunciauerit ne ſolueret. Ergo ſi fideiuſſor per ignorantiam ſoluerit, non oppoſita exceptione quam debitori competere ignorabat, non eo minus actionem mandati habere debet contra debitorem, vt ſuam indemnitatem eámque pleniſſimam conſequatur *l. ſi procuratorem 8. §. ſi ignorantes l. ſi fideiuſſor 29 in princip. & §. ſi cùm debitor infrà mandat.* nempe ſi ignorantia facti fuerit, non iuris *dict. l. ſi fideiuſſor. §. non malè.* Quid enim ſi exceptionem rei non perſonæ cohærentem, quam ſciebat debitori competere, ſibi tamen non competere putauerit? Error ille iuris eſt non facti *l. exceptione 7. iunct. l. omnes 19. infrà de except.* ideóq; nocere fideiuſſori debet non debitori, cui nihil hoc caſu imputari poteſt. Nam etſi fideiuſſor exceptione ſibi & debitori competente vſus eſſet, ac nihilominus per iniuriam iudicis condemnatus fuiſſet, nullum eo nomine regreſſum contra debitorem haberet, quia iniuriam quæ fideiuſſori facta eſſet, penes eum manere eſſet æquius, quàm ad alium transferri, vt eleganter Paulus reſpondit in *l. exceptione 67 de fideiuſſor.* vbi quod additur, *ſcilicet ſi culpa tua iniuſtæ damnationis cauſam præbuiſſi* irreptitium proculdubio eſt, & ex gloſſa imperiti alicuius interpretis, vt poſt Iacobum Cuiacium alibi non ſemel monuimus. Extra hunc caſum non debet officium fideiuſſoris ei damnoſum eſſe quoties nihil eſt, quod imputari ei poſſit *dict. leg. ſi ſeruus 61. §. quod verò infrà de furt.* Iunge *leg. ſi per imprudentiam 51. infr. de euict.*

48. Idem libro 6. Digeſtorum.

QVi promiſit, ſi aliquid à ſe factum ſit, vel cùm aliquid factum ſit, dare ſe decem: ſi priùs, quàm id factum fuerit, quod promiſit, dederit: non videbitur feciſſe, quod promiſit, atque ideo repetere poteſt.

*Ad l. Qui promiſit 48.*

Rat. dvb. Is qui cùm in diem aliquid deberet ante diem ſoluit liberatur, cùm plus præſtet quàm debeat *l. eum qui 15. aliàs l. Lucium infrà de annuis legat.* quia totum medium tempus habet liberum ad ſoluendum *l. quod certa 70. infrà de ſolut. leg. continuus 137. §. cùm ita de verborum obligationibus.* niſi cùm dies appoſita eſt in fauorem creditoris *l. ſi ita relictum 43. §. Pegaſus de legat. 2.* Ergo & qui ſub conditione aliqua debet, ſi quaſi purè debeat ſtatim ſoluat, liberandus eſt, quia æquè verum eſt, plus eum præſtare quam debeat, quòd ſi plus, ergo illud ipſum præſtat quod debet, quandoquidem in comparatiuo etiam

etiam poſitiuus continetur *l. in eo* 110. *De reg. iur. l. minus ſolutum* 31. *de verb. ſignific.* Atquin is qui promiſit, cum aliquid à ſe vel ab alio factum eri, ſub condicione promiſiſſe intelligitur. Vterqueenim articulus *ſi* & *cùm* facit condicionem *l. 1. §. pen & l. 2. l. heres meus* 79. § 1. *& paſſ. de condic & demonſtr. l. ſi Titio* 21. *quand dies leg ced. l. ſi cui legetur* 49. *§ hoc autem legatum de leg.* 1. Ergo ſi ante condicionis implementum ſoluerit, quod promiſit, æquè dicendum eſt eum liberari, non enim contra ipſum, ſed pro ipſo adpoſita erat condicio, ne ante impletam eam conueniri poſſet. Porrò ſi ſolnno hæc liberationem parit, vtique non poteſt parere condictionem ea *reg. l. ſi non ſortem* 26. *§ ſi centum & §. ſi decem ſupr. & l. qui hominem* 34. *§. vlt. infr. de ſolut.* Dec. Omnis liberatio ſupponit præcedentem obligationem à cuius vinculo debitor liberetur *tot. tit. Inſt quib. mod. toll. oblig. l. decem* 16. *de verb. oblig.* Atqui ea ſtipulatione aut legato condicionali nulla niſi exiſtente demum condicione obligatio naſcitur: nec enim priùs dies cedit, diem verò cedere eſt incipere deberi *l. cedere diem* 213. *De verb. ſignif.* In eóque differt obligatio concepta in diem certam ab obligatione condicionali, nam eius quod in diem certam debetur, dies ſtatim cedit, quamuis nódum venerit, hoc eſt, deberi quidem incipit, ſed exigi tamen nondum poteſt *d. l. cedere diem*, vnde eſt quod dicimus, eum qui in diem, nimirum certam debitor eſt, adeò eſſe debitorem, vt ſi interim ſoluat non poſſit repetere *l. in diem* 7. *ſupr. hoc tit.* quia debitum iri certum eſt quod in creditore condicionali diuerſum eſt *l. ſub condicione* 26. *eod.* Nec tantùm inter certam diem & condicionem differentia hæc admittenda eſt, ſed etiam inter certam diem & incertam, nam & quod in diem incertam debetur, certum non eſt debitum iri & incerta dies facit condicionem, nec tantùm in teſtamentis *d. l. dies incertus* 75. *de condic. & demonſtr.* ſed etiam in contractibus *l. ſtipulatio iſta* 38. *§ inter incertam de verb. oblig.* vbi ea eo infert Vlpianus, illud ipſum quod in hac lege ſcribitur, eum qui in diem incertam promiſit, ſi aliquid factum ſit, vel cùm aliquid factum erit, niſi poſtquàm id factum erit, dederit, non videri feciſſe quod promiſit, nec proinde ſoluiſſe quod debuit. Cui conſequens omnino eſt, vt habeat ergo condictionem, ea ſupradicta iuris regula: ſufficit enim ad condictionem vt incertum ſit debitum iri *l. ſufficit* 58 *infr.* ſcilicet ſi per errorem dederit ei putans ſe debere: hoc enim ſemper in iſto tractatu ſupplēdum eſt, vt benè Accurſius notat *l. 1. ſupr. l. quod quis ſciens* 50. *& paſſ. hoc tit. l. cùm per errorem* 53. *De reg. iur.* Porrò quod hîc & ibi ſcribitur inter *ſi* & *cùm* nullam eſſe differentiam, quantum ad faciendam condictionem, intellige niſi collata ſit conuentio in voluntatem debitoris, nam ſi quis promiſerit *ſi voluerit* inutilis eſt promiſſio *l. ſub hac condicione* 8. *De oblig & act.* Si verò promiſerit *cùm voluerit* placet valere promiſſionem nec aliter fieri inutilem, quàm ſi priùs moriatur promiſſor quàm conſtituerit *l. centeſimis* 46. *§. pen. & vlt. De verb. oblig.* vt ſcilicet capiatur ea interpretatio, per quam actus ſuſtineatur potiùs quàm pereat *l. quotiens* 80 *eod. tit. l. fideicommiſſa* 11. *§. ſi fideicommiſſum & ſeq. De legat.* 3.

49. Modestinvs libro 3. Regularum.

HIs ſolis pecunia condicitur, quibus quoquomodo ſoluta eſt: non quibus proficit.

*Ad l. His ſolis* 49.

Rat. dvb. Condictio indebiti idcirco comparata eſt, ne quis ex aliena iactura contra naturalem æquitatem locupletetur *l. nam hoc natura* 14. *& ſeq. ſupr.* Atqui cùm vni indebitum ſolutum eſt, alij verò ſolutio proficit, locupletatur ea aliena iactura, non ille cui ſolutum eſt, ſed cui ſolutio proficit. Ergo non ſolus ille condictione teneri debet, cui ſolutum fuit, ſed ille quoque & potiùs cui ſolutio proficit, ſicut & euenit cùm de euictione quæritur, vt non ille teneatur, cui pretium venditionis ſolutum eſt, ſed is demum cui precij ſolutio proficit *l. ſi ob cauſam* 13. *C. de euict.* Dec. Condictio indebiti naſcitur ex negotio geſto *l. ſi in area* 33. *ſupr. hoc tit.* & ex quaſi contractu *l. ſi quis abſentis* 5. *§. is quoque infr. de oblig & action.* Atqui negotium non geritur, niſi inter ſoluentem & accipientem, in quem tranſlatum eſt per ſolutionem dominium *d. l. ſi in area*, ac proinde qui non poteſt ex ea ſolutione factus non eſſe locupletior. ergo ei ſoli condicendum eſt, cui quoquomodo ſoluta fuit pecunia, id eſt, vt interpretatur Accurſius, ſiue falſus debitor ei ſoluerit per ſe ſiue per verum procuratorem, aut [quod ego addo ob dictionem illam *quoquomodo* à Modeſtino additam] ſiue indebiti ſolutionem acceperit ille ſuo nomine ſiue alieno. Semper enim verum eſt, ſolutum ei fuiſſe, & ſolutionem illam eſſe, quæ quia liberationem parere non poteſt, parit neceſſariò condictionem, in eóque alia ratio ſoluentis eſt, alia accipientis: qui enim ſoluit alieno nomine, nunquam habet condictionem, ſed is tantùm qui ſuo *l. indebitam* 47. vbi diximus *ſupr.* Sed condictione tenetur, quiſquis accipit ipſe ſolutionem ſiue ſuo nomine, ſiue alieno, nam obligatio quæ ex indebiti ſolutione naſcitur, quaſi ex contractu nō aduerſus alium dirigi poteſt, quàm eum qui ſolutionem accipiendo quaſi contraxit, vt in omnibus cæteris perſonalibus actionibus euenit quę perſonales ſunt nec in rem ſcriptæ, vt contra eos competant, qui contraxerūt & mutuam pecuniam ipſi acceperunt, non etiam contra eos ad quos pecunia peruenit, *l. non aduerſus te* 15. *C. ſi cert. pet. l. cum cui mutuam* 13. *C. de oblig. & action.* Porrò condictio indebiti naſcitur quaſi ex mutuo & ad inſtar mutui *d. §. is quoque & Inſt. quib. mod. re contr. oblig.* §. 1. Eadem igitur iuris ratio & regula eſt in condictione indebiti, quæ in condictione certi ex mutuo. Quid ergo ſi is qui indebitum accepit, ſoluendo non ſit? an non hoc ſaltem caſu æquum ſit in ſubſidium teneri eum, cui ſolutio proficit? Placet mihi quod Accurſio & Bartolo, poſſe hoc caſu dari condictionem in eum quoque cui ſolutio proficit, ſi cauſam habeat lucratiuam ex *l. vlt. §. 1. ſupr. De eo per quem fact. erit.* Etſi enim ratio iuris quam proximè attulimus, deficere videtur, æquitas tamen condictionis non deficit aduerſus eum, qui alioquin ex aliena iactura locupletaretur *arg. l. ſi eum ſeruum* 23. *ſupr. de reb. cred. l. planè ſi filium* 94. *§. 2. in fin. de legat.* 1. *ſic in l. 2. §. item varus infr. de aqua, & aquæ pluu. arcend.* Quæ ratio euidenter ceſſat in eo, qui cauſam habet oneroſam. Non enim fit locupletior is cui ſolutio proficit, quę non proficeret, ſi nihil ei abeſſet.

50. POMPONIVS libro 5. ad Quintum Mucium.

QVod quis ſciens indebitum dedit hac mente, vt poſtea repeteret, repetere non poteſt.

*Ad l. Quod quis ſciens 50.*

RAT. OVN. Vulgatum Philoſophorum & prudentum noſtrorum verbum eſt, actus nunquam operari vltra intentionem agentium *l. ſi ego 38. & ſeq. ſupr. de reb. cred.* Atqui ponimus indebitum à ſciente quidem ſolutum fuiſſe, ſed ea mente tamen, vt poſſet repetere. Ergo quamuis dici ſoleat, cuius per errorem ſoluti repetitio eſt eius conſulto dati donationem eſſe *vulg. l. cum per errorem 53. De reg. iur.* id tamen in propoſita ſpecie locum habere non poteſt, in qua ſicuti conſtat de animo repetendi, ita & de animo non donandi. Neque verò quiſquam aut inuitus, aut ignorans, rem ſuam donat, cùm donatio eſſe non poſſit, niſi quæ à liberalitate cauſam habeat, nec liberalitas vlla intelligi in eo qui habeat animum repetendi *l. ſi repetendi 7. Cod. de cond. ob cauſ. dator.* DEC. Condictio indebiti auxilium iuris eſt ex æquitate inductum, vt errantibus & per imperitiam lapſis, non vt ſtultis ſubueniatur *l. regula 9. §. vlt. infr. de iur. & fact. ignor.* Atqui ſicut errat ille qui ignorans indebitum ſoluit, quod putat ſe debere *l. 1. & paſſ. ſupr.* ita ſtultus eſt, quiſquis indebitum ſciẽs ſoluit, cum donandi animum habeat, donare autem ſit perdere *l. filiusfamilias 7. infr. de donat.* ſed ſtultior ille qui ſciens ſe non debere ſoluit, tamen hac mente, vt poſteà repetat: hic enim quodammodo habet ludibrio auxilium, & æquitatem legum, vt loquitur Iuſtinianus in *l. vlt. §. vltim. C. de bon. quæ liber.* exiſtimans maiorem propoſiti ſui & voluntatis, quàm iuris fore poteſtatem: quod neque in diſpoſitionibus inter viuos, neque in vltimis voluntatibus fieri vnquam poteſt *l. vlt. infr. de ſuis & legit. l. nemo poteſt 55. De legat. 1. l. iuris gentium 7. §. ait Prætor & §. ſi paciſcar. ſupr. de pact.* Quo exemplo dicere ſoleo æquè ſtultos eſſe teſtatores, qui condito ſolemniter teſtamento clauſulam quam vocant derogatoriam adiiciunt, vt ſi contingat aliud poſterius ab iis fieri, æquè ſolemne teſtamentum illud tamen valere nolint, niſi hæc aut illa verba in poſteriore addita reperiantur. Lex enim, quoties ſolemne teſtamentum eſt, authoritatem ei ſuam impertitur, vt illud haberi velit pro lege, ridétque quaſi ſtultam teſtatoris voluntatem contrariam, qui legibus ipſe per eiuſmodi clauſulam derogatoriam voluit illudere, de quo videnda ſunt quæ pluribus ſcripſimus in *Chiliade de error. pragmat.* Quare nec valde intereſſe puto, an qui ſoluit ſciens indebitum ea mente vt poſſet repetere, eam mentem expreſſerit in ſoluendo, an non expreſſerit, & cum expreſſerit, an accipiens conſenſerit, an diſſenſerit, quomodo Accurſius diſtinguit, quaſi eo caſu quo accipiens conſenſit, repetitio locum habere debeat, ſed per actionem Præſcriptis verbis non per condictionem indebiti ex *l. reb. 6. C. de rer. perm. & l. 2. ſupr. hoc tit.* Omni enim caſu puto repetitioni locum eſſe, ſed hoc vltimo caſu per vindicationem, non per actionem Præſcriptis verbis, neque per condictionem, neque enim alienantur nummi, qui ſic dantur, vt ſtatim recipiãtur, nec ſi fuerint verè debiti *l. qui ſic ſoluit 55. infr. de ſolut.* multo minùs ſi fuerint indebiti: condictio autem indebiti locum habere non poteſt, niſi & negotio aliquo geſto & tranſlato dominio, *d. l. ſi in area 33. ſupr.* actio verò Præſcriptis verbis non niſi alíquo geſto negotio *d. l. reb. & l. vlt. eo. l. iuris gent. 7. §. 1. ſup. de pact. l. ſi dominus 8. & paſ. infr. de præſc. verb.* Nullum autem negotium gerit, qui ſciens indebitum ſoluit, eo pacto expreſſo, vt poſteà repetat, ſed actum facit ridiculum & illuſorium, ex quo proinde nulla obligatio naſci poteſt, neque ad agendum, neque ad excipiendum, vt in *l. non ſolum 31. infr. de oblig. & action.* Longéque alia ratio eſt eius qui ſic ſoluit legatum, vt ſi apparuiſſet eſſe indebitum, vel lex falcidia emerſiſſet, redderetur, de quo in *dict. l. 2. ſupr.* Ibi enim repetitio & quidem indebiti locum habet, quia negotium contractum eſt inter eos, vt lex ait, nec adiectio ridicula eſt, & illuſoria, ſed vtilis nempe dubitationis tollendæ gratia *l. quæ dubitationis 81. De reg. iur.* nam & non adiecta ea conuentione, perinde condictio indebiti locum haberet, ſi poſt legati ſolutionem appareret eſſe illud indebitum, aut legis Falcidiæ rationem, quæ ſolutionis tempore latebat, poſtea emerſiſſe *l. 3. 4. & ſeqq. ſupr. hoc tit.*

51. IDEM libro 6. ad Quintum Mucium.

EX quibus cauſis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus: ea: ſi ſoluerimus, repetere non poſſumus.

*Ad l. Ex quibus cauſis 51.*

RAT. DVB. Is qui ius habet retentionis rectè intendit ſe non debere id quod inuito aduerſario retinere poſſit. Si enim deberet, cur ei daretur retentio, tametſi eo nomine petitionem nullam habere poſſet? Denique tam neceſſe eſt debitum eſſe quod inuito aduerſario retineri, quàm quod peti poteſt. Ergo etiam ex quibus cauſis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ſi ſoluerimus, repetere poſſumus, quia quod nobis debitum fuit ab aduerſario, illud ipſum aduerſario à nobis deberi non potuit. Et verò cùm retentioni, vt plurimùm locus ſit oppoſita doli exceptione *l. Paulus reſpondit 14. infr. de doli mal. except.* is autem qui exceptione perpetua tutus eſt, ſi ſoluat, poſſit repetere *l. qui exceptionem 40. ſupr. hoc titul.* conſequens omnino videtur, vt qui retentionem ſolam habuit, non etiam petitionem, ſi tamen ſoluat, nihilominùs poſſit repetere: nam qui retentionem habet vtique, vt poſſeſſionem etiam habeat, neceſſe eſt, quamuis non ſimiliter quiſquis habet poſſeſſionem, habeat etiam retentionẽ. Ergo alienat ſaltem poſſeſſionem quiſquis omittit retentionem. Atqui alienatio poſſeſſionis ſufficit, vt condictioni indebiti locus eſſe poſſit *l. indebiti 15. §. ſed ſi nummi ſupr.* Quidni ergo ei qui retentionem habuit, & ſoluit, dabimus condictionem, vt ſaltem poſſeſſionem condicere poſſit, vt in *l. heres 21. infr. ad SC. Trebell.* DEC. Condicere

nihil

nihil niſi repetere eſt. Quiſquis autem repetit, petit. Ergo ex quibus cauſis retentionem tantùm habemus, petitionem autem non habemus, ſi ſoluerimus, fieri non poteſt, vt repetamus, ne alioqui ſolutio quæ prodeſſe non ſolet, niſi ad inducendam liberationem, non proſit hoc caſu niſi ad inducendam petitionem, quæ alioqui non competeret, ſcilicet ſi retentio ſit facti non iuris, vt benè Cuiacius interpretatur. Nam quod quis ipſo iure retinere potuit ex debito, tanquam diminuto ipſo iure, ſi ſoluatur, condici poteſt *l. ſeruus 30. in princip. infr. de action. emp. l. 5. § penul. de impenſ. in reb. dotal. fact.* Et quod contra ſcriptum videtur in *d. l. heres*, vitioſam oſtendit legis illius lectionem. Scripſerat enim Iureconſultus *ſimilem non eſſe Ariſto ait illis, qui retentiones quas ſolas habent, omiſerunt*, non quo modo legunt vulgo *ſimilem eum eſſe Ariſto ait*, vt docuimus in Chiliade *de error. pragmat. ex l ſi in area 33. ſupr.* Quod autem obiecimus de exceptione perpetua, qua ſi tutus quis ſit & ſoluat, repetit, ſecundùm diſtinctionem *d. l qui exceptionem*, ab huius legis ſententia omnino alienum eſt. Tunc enim exceptio perpetua parit condictionem, cùm id ſolutum eſt, quod ei debebatur qui perpetuam habebat exceptionem. Nos autem de eo loquimur qui exceptionē doli, aliámve perpetuam ſibi competentem omiſit, per quam retinere poterat id, quod ſibi debebatur: nec rurſus ad rem facit, quod is qui retentionē omittit, hoc ipſo alienat poſſeſſionem, non enim eā poſſeſſionem alienat, quam poſſit condicere, ſed cuius retinendæ duntaxat ius habebat, ſi iure ſuo vti voluiſſet, aut ſciuiſſet: vt ea demum poſſeſſio indebitè alienata condici poſſit & repeti, quæ ſi ab alio detineretur, nullo iure nulloque prioris poſſeſſoris facto interueniēte, peti per eum poſſet aut recuperari aliquo interdicto poſſeſſorio, aut aliqua in rem actione, vt euenit in perſona eius qui Publicianā exercet *§. namque Inſtit. de action.* multóque magis in eo qui directam & ciuilem habet rei vindicationem. At is qui retentionem ſolam habet, omni legum auxilio destituitur ad recuperādam poſſeſſionem ſuam, ſi eam ſine culpa quoque ſua amiſerit: multo igitur magis ſi poſſeſſionem ipſe in alium per indebitam ſolutionem tranſtulerit. Iūge quæ ſcripſi in *dict. l. qui exceptionem § ſi pars ſuprà.*

51. IDEM libro 27. ad Quintum Mucium.

DAmus aut ob cauſam, aut ob rem. ob cauſam præteritam: veluti cùm ideo do, quòd aliquid à te conſecutus ſim, vel quia aliquid à te factum eſt: vt etiam ſi falſa cauſa ſit, repetitio eius pecuniæ non ſit. ob rem verò datur, vt aliquid ſequatur: quo non ſequente, repetitio competit.

*Ad l. Damus 52.*

RAT. DVB. Quicquid repetitur per condictionem indebiti, repetitur tanquam indebitè ſolutum ob cauſam reſpicientem ad tempus præteritum: ei namque datur hæc condictio, qui ſoluit quod per errorem putauit ſe debere. In quo maximè differt hæc condictio indebiti à condictione ob cauſam dati cauſa non ſecuta, de qua in ſuperioribus Titulum habuimus. Cauſam enim ibi intelligimus futuram, & quæ ſi ſequatur pariat liberationem, ſi non ſequatur, condictionem. Ergo non eſt bona diſtinctio, quæ hîc à Pomponio traditur, an datum ſit ob cauſam, an verò ob rem, vt ſi ob cauſam præteritam, veluti cum ideo do quod aliquid à te conſecutus ſim, vel quòd aliquid à te factum eſt, vt etiamſi falſa ſit cauſa, repetitio eius pecuniæ non ſit, ob rem verò dari dicatur, cùm datur, vt aliquid ſequatur, quo non ſecuto repetitio eius competat, vt & in *l. 1. § 1. ſupr. tit. prox.* Nā & ob cauſam dari dicitur, quod datur ob rem futuram *dict. tit. de condict. ob cauſ. dat.* DEC. Cauſa præterita poteſt eſſe duplicis generis, vna quæ ſit obligatoria, id eſt, quæ ſi vera eſſet, obligaret ſoluentem ad faciendam ſolutionem, altera verò, quæ obligatoria non ſit. De poſteriore tantùm intelligi hic locus debet, non etiam de priore, vt benè explicat Bartolus, & exempla legis demonſtrant. *In dict. l. ſi ita legatum 12. in fin. De condic. & demonſtr. l. in ſumma 65. § ad quoque infr hoc tit.* De priore verò non de poſteriore intelliguntur leges omnes quæ dant condictionem indebiti, vt *l eleganter 23 in princip ſupr.* quæ de tranſactione loquitur cuius cauſam obligatoriam eſſe nemo neſcit, & miror cur ab Accurſio tanquam huic legi contraria opponatur, niſi quod diſtinctionem hanc cauſæ præteritæ obligatoriæ, vel non obligatoriæ non videtur percepiſſe. Diſtinguit enim duntaxat an is qui ſoluit, ideò ſoluerit, quia putabat ſe debere, an verò, quia donare voluerit, quaſi huic legi locus eſſe nullus debeat, niſi cùm animo donandi ſolutio facta eſt, quod probare non poſſum, quoties enim donandi animus adeſt, non requirimus qualis cauſa ſit, ob quam datum eſt, an præterita, an futura, & cùm præterita an obligatoria necne, ad impediendam repetitionem, quæ rei donatæ nulla vnquam eſt, niſi cùm donatio facta eſt, ob cauſam aliquam finalem quæ ſecuta non ſit, vt in *l. 2. § vlt. infr. de donat. l. 1. 3. & paſſ C. de donat. quæ ſub mod.* Semper enim defectus cauſæ finalis impedit effectum diſpoſitionis, paríque exceptionem doli etiam in legatis, & vltimis voluntatibus *l. cùm tale 72 § falſam & l. demonſtratio 7. infr. de condic. & demonſtr.* Quamquam dici poteſt cum Accurſio, aliud eſſe in vltimis voluntatibus, aliud verò in diſpoſitionibus inter viuos: quòd in vltimis voluntatibus detur actio pro legato ex voluntate teſtantis, licèt cauſa legandi falſa fuerit: non enim obeſt legato, quia cauſa legandi legato non cohæret, vt ſubtiliter tractat Papinianus in *d. § falſam.* Et ideo poteſt eſſe locus exceptioni doli, ſi probetur teſtator aliàs legaturus non fuiſſe, vt ibidem ſubiicitur, ne alioqui contra voluntatem id fiat, quod ex voluntate proficiſcitur. Nam & in teſtamentis doli exceptiones locum habent *leg. 1. infr. de doli mali except.* at in diſpoſitionibus inter viuos quæ non ex vnius, ſed ex duorum conſenſu & voluntate pendent, non admittimus quæſtionem voluntatis, an qui promiſit ob cauſam præteritam non obligatoriam, non aliter fuerit promiſſurus: niſi ex conuentionis verbis idipſum expreſſim conſtet, aut

ambo contrahentes conſentiant, alioqui propoſitum in mente vnius ex contrahentibus retentum nihil operatur, vt benè diſputat Bart. ex *l. ſi repetendi 5. C. de condict. ob cauſ. dator. l. 3. §. ſi quis quaſi ad fin. ſupr. eod. tit.* Atqui condictio indebiti naſcitur ex quaſi contractu, vt toties diximus ex *l. §. is quoque inſ. de oblig. & action. §. 1. Inſtit. quib. mod. re contr. oblig.* Non ergo prodeſſe debet ei qui indebitum ſoluit, quod putabat ſe debere ex cauſa præterita non obligatoria, ſi dicat ſe non fuiſſe ſoluturum ſi cauſam falſam eſſe putaſſet, ſed & alia ratione dicendum eſt non poſſe hîc tractari de exceptione doli danda ei qui ſoluit, aut quæ parere debeat condictionem ex *d. l. qui exceptionem 40. ſupr.* Nam qui ſoluit quod putabat ſe debere ex cauſa præterita non obligatoria, is priuſquam ſolueret, nulla actione poterat conueniri, ergo neque habere exceptionem ſiue doli ſiue aliam, quippe cùm omnis exceptio præſupponat actionē *l. 2 & paſſ. D. de except.* Poſtea verò quàm ſoluit non indiget exceptione, ſed condictione ad repetendum: condicere autem non poteſt poſt ſolutionem is, qui antequam ſolueret, perpetua exceptione tutus non fuit, quæ Accurſij noſtri ratiocinatio ad hanc legem nec inſubtilis eſt. Et tamen eam Bartolus improbat, quia, inquit, poſito quod ſoluens fuiſſet tutus exceptione doli in caſu de quo loquimur, non eſſet tamen exceptio doli adhibita in promittendo, ſeu contrahendo, ſed in petendo: quæ exceptio non impediret repetitionem ex *l. qui ſe debere 7. ſupr. de condict. ob cauſ. dat.* Sed reprehenſio mala eſt, cùm oſtenderimus exceptionem doli in propoſito locum habere non poſſe. De exceptione autem quam vocant facti & intentionis, iam ſatis multa ſcripſimus ad *d. l. qui ſe debere, & ad d. l. qui exceptionem.* Illud ſanè non diſplicet, quod Bartolus diſtinguit ex *d. l. demonſtratio 7. §. quod autem iuris eſt & ſeq. de condict. & demonſt.* an cauſa exprimatur per modum cauſæ, an per modum conditionis, vt priore caſu obtineat, quod in hac lege ſcriptum eſt, non etiam poſteriore, quia defectus conditionis cuiuſlibet ſemper facit indebitum, id quod ſub conditione ſiue promiſſum ſiue ſolutum fuit, ſiue præteritum, ſiue præſens tempus aut futurum conditio reſpiciat: quamuis propriè conditio non ſit, niſi quæ in futurum confertur *l. cùm ad præſens 36. & ſeq. ſupr. de rebus credit.* vbi ſcripſimus. Cæterum probat optimè lex hæc quod ex ea plerique notant, condictionem ob cauſam, vel ob rem dati cauſa vel re non ſecuta, nunquam poſſe cum indebiti condictione concurrere, quandoquidem habent cauſam & originem omnino differentem. Sed & ex pœnitentia poteſt condictio ob cauſam dati competere, vt Accurſius notat ex *l. ſi pecuniam 5. ſupr. de condiction. ob cauſ. dat.*

53. PROCVLVS libro 7. Epiſtularum.

DOminus teſtamento ſeruo ſuo libertatem dedit, ſi decē mihi det. ſeruo ignorante id teſtamētum non valere, data ſunt mihi decem: quæritur, quis repetere poteſt? Proculus reſpondit: Si ipſe ſeruus peculiares nummos dedit, cùm ei à domino id permiſſum non eſſet: manent nummi domini, eóſque non per vindicationem, ſed in rem actione petere debet. Sin autem alius rogatu ſerui, ſuos nummos dedit [a]: facti ſunt eius: eóſque dominus ſerui, cuius nomine dati ſunt, per condictionem petere poteſt. ſed tam benignius, quàm vtilius eſt [b], recta via ipſum, qui nummos dedit, ſuum repetere.

*Ad l. Dominus 53.*

RAT. DVB. Dominus qui dat libertatem ſeruo, ſi decem mihi det, intelligitur ſemper ei permittere, vt ea decem ſoluat de peculio, itémque vt ſoluendo transferat dominium nummorum in accipientem inuito etiam herede. Nec aliud remedium heredi ſupereſt ſi nummos ſaluos facere velit, niſi vt vetet ſeruum dare: ſic enim fiet, vt & ſtatuliber ad libertatem perueniat quaſi impleta cōdictione cui parere prohibitus eſt, & nummi heredi non pereāt *l. 3. §. vlt. ſupr. de condic. ob cauſ. dat iunct. l. ſi filia 20. §. vlt. ſupr. famil. erciſc.* Ergo non poteſt verum eſſe quod Proculus in hac lege ſcribit, ſi ſeruus hic peculiares nummos dederit, cùm id ei à domino permiſſum non eſſet, manere nummos domini, eóſque non per condictionem petere dominum debere, ſed per vindicationem, & in rem actionem.

DEC. Teſtamentum minus ſolemne & inualidū nullius momenti eſt, nec vllam producere poteſt aut obligationem, aut transferendi dominij facultatem *l. ſi iure 18. de legat. 3. l. ex ea ſcriptura 29. infr. qui teſtam. facer. poſſ.* Atqui ponimus in ſpecie propoſita teſtamentum non valuiſſe. Non ergo videri poteſt, voluiſſe teſtator, vt ex peculio ſeruus ſolueret, cùm ſolutio proficere hoc caſu non poſſit ad libertatem cuius ſolius intuitu & fauore ſtatulibero permiſſum id fuit. Manent ergo nummi heredis, niſi ſpecialiter heres ſeruo permiſerit, vt eos daret ſeruus. Vindicationem igitur heredi hoc caſu competere dicendum eſt, non etiam condictionem, quæ nunquam cum vindicatione concurrit, niſi contra furem *l. vlt. ſupr. vſufr. quem. caueat. §. ſic itaque Inſtit. de action.* Nec obſtat quod in *d. ſeq.* ſcriptum eſt. Ex his omnibus cauſis, quæ iure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, ſecuta per errorem ſolutione condictioni locum eſſe. Id enim accipi debet ſuppoſitis terminis habilibus, id eſt, ſi tranſlatum fuerit dominium *l. ſi vrbana 55. in fin. infr.* Vindicatio igitur non condictio hoc caſu competit. Aut ſi dolo malo poſſidere deſierim, cùm ſcirem teſtamentum non valere, actio ad exhibendum dari contra me poterit *l. rogaſti 11. §. vlt. ſupr. de reb. credit.* Alioqui vindicatio omnimodò danda eſt. Sed hoc ita ſi nummi extent: nam ſi conſumpti ſint, vindicari vtique non poſſunt, ſed condicendi ſunt quaſi conualeſcente indebito, ſicut & mutuo, per conſumptionem *l. ſi à furioſo 12. cùm ſeq. l. ſi ego 18. §. 1. & paſſ. ſupr. de reb. credit. l. 5. §. is quoque inſr. de oblig. & action. §. 1. Inſtit. quib. mod. re contr.*

*re contr. oblig. l. indebiti 15. §. ſed etſi nummi ſupr hoc tit. & d. l. rogaſti 11. §. vlt. de reb. credit.*

a *Si autem alius rogatu ſerui ſuos nummos dedit.* RATIO DVA. Is qui rogatu ſerui nummos mihi dedit condicionis implendæ cauſa, vt ad libertatem perueniret, non eo animo fuit, vt dominium nummorum in me transferret, niſi in eum caſum quo poſt impletam condicionem libertas ſeruo eſſet competitura, non enim mihi prodeſſe voluit, ſed ſeruo cuius rogatu pecuniam mihi dedit, vt & in *l. ſi paterfamil. as 40. inſr. de hered. inſtit.* Ergo cùm libertas ſeruo competere non poſſit, quia teſtamentum non valuit, nec dominium nummorum in me tranſlatum fuiſſe dicendum eſt, ac proinde vindicationem eorum heredi hoc caſu, vt & ſuperiore competere nõ condictionem, quæ dominij tranſlationem ſemper ſupponit: aut ſaltem adhibenda videtur diſtinctio quam adhibet Vlpianus in *l. ſi ego 9. in princ. infr. de iure dot.* an is qui rogatu ſerui nummos mihi dedit, ea lege dederit, vt ita demum mei fierent ſi ſeruus liber eſſe poſſet, an ita vt ſtatim fierent mei, vt hoc tantùm poſteriore caſu condici poſſint, priore verò vindicari.

DEC. Ex quibus cauſis condictio acquireretur ſeruo ſi eſſet ſui iuris, neceſſe eſt, vt per eum acquiratur ipſius domino *d. l. ſi paterfamilias leg. acquiruntur 10. §. 1. l. qui bona 23. §. generaliter & § vlt. l. communis 45. infr. de acq. rer. domin. l. 1. & tot. tit. de ſtipul. ſeru.* Atquin ſi ſeruus de quo hîc agitur, liber fuiſſet, & pecuniam mihi dediſſet ob rem aliquam quæ ſecuta nõ eſſet, condictio ei competeret. Ergo quæ acquiri ei non poteſt cõdictio, quia ſeruus manet, domino eius acquiretur, non etiam illi qui rogatu eius mihi nummos dedit. Ille enim mihi quidem ſoluit, quia condicionis implendę cauſa pecuniam mihi dari oportuit, ſed tamen ſoluit non tãquam mihi, ſed tanquã ſeruo donaturus ad acquirendam ipſi libertatem. Itaque nõ ſecuta libertate ſeruus ipſe ſi agere ex hac cauſa poſſet, condictionem haberet, nõ ille qui dedit mihi, vt in *l. qui ſe debere 7. leg. ſi donaturus 9. ſupr. de condic. cauſ. dat.* Nec quod ab hoc ſeruo, neque condictione neq; alia vlla actio exerceri poſſit, facere debet, vt eo magis cõdictione teneri debeam ſoluenti, quia cùm de condictione quæritur, non tam inſpiciendum eſt á quo aut cui ſolutum ſit; quam cuius gratia & nomine, vt hæc lex omnium optimè probat in illis verbis *eóſque dominus ſerui, cuius nomine dati ſunt, per condictionem petere poteſt.* Iunge *l. indebitam 47. ſup. l. cùm indebitum 57. in pr. inf.* Condictio igitur ſoli heredi tanquam domino ſerui contra me danda eſt, non ei à quo nũmos accepi. Sed cur non vindicatio, vt in ſuperiore caſu? Nimirum quia ex dantis voluntate pecunia ſtatim & recta via fit accipientis *l. ſed ſi paterfamilias 9. §. 1 infr. de SC. Macedon.* quod & Accurſius & Bartolus bene viderunt. Poteſt ſanè actio ad exhibendum locum habere excluſa nõ minus condictione quam vindicatione, ſi poneres extare adhuc nummos eóſque mala fide datos ſerui nomine, cùm is teſtamentum non valere ſciret, *arg. d. l. rogaſti 11. §. vlt. ſupr. de reb. credit.* Quò pertinere videntur verba illa initio huius legis poſita *ſeruo ignorante id teſtamentum nõ valere.* Niſi malis ea addita ad probandum ſolutionem factã hîc per errorem non à ſciente. Quòd certè ita eſt. Nec adhibenda eſt hoc caſu diſtinctio, quam adhibet Vlpianus in *d. l. ſi ego.* Ibi enim agitur de re in dotem data ante nuptias, cuius dominium transferri potuit in accipientem, aut ſtatim, aut tum demum cùm inſecutæ eſſent nuptiæ. Hîc verò tractamus de pecunia data implendæ conditionis cauſa, ac proinde cuius dominium ante impletam condicionem transferri neceſſe fuit & ad eam implendam, ita vt nec alia mens eſſe potuerit eius, qui condicionem implere debuit, nec quod in hac ſpecie teſtamentum non valuerit, tranſlationẽ dominij impedire põteſt, quia quod condicionis implendæ cauſa datur, neque ex teſtatoris voluntate & iudicio capitur, neq; iure teſtamenti *l. ſi quis ſub conditione 8. infr. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. l. Mævias 55. de condic. & demonſtr. l. ad veterani 40. §. 1. l. id autem 76. l. in quartam 91. in fin. infr ad leg. Falcid.* ſed ex ſola dantis voluntate. Sufficit igitur eum qui rogatu ſerui pecuniam mihi dedit, mentem illam habuiſſe, vt in me dominium nummorum ſuorum transferret ad implendam condicionem, quæ nec aliter impleri potuit, vt diximus. Vnde illud etiam fit, vt neque ex eo impediri tranſlatio dominij potuerit, quod ex inutili teſtamento libertas non competierit. Prius enim eſt, vt condicionem impletam dominiumque tranſlatum eſſe oporteat, quàm vt de condicionis impletæ effectu quæri poſſit. Et quod libertatis acquiſitio ſecuta non eſt, condictionem tantùm parit ex regula legis proximè ſequentis, non etiam vindicationem. Etſi enim dici ſolet, veriſſimumque eſt, nunquam traditionem nudam dominium transferre, etiam quæ à domino facta ſit, niſi iuſta aliqua cauſa præcedente *l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. dom.* iuſtam tamen cauſam intelligere debemus, non quæ vera etiam ſit, ſed quæ iuſta eſſet, ſi eſſet vera: in propoſito autem iuſta eſſet cauſa condicionis implendæ & dandæ in eam rem pecuniæ, ſi verum eſſet teſtamentum valere, quod validum putabatur, cùm tamen eſſet inutile.

b *Sed tam benignius quàm vtilius eſt.* Tota hæc additio, quæ perelegantem huius legis ſententiam deſtruit, merum Triboniani commentum eſt, æquitatem ſibi more ſuo fingentis ex cerebro, vt veram iuſtámque rationem iuris euertat, vt pluribus docuimus *lib. 8. Coniectur. iur. ciuil. cap.* 8. Duo enim ſupponit quæ euidenter falſa ſunt. Vnum eſt, dandam condictionem ei qui rogatu ſerui ſoluit mihi decem, quemadmodum heredi & domino ſerui contra me dandam eam eſſe Proculus reſpondit. Alterum eſt, circuitus vitandi gratia æquius eſſe, vt ea condictio, quæ ſoluenti dari contra heredem primum deberet, recta detur ei contra me, quaſi celeritate coniungendarum actionum vnam in hac ſpecie occultari oporteat, vt & in *l. 3. §. ſed ſi debitorem inſr. de donat. int. vir. & vxor.* Prius certè falſum eſſe ex eo intelligimus, quod nullo caſu fieri poteſt, vt in propoſita ſpecie duplex condictio competat, vna ſoluenti contra dominum, altera domino contra me, ſiue ſerui nomine ſimpliciter data mihi ſit pecunia, ſiue ea lege ne ad dominum ſerui vllo caſu perueniret. Priore ſiquidem caſu heredi contra me datur condictio, vt diximus, nulla ſoluenti contra heredem cui nec ſoluit, nec eius nomine ſoluere voluit. Poſteriore verò, ſi admittamus ea lege dari potuiſſe mihi pecuniam, ne ad heredem eundémque dominum ſerui pecunia vllo caſu perueniret, æquè dicendum eſt, condictione teneri heredem non poſſe, in quem transferri dominium non potuerit ob contrariam domini voluntatem *dict. leg. ſi vrbana 55. infr.* Si verò neque conuentio hæc valeat, danda igitur condictio heredi, qui dominium nummorum pro ſeruo ſolutorum amiſit, non ſoluenti

Digitized by Google

contra heredem cui nihil ſolutum eſt, licèt ſolutio ei proficiat *l. hiis ſolis* 50. *ſupr.* Quod ſi ita eſt, vt contra heredem dari condictio ſoluenti non poſſit, ſed heredi tantùm contra me, multo magis falſum erit, dandam eſſe ſoluenti condictionem aduerſum me, non illa tantùm ratione, quòd ego nummos iſtos, non tam ab eo qui mihi ſoluit, accepiſſe videar, cùm non ſuo, ſed ſerui nomine, mihi eos ſoluerit *arg. leg. indebitam* 47. *ſupr.* ſed etiam quia quiſquis ita loquitur, vt dicat poſſe quem rectâ & euitato circuitu aliquem conuenire, & celeritate coniungendarum actionum vnam occultari, præſupponit duas competere actiones, & quæ longa, vt loquuntur, manu exerceri poſſint, quod hîc dici non poſſe oſtendimus. Et cùm id contingit, vt in ſpecie *d. §. ſed ſi debitorem*, nullam actionis ceſſionem requirimus, nec vllam faciendæ ceſſionis neceſſitatem. Itaque faciunt apertè contra huius legis verba, qui eam intelligunt de illo qui ſoluerit mandato ſerui, nec tamen donatam ei pecuniam voluerit: quaſi ex eo fiat, vt habeat ille contra dominum ſerui actionem de peculio, in quo cùm hæc actio reperiatur per quam poſſit dominus à me condicere, id quod mihi ſolutum eſt, illam ſaltem actionem præſtare ac cedere teneatur ex *leg. quod debetur* 51. *infr. de pecul.* Nam ſi ita eſſet, alterutrum neceſſariò fatendum eſſet, aut dari ſoluenti condictionem ex iure ceſſo, quod verba illa *recta via* non patiuntur *l. ſi res* 59. *infr. de euict. l. ſi res obligata* 57. *de legat.* 1. aut permitti ei agere quaſi ex ceſſione, cùm nulla tamen ceſſio interuenerit, quod ſtultius eſt, vt ex iiſdem legibus apparet, & ex *l. Modeſtinus* 76. *de ſolut. l. alterius* 20. *§. 1. & l. ſeq. infr. de tutel. & ration. diſtr.* Nec contrarium eſt quod Paulus reſpondit in *l. cùm fundus* 31. *§. 1. ſupr. de reb. credit.* vt ex iis quæ ad locum illum ſcripſimus, apparet, proinde & quod de circuitu vitando noſtri poſt Accurſium & Bartolum tam diligenter tractant, ex tot legibus quas Accurſius noſter hîc congerit, ad huius loci ſententiam tractatúmque pertinere nullomodo poteſt.

54. Papinianvs libro 2. Quæſtionum.

EX his omnibus cauſis, quæ iure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, ſecuta per errorem ſolutione, condictioni locus erit.

*Ad l. Ex his omnibus cauſis* 54.

Rat. nva. Condictio ſiue indebiti, ſiue alia quælibet extra furtiuam non poteſt competere, niſi dominio in accipientem tranſlato, vt proximè diximus ex *l. prox. infr. l. ſi in area* 33. *ſupr. hoc tit.* Atqui ex iis cauſis quæ ab initio iure non valuerunt, dominium transferri non poteſt, puta ex teſtamento nullo vel iniuſto. Iuſtam enim oportet eſſe cauſam traditionis, vt per traditionem tum quoque cùm à domino facta eſt, dominium transferatur *leg. nunquam nuda* 31. *infr. de acquir. rer. domin.* Idémque eſt ſi teſtamentum, quod ab initio valuit, poſtmodum agnatione poſthumi ruptum eſſe dicatur: quod enim ab initio valuerit, non obligat efficacius heredem, cùm poſtea rumpatur ipſo iure, adeò vt nó modò poſteaquam ruptum eſt, nihil ex eo deberi poſſit, ne quidem libertates, niſi repetitæ ſint à venientibus ab inteſtato *l. generaliter* 24. *§. ex teſtamento infr. de fideic. libert. l. 1. C. eod.* ſed nec antequàm ruptum ſit, quandiu rumpi poteſt *l. ventre præterito* 84. *infr. de acquir. hered.* Ergo ſi quid ex eiuſmodi teſtamento traditum fuerit, quamuis indebitum ſit, per vindicationem tamen, non per condictionem indebiti repetendum eſt. Planè cùm teſtamentum ab initio ita valuit, vt ex eo adiri poſſit aditáque ſit hereditas, quamuis poſtea reſciſſum ſit per querelam inofficioſi teſtamenti, aliud defendi poteſt, quoniam aditio quæ facti magis quàm iuris eſt, non facilè pro infecta haberi poſſit. Sed tamen in contrarium adhuc illud mouet, quod per querelam inofficioſi teſtamentum redigitur ad cauſam inteſtati, adeóque is qui ſemel ex teſtamento adiit & heres fuit, heres tamen eſſe deſinit contra vulgatam regulam iuris *l. in ſubſtitutione* 33. *l. ex facto* 43. *§. vlt. infr. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Ergo etiam hoc caſu indebiti ſoluti vindicatio, non condictio danda eſt, contra quàm tamen ſcriptum ſit in *l. 2. §. 1. ſupr. hoc tit.* Dec. Error & falſitas in cauſa traditionis non impedit, quominus dominium per traditionem à domino factam transferatur, dummodo fiat traditio ex cauſa iuſta, id eſt, quæ ſi vera eſſet, iuſta eſſet, vt diximus ad legem præcedentem. Eſt autem iuſta cauſa teſtamenti ad transferendum ex eo dominium, etiamſi reuera non valeat, dummodo valere exiſtimetur. Condictioni ergo locus hoc caſu eſſe debet, non autem vindicationi, nempe quoties dominium tranſlatum eſt in accipientem. Sic enim hæc lex intelligi debet, vt diximus ad legem ſuperiorem ex *leg. prox. inf. & l. ſi in area* 33. *ſupr. hoc tit. l. 1. & 2. ſupr. tit. prox.* Nec aliud iuris eſt, ſi ſolutio per errorem à domino facta ſit ex aliqua cauſa, quæ ab initio quidem valuerit, ſed tamen non habuerit effectum, vt Papinianus noſter hîc ſubiungit. Parum enim eſt valuiſſe cauſam ab initio, ſi poſtea non habuerit effectum, aut ſi eam habuerit quidem, ſed tamen habere poſtea deſierit: non enim videtur ſecutus effectus, niſi duret ſecutus *leg. 1. §. ſiue ab initio infr. titul. proxim.* ſicuti dicimus, non videri verſum quod non durat verſum *leg. ſi pro patre* 10. *§. verſum infr. de in rem verſ. l. Papinianus* 20. *in fin. ſup. de minor. cum ſimilibus.* Exemplum adfert Accurſius, ſi quid traditum aut ſolutum ſit ex cauſa venditionis validæ, ſed à qua tamen poſtea receſſum ſit mutua voluntate contrahentium, vt in *l. ex empto* 11. *§. is qui vina infr. de action. empt. l. cùm te* 6. *Cod. de pact. int. emptor. & vendit.* Non addo cum Accurſio *aut per reſtitutionem in integrum*, quia ſolius reſtitutionis in integrum poteſtas in eam rē ſufficit, cùm nihil aliud ſit reſtitutio in integrum, quàm redintegrandæ rei vel cauſæ actio, vt Paulus in ſententiis diffinit, nec proinde condictio vlla in eam rem neceſſaria eſt *leg. quod ſi minor* 24. *§. reſtitutio leg. patri* 27. *§. ſi pecuniam ſupr. de minor. leg. vlt. Cod. de reput. quæ fiunt in iudic. in integr. reſtit.* Separanda tamē hac parte videtur cauſa quæ ab initio iure non valuit, ab ea quæ valuit, ſed non habuit effectum, non quaſi vtraque condictionem non pariat, ſed quia quæ prioris generis eſt, parit condictionem indebiti, quæ verò poſterioris, condictionem potius ſine cauſa *d. l. 1. §. ſiue ab initio inf. tit. prox.* niſi vel turpis vel iniuſta cauſa proponatur, quæ poſſit inducere condictionem ſpecialiter ex ea cauſa comparatam, de qua in *tit. prox. ſupr.*

55. Idem

55. Idem libro 6. Quæſtionum.

SI vrbana prædia locauerit prædo: quod mercedis nomine acceperit ab eo, qui ſoluit, non repetetur: ſed domino erit obligatus. Idémque iuris erit in vecturis nauium[a], quas ipſe locauerit, aut exercuerit. Item in mercedibus ſeruorum, quorum operæ per ipſum fuerint locatæ. nam ſi ſeruus non locatus[b] mercedem, vt domino, prædoni retulit: non fiet accipientis pecunia. Quod ſi vecturas nauium[c], quas dominus locauerat: item penſiones inſularum acceperit, ob indebitum ei tenebitur, qui non eſt liberatus ſoluendo. Quod ergo dici ſolet, prædoni fructus poſſe condici[d], tunc locum habet, cùm domini fructus fuerunt.

*Adl. Si vrbana 55.*

RATIO DUB. Prædo nihil omnino iuris habet in percipiendis fructibus rei alienæ, & quam ſcit eſſe alienam: cùm fructus percipiantur, & acquirantur, non iure ſeminis, ſed iure ſoli *l. qui ſcit 25 §. 1. infr. de vſur.* niſi quòd bonæ fidei poſſeſſor quantum ad fructus pertinet, domini loco eſt *leg. bonæ fidei 48. infrà de acquirend. rerum domin.* Ergo nec in mercedibus prædiorum vrbanorum quicquam iuris habere poteſt, quandoquidem mercedes non niſi fructuum vice debentur, ſunt enim loco fructuum *l. mercedes 29. iunct. leg. ancillarum 27. in fin. ſupr. de hered. petit.* nec quod prædo ipſe prædia locauerit, ius illius augere poteſt, cùm non niſi mala fidè locare potuerit, tantóque magis imputari poteſt ei, cur deprædandi animo ad alienam rem inuadendam & locandam acceſſerit. Proinde ſi conductor prædoni ſoluerit, quod ei ex locatione debuit, condictio ei danda eſt tanquam indebiti ſoluti.

DEC. Mercedes prædiorum locatorum, ſicut & precia rerum venditarum non tam ex re ipſa quàm ex contractu & negotiatione percipiuntur *l. venditor 21. infr. de hered. vel action. vendit.* Ergo ſi prædo vrbana prædia locauerit, mercedes ipſi debentur, quia locauit, non domino qui non locauit. Itaque ſi ſolutæ ſint, non poſſunt tanquam indebitæ repeti per condictionem indebiti, cùm appareat eſſe debitas, & ex perſona conductoris, qui eas promiſit, & ex perſona locatoris qui ipſe locauit, quique locando, nec domino, nec alij quam ſibi perſonalem ex locato actionem acquirere potuit. Nec enim actio ex contractu inter alios naſci poteſt, quàm inter eos ipſos qui contraxerunt, aut eorum ſucceſſores *leg. quæcunque n. infr. de oblig. & act. l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri de verb. oblig.* nam ſi conductor etiam domino eſſet obligatus, vtique non poſſet liberari ſoluendo prædoni. Satis ergo eſſe debet ei qui à prædone cõduxit, quod prædoni ſoluendo ſit liberatus, eáque ratio ſola ſufficit ad impediendam condictionem *l. ſi non ſortem 26. §. ſi centum & §. ſi decẽ ſup. l. qui hominẽ 34. §. vlt. infr. de ſolut.* Quod & Papinianus in hac lege docet, cùm in vltima huius legis ſpecie dat condictionem ei, qui prædoni ſoluit vecturas nauium & penſiones inſularum, quas dominus ipſe locauerat, *quia*, inquit, *non eſt liberatus ſoluendo.* Sed cur de prædiorum duntaxat vrbanorum conductione Papinianus hîc loquitur? An non & ruſtica locari poſſunt, nec minus à prædone, quàm ab alio quolibet? Ita sanè eſt. Ideóq; nec aliud tutis eſſe putat Accurſius in ruſticis prędiis à prædone locatis, dummodo colonus ſit nummarius, non etiam partiarius, nempe quia vt addit Bart. ſoluti à colono partiario fructus eſſent prędonis, qui ſemper fuiſſent domini, ac proinde de quorũ condictione diſputare colonus non poſſet, qui eorum dominus nunquam fuiſſet. Quod diuerſum eſt, cùm locatio ſiue vrbani ſiue ruſtici prædij facta eſt in pecunia. Quæ .n. poſtea per colonum pecunia ſoluitur, cùm ſit ſoluentis, fit accipientis prędonis, indéque materia naſcitur diſputandi de condictione in perſona conductoris, ſi nõ impediret condictionem illa ratio, quod colonus, qui prædoni ſoluit, & ante ſolutionem obligatus fuit prædoni & per ſolutionem liberatus. Quiſquis enim ei ſoluit, cui fuit obligatus, licèt nullam ſatis iuſtam eius obligandi cauſam habuerit creditor, attamen liberatur *l. 1. §. ſi rem 32. infr. depoſit. l. ſi ſtis 88.* vbi eſt textus elegãs *inf. de ſolut.* Imò quod magis eſt, ſi fugitiuus meus, cùm ſe pro libero gereret, nũmos mihi ſubreptos tibi bona fide accipienti crediderit, túq; poſtea ei ſolueris æquè bona fide, placet liberari te à me, quamuis mihi non ipſi obligatus fueris *l. fugitiuus 19. eod. tit.* nimirum, quia reddidiſti bona fide pecuniam ei ipſi à quo acceperas, quod ſatis eſt ad acquirendam liberationẽ. Cùm ergo is, qui prædoni eidémq. locatori ſuo ſoluit, liberetur, mirum non eſt, ſi non habeat condictionẽ. At nec rurſum dominus eam pecuniam ab inquilino vel colono ſolutam, prędoni poteſt condicere, ſed alia ratione, ſcilicet quia eius pecuniæ dominus nunquam fuit, licèt fructuum fuerit. Duo enim illa, vt ſæpius diximus, neceſſariò requiruntur ad dandam alicui condictionem, nempe, vt eius rei quam cõdicere vult, dominium & ante habuerit, & poſtea amiſerit, nam ſi nunquam habuerit, nec vindicare poteſt nec cõdicere, ſi verò habuit, neque amiſit, condicere non poteſt, ſed vindicare. Ergo quod Papinianus noſter ſubiicit, *ſed domino erit obligatus*, non ita debet accipi quaſi prædo, qui nulla condictione tenetur ſoluenti, teneatur domino, ſed ſic potius, vt dominus prędiorum habeat prædonem obligatum hereditatis petitione, vt mercedes quas exegit præſtet, aut quanto maiores percipere dominus potuiſſet, *leg. ſi nauis 62. §. vlt. ſupr. de rei vindic.* Nam quod Bartolus hîc tractat de cedendis à prædone contra conductorem actionibus ex *l. Iulianus 30. ſupr. de hered. petit.* ad rem non pertinet, cùm ponamus iam eſſe factam à conductore prædoni ſolutionem. In petitionem verò hereditatis certum eſt, venire non modò fructus, ſed etiam mercedes vice fructuum acceptas *l. ancillarum 27. in fin. & d. l. mercedes 29. ſupr. de hered. pe-*

Digitized by Google

*tit.* nec ſolùm aduerſus prædonem, ſed etiam quod magis eſt contra bonæ fidei poſſeſſorem, hac ſola differentia, quod bonæ fidei poſſeſſor, non tenetur, niſi quatenus locupletior ex iis fructibus & mercedibus factus eſt *l. ſed etſi 25. §. conſuluit eod. titul.* prædo autem & alius malæ fidei poſſeſſor hereditatis quilibet in ſolidum. Nam & extantes fructus vindicare dominus poteſt, etiam ſpeciali actione in rem à quolibet poſſeſſore, tanquam quorum dominus ſemper manſerit, cõſumptos verò à malæ fidei poſſeſſore condicere ſiue antè ſiue poſt litem conteſtatam percepti ſint *l. certum 22. C. de rei vindic. l. ſi pignore 22. § ſi prædo infr. de pignor. act. l. penul. C. de condict. ex leg. & apud Inſtit. de offic. iudic. §. 1.* A bonæ fidei verò poſſeſſore non item, quia facit ille fructus ſuos ſola perceptione *dict. leg. bona fidei 48. de acquirend. rer. domin. l. ſi fructuarius meſſem 13. ſupr. quibus mod. vſuſfruct. amitt.* lucratur verò conſumptione aut vſucapione *leg. 4. §. poſt litem ſuprà fin. regund. leg. 4. §. lana infr. de vſucap.*

a *Idémque iuris erit in vecturis nauium.* Rat. dub. & decid. eadem eſt quæ ad initium huius legis. Nulla enim differẽtiæ ratio eſt inter mercedes prædiorum à prædone locatorum & vecturas nauium, quas prædo ipſe locauerit, aut exercuerit, cum vecturæ nauium ſicut & vſuræ non tam natura quàm iure, id eſt, ex negotiatione percipiantur *dict. l. ſi nauis 62. ſupr. de rei vindic.* quomodo etiam mercedes ſeruorum, quorum operas prædo ipſe locauerit, in quibus idem iuris eſſe Papinianus ſubiicit, & rectè: nam & illæ ex negotiatione factóq; prædonis percipiuntur.

b *Nam ſi ſeruus non locatus.* Hucuſque tractauit Papinianus de penſionibus prædiorum à prædone locatorum, itémque de vecturis nauium, quas prædo ipſe locauerit, aut exercuerit, & de operis ſeruorum ſimiliter à prædone ipſo locatis. Nunc aliam tractat ſpeciem de ſeruo qui à prædone ipſo non locatus, ſuas operas ipſe per ſe locauerit, eáſque acceptas prædoni tanquam domino retulerit. Quo caſu negat Papinianus accipientis fieri pecuniam.

Rat. dub. Nihil intereſſe videtur, an mercedes ſeruorum ad prædonem peruenerint per ſuos ipſos, an per manus conductorum. Atquin ſi à cõductoribus ſoluta prædoni fuiſſet pecunia, vtique facta eſſet accipientis, vt ſuprà diximus. Ergo & cùm ſeruus ipſe ſe locauit, & operarum ſuarum mercedes acceptas prædoni tanquam domino retulit.

Dec. Valde intereſt, an ſeruus ſeipſum locauerit, an à prædone ipſo locatus fuerit. Priore caſu non tantùm obligatio, & actio per ſeruum acquiritur domino, ſed etiam dominium pecuniæ pro operis ſolutæ ſeruo. Quicquid enim ſeruus acquirit, cùm ſibi acquirere non poſſit, neceſſe eſt, vt acquirat domino, vel homini libero, à quo bona fide poſſideatur, & cui bona fide ſeruiat *leg. acquiruntur 10. §. primo & ſequent. leg. qui bona fide 23. de acquirend. rerum domin.* Prædo autem neque dominus eſt, neque bonæ fidei poſſeſſor. Nihil ergo ei acquiri per ſeruũ poteſt, nec ſi ſeruus ſeruiat bona fide putans prædonem eſſe dominum: bonam enim fidem in poſſeſſore eſſe oportet, non in ſeruo, ſicut è contrario mala fides ſerui non noceret bonæ fidei poſſeſſori. Porrò dominium pecuniæ ſeruo ſolutæ, quod per ſeruum domino quæſitum fuit, fieri non poteſt, vt inuito vel ignoranti domino auferatur *leg. ſi ego 9. §. 1. inf. de iur. dot. l. id quod noſtrum 11. de regulis iuris.* melior enim condicio noſtra per ſeruos fieri poteſt, ſed deterior non poteſt *leg. melior 133. eodem.* Non poteſt igitur accipientis fieri pecunia, quam ſeruus à ſe acceptam prædoni quaſi domino retulerit. Cui conſequens eſt, vt nec eam prædoni condicere dominus poſſit, cùm eius dominium amiſerit, ſed eam debeat vindicare. Alia ſpecies eſt, quæ ab Vlpiano tractatur in *leg. 1. §. ſi rem à ſeruo 32. infr. depoſ.* vbi ait, ſi rem à ſeruo depoſitam reſtitueris Titio, quem dominum eius putaſti te actione depoſiti non teneri, nempe quia, vt lex ſubiicit, dolus tuus nullus interceſſit. Ex cauſa verò depoſiti nemo tenetur niſi de dolo, aut de lata culpa, quæ dolo æquiparari poſſit, niſi aliud conuenerit *dict. leg. 1. §. ſi conuenit & leg. quod Nerua 32. eodem titul.*

c *Quòd ſi vecturas nauium.* Tertia hæc ſpecies eſt quam Papinianus tractat, ſi non prædo, ſed dominus prædia vel nauem locauerit, prædo autem vecturas nauium & penſiones inſularum acceperit. In qua ſpecie reſpondet Papinianus, eum qui prædoni per errorem ſoluerit, habiturum condictionem, quia, inquit, non eſt liberatus ſoluendo.

Rat. dub. Ea locatione facta ab ipſo domino pecunia non alij quàm domino deberi poteſt. Nã ſi prædoni, cùm ipſe locauit, pecunia debetur non domino, vt diximus in prima ſpecie: nõ poteſt domini ius eſſe infirmius quàm prædonis, vt quod domino promiſſum eſt, alij quã domino debeatur. Ergo etiamſi ea pecunia prædoni ſoluta ſit, non tamen poteſt facta eſſe accipientis. Ideóque dicẽdum eſt, non condictionem eius pecuniæ illi qui ſoluit, dandam eſſe, ſed domino vindicationem, vt in alia ſpecie, de qua proximè ſcripſimus: aut ſi admittamus, ex ea ſolutione tranſlatum fuiſſe dominium in prædonem, quod neceſſariò admittendum eſt, ſi cum Papiniano dicamus teneri eum cõdictione. Quidni etiam fatemur ſoluentem liberatum eſſe ipſo iure, cùm per errorem & probabilem facti ignorantiam ſoluerit ei, quem credidit habuiſſe ius accipiendæ ſolutionis? Eſt enim hic vnus ex effectibus bonæ fidei, quæ per iuſtam facti alieni ignorantiam facilè inducitur, *leg. ſi quis ſeruo 18. & ſeq. l. qui hominem 3 . §. ſi Titium infrà de ſolution. leg. eius qui in prouincia 41. ſuprà de rebus credit. §. item ſi Inſtitut. de mandat.* Dec. Non ius obligationis creditori quæſitæ transfert in creditorem dominium rei, ex ea obligatione ſolutæ, ſed traditio ſola per dominum facta animo transferendi dominij ex iuſta aliqua cauſa præcedente, licèt erratum ſit in cauſa, vt diximus ad *leg. dominus 53. ſuprà ex leg. nunquam nuda 31. de acquirend. rer. domin.* Atqui ponimus pecuniam debitam quidem fuiſſe domino fundi, ſed à debitore eodémque domino pecuniæ ſolutam fuiſſe prædoni. Ergo eius dominium nec domino fundi acquiri potuit, nec alij quàm prædoni: proinde condictionem aduerſus prædonem habere debet is qui ſoluit, non autem dominus vindicationem. Idcirco autem damus condictionem ſoluenti, quia & pecuniæ ſuæ dominium in accipientem tranſtulit, & tamen ſoluendo liberatus non fuit: nec enim ſola ſoluentis bona fides ſufficit ad acquirendam ei ſolutione liberationem, niſi factum aliquod interuenerit creditoris, quod bonæ fidei cauſam & initium præbere potuerit. Alioqui non tam bona fides ea dicenda eſt, quàm

nimia

nimia debitoris credulitas, & falſa perſuaſio, quæ debitori ipſi nocere debet potius quàm creditori, vt diximus ad *leg. ſi quid poſſeſſor 31. §. vltim. ſupr. de hered. petit. & ad dict. leg. eum qui in prouincia. Ex dict. l. qui hominem 34. § ſi nullo de ſolut. leg. cum fundus 31. §. 1. ſup. de reb. credit. leg. 1. §. dolum ſupr. de eo, per quem fact. erit*, idq́ue locus hic omnium optime probat. Ergo cùm ſolutio prædoni facta non liberauerit ſoluentem, neceſſe eſt, vt acquiſiuerit ei condictionem, ex regula, quam in hoc tractatu toties inculcauimus, & quæ tam ſæpe repetenda eſt, ſolutionem, quæ non parit liberationem, parere condictionem, & contra *leg. ſi non ſortem 26. §. ſi centum & §. ſi decem leg. cùm is 32. § 1. leg. indebitam 47. ſupr. hoc tit. l. dict. leg. qui hominem §. vltim. de ſolut.* etenim aliter atque aliter parit ſolutio aut liberationem aut condictionem: parit enim liberationem ex voluntate contrahentium, quia id agitur, vt per ſolutionem tollatur obligatio: parit verò condictionem extra id quod agitur, vt eleganter ſcribit Pomponius in *leg. is qui 13. § vlt. infr. commod.* Denique omnis ſolutio fit in ordine ad liberationem, non etiam ad condictionem. Quid ergo, ſi prædoni ſoluta ſit pecunia, eamque prædo poſtea domino reſtituerit? Nemo dubitat, quin hoc caſu liberetur debitor, adeóque ipſo iure *dict. leg. ſi quid poſſeſſor 31. §. vltim. ſupr. de hered. petit. dict. leg. qui hominem 34. §. ſi prædo de ſolution.* Ergo ex eadem ſupradicta iuris regula, is, qui prædoni ſoluit, non habebit aduerſus eum condictionem, quia nec metuet perſonalem actionem domini, cui antea fuerat obligatus, cùm hodie liberatus ſit.

d *Quod ergo dici ſolet, prædoni fructus poſſe condici.* Refert Accurſius verſiculum hunc ad ſecundam huius legis ſpeciem, quam eſſe diximus de mercedibus operarum ſerui à ſeruo ipſo locatarum. In qua tamen ſpecie nihil aliud Papinianus dixit, niſi quod nos explicauimus, ſi eam pecuniam pro operis ſolutam ſeruo, ſeruus prædoni quaſi domino retulerit, non fieri illam accipientis. Quæ ratio vindicationem domino contra prædonem tribuit, vt docuimus, non condictionem: ſed debet id intelligi de eo caſu, quo pecunia extet, non quo ſit conſumpta. Nam pecuniæ dominium, quod domino quæſitum fuerat, neceſſe eſt, vt per conſumptionem amiſerit, ideoque amiſſa cum dominio vindicatione, ſolum ei auxilium in condictione ſupereſſe poteſt. Sed non eſt exemplum hoc ad Papiniani ſententiam meo iudicio accommodatum: non quaſi Papinianus de naturalibus tantùm fructibus intelligat, non etiam de ciuilibus, & obuentionibus, quomodo intellexiſſe videtur Accurſius, ſed potius, quia de ſolis ciuilibus in hac lege tractatur, in quos poteſt illa cadere diſtinctio, an domini fuerint necne, non autem in fructus naturales, qui cùm non conuentionis, ſed ſoli iure percipiantur, nunquam poſſunt non fuiſſe illius qui dominus ſoli fuit antequam conſumerentur, vnde & vindicari per eum poſſent, ſi extarent *dict. leg. certum dict. leg. qui ſcit §. 1. de vſur.* etiamſi à bonæ fidei poſſeſſore percepti eſſent. Ergo ſi à prædone & percepti & conſumpti ſint, condictione eos repetet dominus à prædone, non etiam fructus ciuiles & obuentiones, niſi eo caſu, quo dominus fundi earum quoque dominus fuerit, quod euenit in operis ſerui à ſeruo ipſo locatis, & per eundem ſeruum prædoni tanquam domino ſolutis, quarum pretia & mercedes, ſi extaret pecunia, vindicari poſſent, conſūptâ verò per prædonem pecuniâ, condicuntur. Eſt autem hæc condictio furtiua, vt bene Accurſius & Bartolus interpretantur: etſi enim prædo fundi fur non eſt, quia non fit furtum rei immobilis, quod tamen ad fructus ex eo fundo perceptos attinet, furtum eorum facit, cùm ſciat, eos ſe contrectare inuito domino *leg. ſi ſeruum 61. §. locati infr. de furt.* Nec quod fructus illos percipere quodammodo cogitur, tanquam ad quorum reſtitutionem obligatus eſſet, etiamſi nullos percepiſſet *dict. leg. ſi nauis 62. §. vltim. ſupr. de rei vindic.* excuſat prædonem, quominus percipiendo fructus eorum furtum faciat, cùm in ipſius pœnam ita comparatum ſit *dict. §. vltim. leg. niſi ex re 33. §. 1. ſupr. de hered. petit.* & conſequenter furtiua condictione teneatur, nec tantùm ſi conſumpti ſint, ſed etiamſi extent, non enim adhibetur in condictione furtiua ea diſtinctio, quæ in aliis condictionibus adhibetur *leg. ſi pro fure 7. §. vltim. leg. in re furtiua 8. & paſſ. infr. de cond. furtiua.*

56. IDEM libro 8. Quæſtionum.

SVfficit ad cauſam indebiti, incertum eſſe, temporaria ſit, an perpetua exceptionis defenſio. Nam ſi quis, ne conueniatur, donec Titius conſul fiat, paciſcatur: quia poteſt, Titio decedente, perpetua fieri exceptio, quæ ad tempus eſt, Titio conſulatum ineunte: ſumma ratione dicetur, quod interim ſoluitur, repeti. vt enim pactum, quod in tempus certum collatum eſt[a], non magis inducit condictionem, quam ſi ex ea die debitor ſoluiſſet: ita prorſum defenſio iuris, quæ cauſam incertam habet, condictionis inſtar obtinet.

*Ad l. Sufficit 56.*

RAT. DVB. Is demum, qui tutus exceptione aliqua per errorem ſoluit, repetit, qui exceptione perpetua tutus fuit, eáque fauorabili non odioſa, ſecundum eam interpretationem, quam attulimus ad *leg. qui exceptionem 40. iunct. leg. ſi is qui 24. ſupr. hoc titulo.* Ergo ſi exceptio talis ſit, de qua dubitari poſſit, an perpetua futura ſit, an temporalis, repetitioni locus interim eſſe debebit: cur enim perpetuæ exceptioni priuilegium hoc damus, niſi ad excluſionem, & differentiam exceptionis temporalis? Nam & in eo differentia eſt, quòd pro creditoribus non habentur ii, qui exceptione perpetua repelli poſſunt: qui verò temporalem duntaxat exceptionem verentur, conditionalium creditorum loco habentur *leg. creditores 10.*

*leg. creditor 55. de verb. ſignific.* nam ſi qua exceptio extra ſua tempora opponatur, perinde habenda eſt, ac ſi nunquam competiiſſet, quia nec amplius competit. Dic. Ius ſemper certum eſt *leg. 2. infr. de iur. & fact. ignor.* quid enim in Republica certum eſſe poſſet, ſi ius incertum eſſet? Atqui ius ex facto oritur *leg. ſi ex plagis 52. §. primo ſupr. ad leg. Aquil.* Facta verò, licet quæ ſunt præterita, certa ſint, tum quoque cùm à nobis ignorantur, futura tamen incerta ſunt *leg. vbi autem 75. §. quid id quod infr. de verb. oblig. leg. cùm ad præſens 37. & ſeqq. ſupr. de reb. credit.* Ergo, vt ex facto incerto ius certum conſtitui poſſit, neceſſe eſt, inſpici non quid in facto illo incertum ſit, ſed quid certum, nam & in facto incerto aliquid certi eſt. Atqui cùm ob incertitudinem facti, ex quo aliqua exceptio naſci poteſt, incertum eſt an temporalis, an perpetua ſit exceptio, vt puta ſi pactus ſit debitor ne conueniatur, donec Titius Conſul fiat (quo caſu moriente Titio antequàm Conſul factus ſit, perpetua ſit exceptio, quæ quandiu Titius viuit, non niſi temporalis eſt, & Titio conſulatum ineunte intercidit,) hoc tamen certum eſt, quod interim ſoluitur, needum eſſe debitum, nec certum eſſe debitum iri: nondum eſt debitum, quia nondum Titius Conſul fuit: neque rurſus certum eſt debitum iri, quia incertum eſt, an Titius Conſul aliquando futurus ſit. Interim ergo fatendum eſt, condictionem indebiti competere, quæ vt competat, non eſt neceſſe, vt quod ſolutum eſt, certum ſit debitum non iri, ſed ſatis eſt, vt certum ſit hoc ipſum incertum eſſe, an futurum aliquando ſit, vt debeatur, quia vt debitum quid videri poſſit, & tanquam debitum, ſi ſolutum ſit, retineri neceſſe omnino eſt, vt vel iam debeatur, vel ſaltem aliquãdo debitum iri certum ſit, *leg. in diem 7. leg. quod ſi ſub condicione 18. ſupr.* Itaque quod ad condictionem indebiti pertinet, nihil intereſt an promiſerim tibi centum, *ſi Titius Conſul factus erit*, aut *cùm Titius Conſul factus erit*, quibus etiam verbis condicio expreſſa continetur *leg. qui promiſit 48.* vbi diximus *ſupr.* an verò purè, ſed ſubiecto pacto de non petendo, donec Titius Conſul fiat. Etſi enim aliàs multùm intereſt, an differatur exactio in id vſque tempus, quo aliquid factum ſit, an verò ipſa obligationis ſubſtantia in id tempus conferatur *leg. Iulianus 10. infr. de iur. dot. leg. eandem 9. §. primo infr. de duob. reis.* in propoſito tamen nihil intereſt, non quia condictio indebiti priuilegium hoc mereatur tanquam fauorabilis, in qua ſcilicet is qui condicit, certat de damno vitando, quomodo ratiocinatur Accurſius, nec quòd eiuſdem effectus ſint in omnibus, nec niſi initio differant, vt ait Bartolus, ſed quia his omnibus caſibus eueniat, vt certum ſit, non omnimodo debitum iri, quod aliquo caſu fieri poteſt, vt non debeatur, quæ res ſufficit ad condictionem, vt diximus. Et hæc vera certè huius legis ratio eſt, non quam adfert Accurſius, quòd in dubio magis attendatur exceptionem poſſe perpetuam eſſe, quàm quòd poſſit eſſe temporalis, aut quòd in dubio magis interpretari debeamus in cauſam impedientem, quàm in aliam, vt loquitur Bartolus, aut quòd vt idem addit, dubium interpretãdum ſit perpetuum. Sed quia vt prima huius legis verba diſertè habent, ſufficit ad cauſam indebiti incertum eſſe an temporalis ſit, an perpetua exceptionis defenſio, nec proinde ex aliqua præſumptione hoc fit, ſed ex illa certitudine, quod pendente eo, an perpetua, an temporalis futura ſit exceptio, certum tamen eſt, interim eſſe incertum aliquando debitum iri, & conſequenter certum eſt adhuc eſſe indebitum, præſenti rerum ſtatu inſpecto: futurus enim ſtatus duntaxat incertus eſt: vt verò ſciatur, an hodie condictio indebiti competat, præſens ſtatus inſpici neceſſariò debet, vt & in ſpecie *leg. ſub condicione 10. infr. de aſſign. libert.* niſi quod ibi par conſtituitur ratio condicionis & diei certæ: in condictione autem indebiti non item, quia quod ſub condicione debetur, nullomodo interim debetur, quod verò in diem certum, iam debetur certò, licet peti nondum poſſit, quia diem venturam eſſe certum eſt, *dict. leg. in diem 7. leg. ſub condicione 16. leg. qui promiſit 48 ſupr. hoc tit.*

2 *Vt enim pactum quod in certum tempus collatum eſt.* Argumentatur Papinianus à die certo ad condicionem incertam, ſed contraria ratione: vt quemadmodum ſiue promiſerit quis centum poſt Calendas Martias, ſiue ab initio promiſerit purè, ſed conuentione ſubiecta, vt ante Calendas Martias peti non poſſit, quod interim ſoluit, repetere non poteſt, quia vtroque caſu certum eſt debitum iri *dict. leg. in diem 7. ſupr. leg. obligationum ferè 44. §. placet infr. de oblig. & action.* nec poſteriore caſu pactum magis inducit condictionem, quàm ſi ab initio ex die promiſſum eſſet, ita prorſus, inquit, defenſio iuris quæ cauſam incertam habet, condicionis inſtar obtinet, id eſt, efficit, vt quemadmodum quod ſub condicione debetur, ſi interim ſolutum ſit, poteſt repeti, ita & quod ſolutum eſt, pendente ac incerto eo an temporalis, an perpetua futura ſit, exceptionis defenſio. Malè igitur in fine huius legis quidam libri habent, *condictionis inſtar obtinet*, legendum enim eſt, vt & apud Accurſium *condicionis*, quia condicio propriè non eſt, quæ ita concepta fuit *donec Titius Conſul fiat*, ſed tamen condicionis vim habet, quia ſuſpendit effectum puræ alioquin diſpoſitionis.

57. Idem libro 3. Reſponſorum.

CVm indebitum, impuberis nomine, tutor numerauit: impuberis condictio eſt.

*Ad l. Cùm indebitum 57.*

Rat. dvb. Condictio indebiti danda eſt ei qui dominium amiſit tradendo rẽ aut pecuniam, quam non debebat. Naſcitur enim condictio & ex aliquo negotio geſto, & ex tranſlatione dominij *leg. ſi in area 33. ſupr.* Atqui tutor qui nomine pupilli ſoluit indebitum, quaſi pupillari creditori, qui creditor non erat, ipſe eſt qui negotium gerit, & qui dominium nummorum quos ſoluit transfert in accipiẽtem, non pupillus, maximè verò, ſi addas cum Accurſio, vt augeas dubitationem, ſolutos nummos tutoris fuiſſe, non pupilli, nec enim pupillus ipſe etiamſi contraxiſſet, dominium tamen nummorum tutoris ſui transferre in accipientem potuiſſet. Tutori ergo ipſi qui indebitum ſoluit, licet

pupilli

pupilli nomine ſoluerit, condictio indebiti danda eſt, non pupillo. Accedit quòd licèt tutor perſonam pupilli repræſentet, & vice domini ſit *leg. is qui in puteum* 11. §. *an ignoſcitur infr. quod vi aut clam.* tunc tamen domini loco habetur, cùm tutelam ex bona fide adminiſtrat, non cùm pupillum ſpoliat *leg. qui fundum* 7. §. *ſi tutor infr. pro emptor.* An non verò pupillum ſpoliat tutor, qui pupilli nomine ſoluendo indebitum, hoc ipſo facit pupillum pauperiorem? Nam neque in generali mandato cenſetur mandatum procuratori, vt ſoluat indebitum, ideoque ſi procurator meus indebitum ſoluerit, non prius tamen acquirit mihi condictionem, quàm ego ratum habuero, ſicut nec condictione vlla me obſtringit, ſi meo nomine indebitum acceperit §. *proxim. ſupr. leg. ſi procurator* 8. *ſuprà hoc titul.* Quod autem non poteſt facere procurator, habēs generale mandatum, cum libera adminiſtratione, nec tutor intelligitur poſſe facere, quaſi mandatum generale habens à lege. Ergo vt pupillo detur condictio indebiti à tutore ſoluti, dicendum eſt, expectandum ſaltem eſſe, vt pupillus ratam habeat ſolutionē. Dac. Tutor in omnib. ferè pupilli loco eſt, & vice domini, præterquam ſi mala fide tutelam adminiſtret, & ſpoliandi pupilli gratia *d. §. an ignoſcitur dict. §. ſi tutor leg. interdum* 56. §. *qui tutelam infr. de furt.* non autem ſpoliat, ſed ex bona fide adminiſtrat, licet non vtiliter qui ſoluit per errorem indebitum, quod putat eſſe debitum: id enim agit, vt ſoluendo quod à pupillo deberi putat, eum liberet à creditore, atque ita faciat locupletiorem *leg. ſi pupilli* 66. *in fin. de ſolution.* Ergo perinde acquirit condictionem pupillo, cuius nomine ſoluit, atque ſi pupillus ipſe ſolueret, nec minus ſi ex ſuis nummis, quàm ſi ex pupillaribus ſoluerit, cùm ſoluerit pupilli nomine. Nam etſi pupillus ex tutoris nummis indebitum ſolueret, dummodò ex ipſius tutoris voluntate, ſibi tamen acquireret condictionem, non tutori, quia cùm de indebito & indebiti condictione quæritur, non tam inſpiciendum eſt, à quo ſolutum ſit, aut ex cuius pecunia, quàm cuius nomine *leg. indebitam* 47. vbi diximus *ſupr.* neque verò expectandum eſt, vt pupillus eam tutoris ſolutionem ratam habeat, vt ſibi acquirat condictionem, cùm id quod à tutore geſtum eſt, à pupillo ipſo non ab alio geſtum eſſe videatur, in quo plus iuris habet tutor, quàm procurator quilibet, vt ſolet in cæteris ferè omnibus plenior eſſe poteſtas habita à lege, quàm ſi ab homine eam quis habeat. Nullo enim hominis facto opus eſt, vt lex ſeipſam interpretetur, quod in mandato & prouiſione hominis plerumque diuerſum eſt, *leg. mandato generali* 60. *ſupra de procurat. leg generali mandato* 34. *ſupr. de rit. nupt. leg. obligatione* 6. *infr. de pignor.* Meritò igitur Papinianus generaliter, & indiſtinctè hîc ſcribit, ſi tutor impuberis nomine indebitum numerauerit, impuberis condictionem eſſe non tutoris: nam & generaliter verum eſt, quod ex Iuliano Vlpianus ſcribit in *dict. leg. ſi procurator* 8. §. *vltim. ſupr.* neque tutorem, neque curatorem, neque procuratorem ſoluentes, repetere poſſe, nec intereſſe, ſuámne, an pupilli, vel domini pecuniam ſoluerint, dummodo non ſuo, ſed pupilli vel alterius domini nomine, *iunct. dict. leg. indebitam.* Planè quod indebitum tutor de ſuo pupilli nomine ſoluit, quamuis creditori falſo, cui ſoluit, condicere non poſſit, reputabit tamen pupillo in reddendis rationibus tutelæ, cùm ex ſua pecunia fecerit pupillum locupletiorem acquirendo ei condictionem: qua porrò ſi cedere ipſi pupillus malit, quàm contra falſum creditorem fortaſſis inopem condictione agere, audiendus erit, vt eam condictionem tutor periculo ſuo exerceat *argument. leg. quòd ſi poſſeſſor* 17. *ſupr. de hered. petit.* cùm non teneatur tutori actione tutelæ alia ratione, quàm quia tutor facto & ſumptu ſuo condictionē illam pupillo quæſiuerit. Ex regula *leg. ſi quid poſſeſſor* 31. *in princip. eod. & leg. quod debetur* 51. *infr. de pecul.* Iuſto tamen errore tutoris factam eſſe ſolutionem oportet, vt acquirat condictionem pupillo, quia ſicuti perſona tutoris pro pupilli perſona habetur, ita & factum tutoris factum pupilli eſt, nec ſcientiam, aut ignorantiam pupilli valde attendimus, qui nec quicquam ſcite in ea ætate intelligitur *leg. pupillus* 9. *infr. de acquirend. heredit.* ne quidem illa, quæ videt *leg. 1. Cod. de falſ. monet.* Illud tamen obſeruatione dignum eſt, & ſuperioribus valde conuenit, quod ſi tutor, qui pupilli nomine ſoluit indebitum eidem pupillo in reddenda tutela non reputauerit, ſiue per obliuionem, ſiue per imperitiam id fecerit, necdum pupillus condictionem exercuerit, tutori danda ea condictio eſt, non quidem contra pupillum ipſum, ſed contra creditorem *l. vlt. §. tutor infr. hoc tit.*

1 ¶ Creditor, vt procuratori ſuo debitum redderetur, mandauit. maiore pecunia ſoluta, procurator indebiti cauſa conuenietur, quod ſi nominatim, vt maior pecunia ſolueretur, delegauit [a]: indebiti cum eo qui delegauit, erit actio. quæ non videtur adempta, ſi fruſtra cum procuratore lis fuerit inſtituta [b].

*Ad §. 1. Creditor.*

Rat. dvb. Condictio danda eſt ei non qui ſoluit indebitum, ſed ei cuius nomine ſolutum eſt, vt diximus ad initium huius legis & ad *leg. indebitam* 47. *& ad leg. repetitio* 44. *ſupr.* Atquin is qui ſoluit indebitum procuratori, tanquam debitor debitoris, licet contra voluntatem domini ſoluerit, ſoluit tamen nomine creditoris ſui, qui ex minore quantitate debitor erat procuratoris. Ergo creditori ſuo non ſibi condictionē acquiſiit contra procuratorem. Dac. Cùm quis mandauit, vt procuratori ſuo debitum ſolueretur, & maior pecuniæ quātitas ſoluta eſt, quàm debebatur, poteſt imputari culpa ei qui ſoluit, cur maiorē & indebitam pecuniam ſolueret, ſiquidem mandatū ei nominatim erat, vt debitū ſolueret, non vt indebitum. Ergo indebiti condictione conueniēdus non eſt procurator à domino, qui debitum ſolui mandādo, inde-

bitum ſolui potiùs prohibuit, ſed ab eo qui contra mandatum & voluntatem domini indebitum ſoluit, quique ob eam cauſam directa mandati actione obſtrictus eſt, vt mandantem indemnem præſtet *argument. leg. in debitam 47. ſupr.* Nam nec quicquam intereſſe videtur domini, aut ei abeſſe ob indebitum ſolutum, cùm pro conſequenda indemnitate regreſſum habeat contra mandatarium *vulg. leg. is qui actionem 9. de regulis iuris.* Planè condictionem hanc contra alium, quàm contra procuratorem habere debitor, qui nomine creditoris ſui ſoluit, non poteſt: nam contra creditorem ſuum, qui nihil mandauerat, niſi vt procuratori debitum redderetur, quonam obſecro iure ageret condictione indebiti, aut quonam colore? In eóque differt hic caſus à ſequenti: nam nec videri poteſt indebitum ſolutum eius nomine qui debitum duntaxat ſolui mandauerat. Cæterùm ſi ſolutionem indebiti ratam habeat creditor, quod eueniet, ſi malit ipſe agere contra procuratorem, vt in *leg. ſi procurator 8. ſupr.* non eſt prohibendus condicere procuratori. Sed hoc caſu exercebit condictionem ſuo periculo, nec audiendus erit, ſi fortè mutata voluntate malit agere, mandati contra mandatarium ob inopiam procuratoris, aut conueniendi eius difficultatem, vt in *leg. quòd ſi poſſeſſor 17. in fin. ſupr. de hered. petit.* Sibi namque imputet, cur mandatarij eiuſdémque debitoris ſui factum, quod improbare potuerat, & debuerat, ratum habere maluerit.

a *Quòd ſi nominatim vt maior pecunia ſolueretur delegauit.* RAT. DVB. His ſolis pecunia condicenda eſt, quibus quoquomodo ſoluta eſt, non quibus ſolutio proficit *leg. his ſolis 49. ſupr.* Atquin debitor, qui ex delegatione ſui creditoris plus debito ſoluit, cùm ei nominatim mandatum eſſet, vt maiorem quantitatem ſolueret, ſoluit procuratori ſui creditoris non ipſi creditori, qui eum delegauit. Ergo cum procuratore ipſo debet agere condictione indebiti, non cum eo qui delegauit, quandoquidem procurator ille eſt qui indebitum accepit. DEC. Qui ex forma delegationis maiorem pecuniæ quãtitatem creditoris ſui procuratori, eidémque creditori ſoluit, quàm quæ debebatur, non alio iure cenſeri poteſt, quàm ſi creditori ipſi ſuo ſoluiſſet, cuius non tantùm nomine, ſed etiam mandato ſoluit: breui enim manu cenſetur creditori ſuo ſoluiſſe, tum creditor ipſe ſuo etiam creditori. Et vnus hic caſus eſt ex iis, in quibus celeritate coniungendarum actionum vna occultatur, *leg. 3. §. ſed ſi debitorem infr. de donat. int. vir. & vxor. leg. ſingularia 15. ſupr. de reb. credit.* Ergo debitori debitoris qui ſoluit indebitum, condictio danda eſt, non contra procuratorem, qui indebitum accepit ab eo qui mandati formam ſecutus minus ſoluere non potuit, ſed contra delegãtem ipſum, non tam quia delegauerit, quàm quia delegando videatur ipſe ſolutionem accepiſſe. Itaque nihil hac parte fit contra regulam *dict. leg. his ſolis.* Nam quiſquis debitorem ſuum creditori ſuo delegat, ſicuti ſoluere ipſe creditori ſuo intelligitur *leg. quamuis 8. §. interdum infr. ad Senatuſconſult. Velleian.* ita & viciſſim à debitore ſuo ſolutionem accipere. Sed illud tamen mirum eſt, condictionem indebiti dari debitori delegato aduerſus delegantem ob ſolutum delegantis nomine, plus quàm ab ipſo deberetur. An non enim ſufficere delegato debet, quod ſit ipſe à creditore ſuo liberatus, cui totum illud debebat quod creditori delegantis ſoluit? Niſi dicamus, quod certè verum eſt, ex ſolutione poſt delegationem facta non poſſe liberationem ſoluenti contingere, niſi ad concurrentem vſque debiti vtrimque quantitatem, vt in tantum liberetur, in quantum liberat, non vltra. Atquin ſolutio in propoſita ſpecie non liberauit delegantem pro ea quantitate, quæ fuit procuratori indebita: ergo nec liberauit ſoluentem pro eadem ipſa quantitate, & conſequenter neceſſe eſt, vt ſolutio, quæ liberationem ſoluenti parere non potuit, eidem pepererit condictionem, ex regula *leg. 5. non ſortem 26. § ſi centum & §. ſi decem leg. ſi vrbana 55. ſupr. leg. qui hominem 34. §. vlt. infr. de ſolut.*

b *Qua non videbitur perempta ſi fruſtra cum procuratore lis fuerit inſtituta.* RAT. DVB. Quiſquis malè agit, & malè litem inſtituit, cauſa cadere debet, tametſi bonam cauſam foueat, quia imputare ſibi debet, cur non meliùs, & ex conſilio Iureconſulti litem inſtituerit, adeóque licèt plus tantùm petierit, ſiue re, ſiue tempore, ſiue loco, ſiue cauſa *§. ſi quis agens Inſtit. de action. leg. 1. Cod. de plur. petit.* Ob eámque nimirum cauſam iure ciuili comparatæ ſunt actiones præſcriptis verbis, & in factum ad euitandum periculum malæ electionis *leg. ſi gratuitam 16. & paſſ. infr. de præſcr. verb.* ſemel enim malè electa vna actione ad aliam tranſgredi non licet *leg. quod in herede 9. §. eligere infr. de tribut. act.* Ergo in propoſita ſpecie, ſi debitor debitoris à creditore ſuo delegatus, plus debito ſoluerit procuratori, eidémque creditori creditoris, & ex ea cauſa egerit condictione indebiti cum procuratore, qui ſolutionem accepit, non eſt ei permittendum, vt agat iterum contra delegantem, ſed omni auxilio deſtitutus imputare ſibi debet, malam ſuam electionem, & cur aduerſus procuratorem, quàm contra delegantem agere maluerit. DEC. Aliud eſt malè agere, aliud verò nihil agere *leg. vnic. in fin. ſupr. quando dies vſufr. legat. ced.* Malè agit qui actionem ſibi competentem, non ſatis ritè, aut minùs rectè, exercet, qualis ille eſt, qui quoquomodo plus petit *dict. §. ſi quis agens,* at nihil agit is, qui ſine actione agit, cùm id fieri iure non poſſit, *leg. ſi pupilli 6. §. vltim. ſupr. de negot. geſt. leg. quoties 9. §. & generaliter infr. de admin. tutor.* Agit autem ſine actione is, qui actione aliqua experitur, vel nullomodo competente, vel contra vnum quidem competente, ſed contra alium aduerſus quem non competebat, inſtituta. Quoties enim actio aliqua exercetur, non illud tantùm inſpiciendum eſt, quod ad perſonam actoris pertinet, an actionem aliquam habeat, ſed etiam ex parte rei qui conuenitur, an ille ſit qui ea ipſa actione conueniri poſſit. Alia quæſtio eſt de eo, qui cùm de eadem re plures actiones haberet, elegit minùs vtilem ſibi, & aliam prætermiſit, vt in *dict. §. eligere.* Hic enim variare & electionem mutare non poteſt, quia eam actionem quæ competebat, & vtilior futura erat, abiecisse videtur aliam minùs vtilem, ſed tamen competentem eligendo. Atqui in propoſita ſpecie condictio indebiti contra procuratorem qui indebitum accepit, non niſi fruſtrà exerceri potuit, quia contra eum nulla competebat, cùm nihil niſi ex forma delegationis debitor ſoluiſſet procuratori. Ergo non ob id adempta vel conſumpta videri debet condictio, quæ aduerſus delegantem competiit: non enim fruſtra exerceretur actio, ſi eum haberet huiuſmodi litis effectum, vt actionem competentem conſumeret, quæ tamen conſumeretur, ſi contra eum aduerſus

quem

quem competeret, exerceretur: conſumi tur enim actio, quæcunque exercetur, ſi competat *leg. habebat 13. infr. de inſtit. action. leg. ſi ſic ſtipulatus ſim 133. in fin. de verb. obligat.* Non igitur nocet electio facta fruſtra, ſed nocet tamen ea, quæ malè facta eſt, id eſt, contra eligentis vtilitatem, magis quàm contra iuris rationem. Sic in *leg. 2. §. data de option. legat.* & aliis legibus quas hîc multas adducit Accurſius, licet malè factam electionem ab ea quæ fruſtra facta ſit, non diſtinguat, in quo errat certè meo iudicio: nec enim Papiniani mos eſt, iſta confundere, ſed dictionem *fruſtra* accipere pro eo quod eſt *inutiliter leg. verbis 5. in princip. infr. ad leg. in falcidiam leg. verbis ciuilibus 7. de vulgari & pupillari ſubſt.* non pro eo quod eſt *malè*.

58. IDEM libro 9. Reſponſorum.

SEruo manumiſſo fideicommiſſum ita reliquit, ſi ad libertatem ex teſtamento peruenerit. is poſt acceptam ſine iudice pecuniam, ingenuus pronuntiatus eſt. indebiti fideicommiſſi repetitio erit.

*Ad l. Seruo manumiſſo 58.*

RAT. DVB. Condiciones impoſſibiles in legatis inſtitutionibus, & aliis vltimis voluntatibus habentur pro non adiectis, nec viciant vltimam voluntatem, ſed viciantur *leg. 1. de condic. inſtit. l. obtinuit 3. de condic. & demonſtr. §. impoſſibilis Inſtit. de hered. inſtitut.* quod in ſtipulationibus & diſpoſitionibus inter viuos ſecus eſt, *l. non ſolùm 31. de oblig. & action.* Atqui condicio illa omniuo impoſſibilis eſt, ſi ſeruus iam manumiſſus ad libertatem ex teſtamento peruenerit: nec enim is qui iam liber eſt, magis liber fieri poteſt. Ergo non eo minùs valere debet fideicōmiſſum 1 b huiuſmodi condicione relictum, ac proinde ſi ſolutum ſit, quaſi debitum etiam ſine iudice & ſpontanea ſolutione, condictioni locus eſſe non poteſt. Quis enim admittat fideicommiſſum debitum condici, cùm ea quoque fideicommiſſa quæ indebita ſunt, ſi tamen fidei explendæ gratia ſoluta ſint, minimè repetantur? *l. fideicommiſſum 62. infr. hoc tit. l. 3. C. de fideicommiſſ.* DEC. Ea demùm condicio impoſſibilis reiicitur, & pro non ſcripta habetur in vltimis voluntatibus, quam teſtator impoſſibilem eſſe ſciuit, non quam poſſibilem eſſe credid t. Plus enim plerunque eſt in opinione teſtatoris, quàm in veritate, vt in exemplo quod affert Accurſius ex *leg. quo loco 20. §. 1. infr. de hered. inſtit.* Voluntas enim teſtantis quæ in teſtamentis dominatur, & totum facit *leg. ſi mihi 12. in fin. de legat. 1.* nec meliùs nec aliter perſpici & explorari poteſt, quàm ex ipſius opinione *leg. vltim. de hered. inſtit. l. cùm mater 28. ſupr. de inoffic. teſtamento.* ſcilicet in iis quæ ex teſtatoris voluntate pendent, ſecus ſi ex iuris poteſtate, vt in exemplo quod affert Bartolus, ſi teſtator heredem aliquem inſtituerit ex re certa, & alium in ſolidum quem putabat viuere, cùm tamen eſſet iam mortuus. Non enim ob id minùs heres in ſolidum erit is qui ex certa re fuit inſtitutus, quia ius hereditatis neque in certa re conſiſtere, neque diuidi niſi per legem 12. tabul. poteſt, neque rurſus induci, vt quis in paganis decedat pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus *l. 1. §. ſi ex fundo infr. de hered. inſtit. leg. ius noſtrum 7. de regul. iuris iuncta leg. ſi miles vnum ex fundo 6 leg. ex militari 11. §. vltim. & leg. ſeq. infr. de teſtamento milit.* Atqui teſtator, de quo hîc Papinianus loquitur, cùm per alieni facti ignorantiam, & errorem probabilem ſeruum eſſe crederet eum, qui iam erat manumiſſus, putabat eſſe poſſibilem condicionem illam, ſub qua fideicommiſſum relinquebat, ſi fideicommiſſarius ex eo teſtamento ad libertatem perueniret, atque ita ſi libertus fieret non ſi ingenuus eſſet. Ergo ſi teſtatoris errorem ſecutus heres fideicommiſſum hoc ſoluerit, quaſi nacto ſeruo libertatem ex huiuſmodi teſtamento, repetitioni locus eſſe poterit, quaſi indebito ſoluto, quia quod ſua condicione eueniente futurum erat debitum, eâdem condicione deficiente fit neceſſariò indebitum, ſcilicet cùm condicio ſui natura poſſibilis eſt & talis quæ poſſit exiſtere, aut non exiſtere: qualis hæc eſt, de qua diſputamus: non enim eſt impoſſibilis, niſi per accidens, & ex ſuppoſitione, quia iam manumiſſus inuenitur, qui manumittendus ſperabatur. Nihil autem intereſt, an hîc fideicommiſſarius ingenuus pronunciatus ſit per ſententiam iudicis, quia fuerat iam manumiſſus, an ſi voles nullo etiam iure, cùm etiam ingenuum ſententia faciat, quia res iudicata pro veritate habetur, vt benè Accurſius notat ex *leg. ingenuum 25. ſupr. de ſtat. homin. leg. res iudicata 208. de regulis iuris leg. ſeruo 61. §. cùm Prætor ad Senatuſconſult. Trebellianum.* Quamuis nec quicquam prohibeat homini iam libero libertatem per fideicommiſſum vtiliter adſcribi, vt ſi is poſteà in ſeruitutē redactus proponatur, petere tamen poſſit libertatem, ſi modò mortis tempore vel condicionis exiſtentis inueniatur ſeruus, vt idem Accurſius noſter notat, ex *leg. generaliter 24. §. ſi homini libero 3. infr. de fideicommiſſ. libert.* Sed hoc ita, ſi eundem teſtatoris errorem ſupponamus, qui hominem hunc re vera liberum, ſeruum tamen eſſe putauerit: alioqui caſum hominis liberi, fortunámque aduerſam exſpectari, neque naturale, neque ciuile eſt *l. inter ſtipulantem 83. §. ſacram de verborum obligat.* Rectè autem Papinianus adiicit, *accepta ſine iudice pecunia*, quia ſi interueniente iudice, & ex authoritate iudicati ſoluta eſſet, de indebiti condictione tractari nihil poſſet *l. ſi fideiuſſor 29. §. in omnibus infrà mandat. l. 1. C. hoc tit.* Alia cauſa eſt fideicommiſſi, de quo in *dict. leg. fideicommiſſum 62. infr. eod.* quod etiamſi fuerit indebitum ſolutum, tamen non repetitur, ſcilicet cùm fidei explendæ gratia ſolutum eſt, vt illa lex habet.

59. Idem libro 1. Definitionum.

Si fideiuſſor iure liberatus, ſoluerit errore pecuniam: repetenti non oberit. ſi verò reus promittendi, per errorem, & ipſe poſtea pecuniam ſoluerit [a], non repetet: cùm prior ſolutio, quæ fuit irrita, nec naturale vinculum diſſoluit, nec ciuile, ſi reus promittendi tenebatur.

*Ad l. Si fideiuſſor 59.*

RAT. DVB. Quod à reo promittendi, & à fideiuſſore debetur, vnum & idem debitum eſt. Nec enim obligatur fideiuſſor, ſi ad aliud ſe obliget, quàm ad illud ipſum quod à principali reo debetur *l. gracè 8. §. ſi quis Stichum leg. ſi ita fideiuſſorem 42. infr. de fideiuſſ.* Ergo quamuis debitoris fideiuſſor iure liberatus ſit ex aliqua cauſa, quæ tamen debitorem ipſum principalem in obligatione retinuerit, ſi fideiuſſor per errorem ſoluerit, non eo magis permittendum ei eſt, vt repetat tanquam indebitum, cùm reus ipſe promittendi adhuc ſit obligatus. DEC. Vnum equidem, & idem debitum eſt, quod à reo & à fideiuſſore debetur, ſed tamen alia rei, alia fideiuſſoris obligatio eſt, vna principalis, alia acceſſoria: nec quicquam vetat liberari fideiuſſorem manẽte obligatione principalis debitoris, aut principalem debitorem manente obligatione fideiuſſoris, puta ſi alteruter per pactum nudum de non petendo liberatus ſit, non etiam per acceptilationem, quoniam obligationem vtramque acceptilatio extingueret, non etiam pactum de non petendo, præſertim quod eſſet perſonale *leg. ſi quis reum 5. infr. de liberat. legat. leg. niſi hoc actum 22. ſupr. de pact. l. & per iuſiurandum 13. §. ſi fideiuſſori infr. de acceptil. leg. cùm is 32. §. fideiuſſor ſupr. hoc tit.* Ergo quamuis liberato fideiuſſore maneat reus obligatus, facere id non poteſt, quominùs fideiuſſori qui per errorem ſoluit, danda ſit indebiti repetitio.

a *Si verò reus promittendi per errorem & ipſe poſteà pecuniam ſoluerit.* RAT. DVB. Vnica ſolutio totius debiti per fideiuſſorem facta ſufficit ad extinguendam, & debitoris principalis & fideiuſſoris obligationem *§. 1. Inſtit. quib. mod. tollit. obligat.* non enim quod alia debitoris, alia fideiuſſoris obligatio eſt, vt modò diximus, neceſſitatem inducit duplicis faciendæ ſolutionis, *leg. ſi fideiuſſor 29. in princip. & §. ſi cum debitor infr. mandat.* Ergo ſi fideiuſſor, quamuis iam liberatus ipſe ſoluerit, multo magis dicendum eſt, eam ſolutionem quæ proficere non poteſt ad liberandum fideiuſſorem, qui iam liberatus eſt, proficere ſaltem ad reum liberandum, quia non eſt difficilius, vt vna liberatio inducatur, quàm vt duplex. Proinde ſi reus promittendi per errorem & ipſe pecuniam ſoluerit, quam fideiuſſor iam ſoluerat, dicendum eſt poſſe illum repetere condictione indebiti, quippe quia duobus eandem quãtitatem debitam ſoluentibus, condictio ſemper ei danda eſt, qui poſterior ſoluit *leg. cùm duo 25. ſupr. leg. vlt. §. Titius infr. hoc tit.*

DEC. Solutio per fideiuſſorem facta, ita demum & fideiuſſorem ipſum ſoluentem, & reum quoque liberat, ſi fideiuſſor vel ſuo nomine ſoluerit, cùm vterque adhuc deberet, vel nomine debitoris, quia tunc liberato debitore, ipſe quoque fideiuſſor, cuius obligatio non niſi acceſſoria eſt, per conſequẽtias liberatur. Nam & idem contingeret, ſi dolo malo fideiuſſoris, puta hominem promiſſum occidentis, debitor liberatus eſſet, ſecundùm Iuliani ſententiam à Papiniano noſtro relatam in *leg. ſi fideiuſſor 19. ſupr. de dolo.* Quòd ſi fideiuſſor iam liberatus ſoluerit nomine debitoris, nec dubitandum eſt, quin eum liberet ipſo iure: ſed ſi ſoluat ſuo nomine, nec ſe liberat, cùm ſit iam liberatus, nec debitorem principalem, quia non eius nomine ſoluit, ſed ſuo, vt in *leg. indebitam 47. ſupr. hoc titul.* Habet ergo ipſe condictionem indebiti, vt modò diximus, quia ſolutio quæ ad nullam liberationem proficit, neceſſariò proficit ad condictionem *dict. leg. cùm is 32. §. fideiuſſor. ſupr.* Cui omnino conſequens eſt, vt quod reus per errorem, & ipſe poſtea ſoluit, non poſſit dici indebitum, nec proinde repeti per condictionem indebiti, quoniam vt eleganter Papinianus ait, prior ſolutio quæ fuit irrita, & quæ ideò fideiuſſori condictionem peperit, neque naturale vinculum diſſoluere potuit, neque ciuile quo reus promittendi tenebatur. Quod ergo dicimus ei qui poſterior ſoluit, dandam eſſe condictionem, tunc verum eſt cùm prior ſolutio peperit liberationem, & indebitum fecit, quod antea erat debitum: alioqui ſi prior ſolutio indebiti facta ſit, condictio exinde competet ſoluenti, atque ita impediet ne poſterior ſolutio quæ proficiet ad liberationem, proficiat ad nouam condictionẽ, ſi modò reus promittendi tenebatur aut naturaliter, aut ciuiliter, quomodo alterutrum eorum adeſſe neceſſe eſt, vt fideiuſſoria obligatio potuerit accedere *leg. 1. leg. 6. §. vltim. & ſequent. leg. fideiuſſor 16. §. fideiuſſor infr. de fideiuſſ.*

60. PAVLVS libro 3. Quæſtionum.

Iulianus, verum debitorem poſt litem conteſtatam, manente adhuc iudicio, negabat ſoluentem repetere poſſe: quia nec abſolutus [a]: nec condemnatus repetere poſſet. licet enim abſolutus ſit, natura tamen debitor permanet. ſimilémque eſſe ei dicit [b], qui ita promiſit, *ſiue nauis ex Aſia venerit, ſiue non venerit:* quia ex vna cauſa alterius ſolutionis origo proficiſcitur. Vbi autem quis,

quod

quod purè debet, ſub condicione nouandi animo promiſit: plerique putant pendente nouatione ſolutum repeti poſſe: quia, ex qua obligatione ſoluat, adhuc incertum ſit. idémque eſſe, ac ſi diuerſas perſonas ponas eandem pecuniam purè, & ſub condicione, nouandi animo promiſiſſe. ſed hoc diſſimile eſt in ſtipulatione enim pura, & condicionali, eundem debiturum certum eſt.

*Ad l. Iulianus 60.*

RAT. DVB. Iudiciorum exitus ſemper dubius & incertus eſt *l. quod debetur 51. infr. de pecul.* Vnde & aleam iudiciorum paſſim dicimus, quia fieri poteſt, vt caſu obtineat ille qui alioquin ſuccumbere deberet *l. poſthumus 6. §. 1.* in illis verbis *& caſu obtinuerit, ſup. de inoff. teſtam.* aut per imperitiam, aut per ſordes, aut per gratiam aliamve iniuriam iudicis *l. 3. §. 1. infr. de pign. act. l. ſi per imprudentiam 51. infr. de euict. l. ſeruo 65. §. cùm prætor ad SC. Treb. l. exceptione 67. de fideiuſſ.* Atqui vt condictio indebiti competat, ſufficit incertum eſſe, an id quod ſoluitur debeatur: nec ſatis eſt, vt poſſit aliquo caſu deberi ſi non omnino certum ſit, aut iam deberi, aut ſaltem debitum iri *l. ſufficit 56.* vbi diximus *ſupr.* Ergo ſi debitor poſt litem conteſtatam manente iudicio ſoluat, quamuis verus debitor ſit, poteſt repetere quia fieri poteſt vt abſoluatur, & pronuncietur nihil eum debere, quo caſu res iudicata pro veritate haberetur *l. res iudicata 208. de regul. iur.*

DEC. Non poteſt dici incertum quod ex nullo euentu inducitur, vt Bartolus hîc loquitur, & vt idẽ addit, nõ poteſt quis eſſe melioris cõdicionis in caſu dubij, quàm in caſu certi. Atqui euentus iudicij non alius eſſe poteſt, quam vt debitor vel condemnetur, vel abſoluatur *l. 1. & 2. inf. de re iud.* Porrò ſiue condemnatus ſolueret, non repeteret *l. ſi fideiuſſor 29. §. in omnibus infr. mandat. l. ſeruo 58. ſupr. hoc tit. l. 1. C. eod.* ſiue abſolutus eſſet, adhuc tamen non poſſet repetere, quia naturaliter obligatus remaneret: nec enim ſententia abſolutoria tolleret naturalem veri debitoris obligationem, vt ſequitur in textu. Ergo etiamſi pendente iudicio ſoluat, quamuis exinde neque cõdemnatio neque abſolutio ſequi vlla poſſit, niſi eo ſenſu, quo dicimus iudicia omnia eſſe abſolutoria, poſtquam reus actori ſatisfecit *§. vlt. Inſtit. de perpet. & tempor. act.* Dicendum tamen eſt repetere nihil eum poſſe.

a *Quia nec abſolutus.* RAT. DVB. Res iudicata pro veritate habetur propter rerũ iudicatarum authoritatem *l. ingenuum 25. ſupr. de ſtat. homin. d. l. res iudicata 208. de reg. iur. d. l. ſeruo 65. §. cùm prætor infr. ad SC. Trebell.* Atquin is qui tanquam debitor à creditore conuentus eſt, non poteſt abſolui, quin debitor non eſſe pronuncietur. Ergo ſi abſolutus ſit, quamuis verus debitor fuerit, perinde tamen habendus eſt, ac ſi verum eſſet nihil eum debere, & conſequenter ſi ſoluat, poteſt repetere condictione indebiti. Quis enim eſt qui ſe veriùs non debitorem poſſit dicere, quam de quo pronunciatum eſt, nihil eum debere? Nam nec negari poteſt, quin is qui abſolutus eſt, tutus ſit exceptione rei iudicatæ quę & perpetua, & fauorabilis eſt, vt nemo neſcit. Quiſquis porrò eiuſmodi exceptione tutus eſt, ſi ſoluat, repetit *l. qui exceptionem 40 ſupr.* Ergo & hic repetere poteſt, qui abſolutus ſoluit, ac proinde multo magis ſi pendẽte iudicio, ex quo ſcilicet fieri poterat, vt abſolutio ſequeretur, quod ſufficit ad inducendam condictionem indebiti *d. l. ſufficit 56. ſupr.*

DEC. Rerum iudicatarum authoritas tota eſt ex iure ciuili, & ex mera ratione iuris ciuilis, vt aliquis litium finis eſſe poſſit, ad retinendam inter ciues concordiam qua ſola reipublicæ ſalus continetur *l. 2. & paſſ. C. de re iudic. l. fratris 10. & paſſ. C. de tranſact. l. in ſumma 65. §. 1. inf. hoc tit. l. ſingulis 6. de except. rei iudic.* intereſt namque illius etiam cui per ſententiam iudicis fit iniuria, vt quam citiſſimè lis expediatur *l. 1. C. de admin. tutor.* Nec habet ea res quicquam cõmune cum ratione & æquitate naturali, præſertim ſi iniuſta & iniqua ſententia proponatur, qualem neceſſe eſt eam eſſe per quam verus debitor abſoluitur, quem ex contrario condemnari oporteret omni iure & naturali & gentium & ciuili *l. cùm amplius 84. §. is natura debet de reg. iur. l. iudex 28. ſupr.* Et verò ſolemnitates omnes ſunt iuris ciuilis, nullæ penitus iuris naturalis aut gentium, ſine quibus, tamen nec ad iudicem, nec ad ſententiã perueniri poteſt. Cùm ergo exceptio rei iudicatæ nulla æquitate naturali nitatur, ſed ciuili tantùm, apparet non eſſe illam ex earum numero, quæ aut naturalem obligationem poſſint tollere, quæ ex ſolo naturalis æquitatis vinculo æſtimatur *l. Stichum aut Pamphilum 95. § naturalis infr. de ſolut.* aut indebiti condictionem inducere, ſecundum ea quæ ſcripſimus ad *d. l. qui exceptionem.* Quod à noſtris interpretibus non benè intellectum fecit, vt iuris huius rationem ex eo petierint quod exceptio reij iudicatæ inducta ſit ad rigorem iuris conſeruandum, itémque exceptio quam vocant litis pendentiæ, quod eſt ridiculum, ſicut, & quod Bartolus hîc tentat, ex ſententia iudicis naſci obligationem naturalem ob id quòd æquitas iuris gentium illa ſit, vt maioribus parere debeamus, quaſi verò quiſquis iudici parêre obligatus eſt, hoc ipſo naturaliter, aut iure gentium obligetur ei, cui fuit per iniuſtam ſententiam condemnatus, aut à naturali obligatione liberetur, ob id ſolũ quòd per iniquam ſententiam fuerit abſolutus. Contra quã diſertè in hac lege ſcriptum eſt iis verbis, *Licèt enim abſolutus ſit, natura tamen debitor permanet.* Ex qua etiam ratione apparet, quam falſum ſit, quod idem Bartolus errore perpetuo defendit, id quod naturaliter tantùm fuit debitum, quocumque facti errore ſolutum ſit, poſſe repeti: addens in ſpecie huius legis aliud eſſe, ideò quia naturalis obligatio comitẽ habuerat ciuilem, propter quam tum etiam cum ciuilis obligatio per ſententiam eliſa eſt, naturalis tamẽ quæ ſupereſt, potentior eſſe debeat ad impediendã repetitionem: quod æquè commentitium eſt. verus enim debitor ille quoque eſt, cùm de retẽtione ſola quæritur, qui naturaliter tantùm debet dici *§. is natura debet & l. quod enim 7. infr. de fideiuſſ.* Et in huius ipſius legis ſpecie fieri poteſt, vt verus debitor ſit abſolutus, ideò quia naturali tantùm obligatione tenebatur, non etiam ciuili, ex qua ſequi poſſet cõdemnatio. Nec illud quoq; probare poſſum, quod Bartolus tot diſtinctionibus & ſubdiſtinctionibus onerat huius legis interpretationem, vt difficilem faciat, qua vix facilior alia vlla in hoc titulo eſt præſertim cùm diſtinguit poſt Accurſium, an ideò ab-

ſolutus ſit verus debitor, quòd probatum non fuerit eum debere (quod in dubio præſumendum eſſe ait, tum quoque cùm debitor abſolutus eſt ſimpliciter) an quia ſit probatum, nihil eum debere: quaſi priore caſu non eo minus competere poſſit condictio ſoluti, niſi nouæ ac meliores debiti probationes adferantur: poſteriore verò, tantùm ſententia ius faciat, & pro veritate habenda ſit. Nam cùm lex ponat verum debitorem abſolutum eſſe, qui naturaliter fuerat obligatus, quis nō videt quæſtioni locum eſſe nullum poſſe, niſi probato debito? Petenda igitur tota huius legis ratio ex eo eſt, vt diximus, quod res iudicata, præſertim iniquè & cōtra regulas iuris naturalis nihil commune habeat cum obligatione & æquitate naturali, neque ad naturalem illam obligationem tollendam, neque ad inducendam repetitionem, quæ ſemper impeditur quoties aliqua ſubeſt naturalis obligatio, ſiue aliam ciuilem obligationem ab initio comitem aliquam habuerit ſiue nullam *l. 3. §. vlt. ſupr. quod quiſq. iur. d. l. quod enim 7. infr. de fideiuſſ. l. naturales 10. de oblig. & act. l. cùm illud 25. §. heres quand. dies legat. ced. l. frater 38. l. ſi id quod 64. & paſſ. hoc tit.*

b *Similémque eſſe ei dicit.* Senſus eſt eum qui tanquam debitor conuentus ſoluit, pendente iudicio non poſſe repetere, ſi verus debitor fuit, quia in omnem iudicij euentum, id eſt, ſiue abſolui eum continget, ſiue condemnari non ſit repetiturus, quemadmodum, inquit Paulus ex Iuliano, ſi quis ita promiſerit, *ſiue nauis ex Aſia venerit ſiue non venerit.* Nam cùm & hoc caſu alterutrum accidere neceſſe ſit, vt vel nauis ex Aſia veniat vel non veniat (ſunt enim iſta cōtradictoria inter quę medium nullum eſt) cōſequens etiam eſt, vt ſi debitor ſoluerit pēdente eo, an nauis ventura ſit nécne, numquam poſſit repetere, quia in omnem euentum qui poteſt contingere, certũ eſt, fore vt debeatur: perinde ac ſi promiſſum eſſet ſub cōdicione omnimodò extitura *l. quod ſi ſub condicione 18. ſupr. l. ſi pupillus 9. §. qui ſub condicione inf. de nouat.* Etſi enim duæ videntur hîc eſſe condiciones, quarùm vtraque ſeparatim ſumpta poteſt exiſtere, & non exiſtere, cùm tamen ſint inter ſe cōtradictoriæ, ſic haberi debent, ac ſi vna tantùm eſſet condicio, duas habens partes, vt & in *leg. hac ſcriptura 26. inf. de condict. & demonſtr.* Quarum partium cùm alterutram euenire neceſſe ſit, illud etiam dici poteſt, quod ita promiſſum eſt, ſub condicione omnimodo exſtatura promiſſum intelligi debere, id eſt, purè *d. l. ſi pupillus 9. §. qui ſub condicione infr. de nouat.* ideóq; nec ſolutum repeti poſſe, *quia*, vt Paulus ſubiicit, *ex vna cauſa alterutrius* (ſic enim legendum eſt, non vt vulgo *alterius*) id eſt, *ex alterutra cauſa, ſolutionis origo proficiſcitur.*

c *Vbi autem quis quòd purè debet.* Hic quoque verſiculus malè ab Interpretibus acceptus eſt. Sic enim exiſtimant poſt Ioannem, Azonem, Accurſium, & Bartolum, vt benè ſenſerint illi quos Paulus refert putaſſe, ſi quis id quod purè debet ſub condicione nouandi animo promiſerit, & pendente nouatione ſoluerit, poſſe illum repetere, quod tamen non ita eſt. Nam imò verò dicendum eſt, non poſſe illũ repetere, vt Paulus in fine legis concludit. Ratio qua mouebantur, & quę apud nos & apud Paulum dubitandi cauſa eſt, adfertur à Paulo iis verbis, *quia ex qua obligatione ſoluat adhuc incertum ſit,* id eſt, an ex obligatione pura, quæ non niſi ſub condicione nouata ſit, an ex condicionali nouante, cùm nondum condicio extiterit. Certum enim eſt, cùm id quod purè debetur, nouandi animo ſub condicione promittitur, non fieri nouationem, nec proinde puram obligationem perimi, niſi exiſtente demum ſecundæ ſtipulationis condicione *l. quoties 14. iunct. l. ſi Stichum 8. §. 1. infr. de nouat. & delegat.* Atqui an extitura ſit cōdicio incertum eſt: ponimus enim promiſſum eſſe nouandi animo ſub condicione, quę vera condicio ſit, nō quæ omnimodo extitura, quæ nec pro condicione habenda eſt, vt modò diximus ex *leg. ſi pupillus 9. §. qui ſub condicione eod. tit.* Ergo nec certum eſſe poteſt, ex qua cauſa ſoluerit, an ea priore & pura ſtipulatione, an ex poſteriore, eáque condicionali: & conſequenter dicendum eſt condictioni locum eſſe poſſe *ex regula l. ſufficit 56. ſupr.* Atque ita veteres illi prudentes parum prudenter ratiocinabantur, ac præterea vtebantur argumento à ſimili, vt putabant, ſi diuerſas perſonas ponamus eandem pecuniam purè, & ſub cōdicione promiſiſſe, id eſt, Titium purè, Sempronium verò ſub condicione animo nouandi. In qua ſpecie nemo dubitat, ne Paulus quidem, quin ſiue Titius, ſiue Sempronius, pendente condicione ſoluerit, poſſit condicere, quia ſcilicet neſcitur adhuc quis debiturus ſit, an Titius, an Sempronius. Si enim exiſtet condicio, Sēpronius debebit, non Titius, ſin deficiet, debebit Titius, non Sempronius. Sed pro nobis & pro Paulo decidendi ratio eſt, quam idem Paulus in fine legis adfert iis verbis, *Sed hoc diſſimile eſt. In ſtipulatione enim pura & condicionali eundem debiturum certum eſt.* Quibus verbis conuellit & rationem contrà ſentientium, & argumentum illud à ſimili quo nitebātur. Etſi enim verum eſt, quod illi dicebant, quādiu nouationis condicio pendet, incertum eſſe ex qua cauſa ſolutio facta ſit, an ex obligatione pura, an ex condicionali, illud tamen certum eſt, ab eo factam eſſe qui omnimodo debiturus ipſe eſt, ſiue nouationis condicio exiſtet ſiue deficiet. Porrò quiſquis id ſoluit, quod in omnem euentum debiturus eſt, numquam poteſt condicere, vt ad initium huius legis diximus. Ergo condictioni locus eſſe hoc caſu non poteſt: longéque alia ſpecies eſt, & diſſimilis quam iſti pro ſimili habebant. Cùm enim diuerſæ perſonæ ſunt, quarum vna purè promiſerit, altera ſub condicione, neſciri poteſt quandiu pendet cōdicio, quiſnam ex promiſſoribus debiturus ſit, an Titius qui purè promiſit, an Sempronius qui nouādi animo ſub condicione, ideóque vterlibet eorum ſoluerit repetere poterit. Parum enim eſt quod hoc quoque caſu certum ſit, omnimodo debitum iri, ſiue ex prima ſiue ex ſecunda ſtipulatione, ſi non etiam illud certum ſit, omnimodo debitum iri ab eo ipſo qui ſoluit. Et ita lex hæc tota intelligenda eſt, quod & à nobis iam ſatis ſupérque diſputatum & probatum eſt *lib. 4. Coniect. c. vlt.* Itaque in refutandis Accurſij & Bartoli ad hunc locum commentariis non erimus lōgiores, ſicut nec in proſequendis cæteris, quæ hîc tractat Bartolus de effectu ſententiarum & rerum iudicatarum, qui non eſt proprius loci huius tractatus, nec nos Rationalia ſcribimus ad Bartolum, ſed in Pandectas.

61. S C AE-

61. Scævola lib. 5. Reſponſorum.

TVtores pupilli quibuſdam creditoribus patris ex patrimonio paterno ſoluerunt: ſed poſtea, non ſufficientibus bonis, pupillum abſtinuerunt. quæritur, an quod amplius creditoribus per tutores pupilli ſolutū eſt, vel totum, quod acceperunt, reſtituere debeant? reſpondi, ſi nihil dolo tutoris factum eſſet, tutori quidem, vel pupillo non deberi, creditoribus autem aliis in id, quod amplius ſui debiti ſolutum eſt, teneri.

*Ad l. Tutores 61.*

RAT. DVB. Repetitio nulla eſt ab eo qui ſuum recepit, licèt alius ſoluerit, quam qui debuit *l. repetitio 44. ſupr.* Multo minus ab eo qui ſuum recepit, cùm ille ipſe ſoluit, qui debuit. Atqui cùm tutores pupilli qui patri ſuo ſuus heres extitit, ſoluerunt ex patrimonio paterno paternis creditorib. vtrumque verum eſt, & eos debuiſſe, qui ſoluerunt, & eos accepiſſe quibus ſolui debuit. Tenentur enim ſui heredes non minus quàm extranei, vt ſatisfaciant paternis creditoribus: nec quòd abſtinendi beneficiū habent à prætore, facit eorū condicionem hac parte meliorem, nā priuſquā ſe abſtineant, non eo minus ſtatim heredes ſunt ex teſtamēto, aut ab inteſtato *l. 1. §. qui ſunt in poteſtate infr. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* id eſt, prius etiam quàm ſe immiſcuerint *leg. in ſuis 11. de liber. & poſthum. l. in ſuis 14. de ſuis & legit.* Poſtquam verò ſe abſtinuerunt, adhuc verum eſt, non eſſe ſine herede patrem, qui ſuum heredem habet, quamuis ſe abſtinentem *l. cùm quaſi 30. § ſed etſi ſuus infr. de fideic. libert.* ideóque remanēt ſui heredes obligati creditoribus hereditariis poſt abſtentionem, perinde atque antea, quamuis non patiatur prætor eos agere vel conueniri, quia quod ad prætorem attinet, non habentur heredum loco *l. neceſſariis 57. de acquir hered. l. ſi filius 12 ſupr. de interrog. in iur. faciend.* in iis ſcilicet quæ ad ipſorum commodum vel incommodum ſpectant, non quod ad cætera *leg. ita tamen 27. §. ſi pater filium infr. ad SC. Treb. l. paterfamilias 28. de reb. author. iudic. poſſid. aliàs l. 13. de priuileg. credit.* Ergo quod creditoribus paternis ſolutum eſt à tutoribus pupilli, qui patri ſuus heres extitit, condici condictione indebiti nullomodo poteſt, neque per pupillum, cuius nomine ſolutum eſt, neque per tutores qui ſoluerunt, multo minus per cæteros creditores, qui nihil ſoluerunt, & cum quibus nullum negotium geſtum eſt, quique licèt veri creditores & ipſi ſint, non poſſunt tamen facere, vt quod aliis æquè veris creditoribus ſolutum eſt, indebitum dici poſſit, cùm imputare ſibi potius debeant, cur non fuerint diligentiores in ſuo perſequendo, nec inuidere debeant cæteris quibus ſatisfactum eſt, quòd ſibi vigilauerint: quandoquidem iura vigilantibus ſcripta ſunt nō negligentib. *l. non enim 16. ſup. ex quib. cauſ. maior. l. pupillus 24. ſupr. quæ in fraud. credit.* vbi idē Scæuola noſter, cuius hæc lex eſt in hac ipſa propoſita quæſtione, an per gratificationem tutorum creditores ſolutionem acceperint, an non, vt ſi per gratificationem reuocetur id, quod ſolutum eſt ad eādem quantitatem & portionem quam cæteri creditores laturi fuerint pro rata: ſi verò iuſtè exegerint, cæteri autem creditores neglexerint exactionem, & interea res facta ſit deterior, vel mortalitate, vel ſubductis rebus mobilibus vel rebus ſoli ad irritum perductis, id quod acceperint diligentiores creditores reuocari nullo pacto poſſit: quoniam alij creditores ſuæ negligentiæ expenſum damnum ferre debeant. Quod ſi cùm in eo eſſent bona pupilli, vt vænire deberent, ſoluta mihi ſit pecunia, iterum diſtinguit ibidem Scæuola, an oblata mihi ſit à debitore pecunia, an verò extorſerim illam inuito, vt ſi extorſerim inuito, reuocetur, ſi non extorſerim, nō reuocetur. Concludit tamen nullo caſu ex his duobus, reuocari debere id quod percepi, quia licuit mihi vigilare & condicionem meam facere meliorem, cùm ius ciuile vigilantibus ſcriptum ſit non dormientibus, quod & ex Iuliano Vlpianus ſcribit in *leg. quod autem 6. §. ſciendum eod. tit.* Niſi quod ibi alia diſtinctio adhibetur, an debitam ſibi pecuniam creditor acceperit, antequam bona debitoris poſſiderētur à creditoribus, an verò poſt bona poſſeſſa, vt priore caſu qui ſuum recepit, non timeat reuocationem ex illo edicto fraudatorio, quia ſibi vigilauerit, poſteriore verò in portionem vocandus ſit, & exæquandus cæteris creditoribus: neque enim debuit præripere cæteris, inquit, poſt bona poſſeſſa, cùm iam par condicio creditorum omnium facta eſſet *leg. cùm vnus 12. de reb. author. iudic. poſſid.* Et hanc Iuliani diſtinctionem Paulus quoque inſinuare videtur & probare in *leg. ſi non expedierit 6. §. 1. eod. tit.* vbi poſtquam dixit, ſi pupillus antequam abſtineret aliquid geſſerit, ſeruandum id eſſe, vtique ſi bona fide geſſit: ſed ſi quibuſdam creditoribus ſoluerit, deinde bona venierint, & quæratur an repetitio ſit, ex cauſa id ſtatuendum eſſe, ne alterius aut negligentia aut cupiditas ei noceat, qui diligens fuit: Quòd ſi vtroque inſtante tibi gratificatus tutor ſoluit, aut prius eandem portionem mihi quæri, aut communicandum quod accepiſti, nempe ſi ex paternis bonis ſolutum ſit, quod & Scæuola in hac lege ponit. Sed ſi aliunde pupillus ſoluerit, & quæratur an reddi ei debeat néc ne, & vtrum à creditore, an ex hereditate, alia quæſtio eſt. In qua idem Scæuola noſter ait, ſi aliquid ſit in bonis, deducendum ex hereditate ſolidum, exemplo eius qui negotia geſſit, ſed ſi nihil ſit in bonis, non eſſe iniquum dari pupillo repetitionem aduerſus creditorem quaſi indebiti ſoluti. Ergo non poteſt verum eſſe, quod in hac lege generaliter, & indiſtinctè Scæuola reſpondit, neque pupillo neque tutori quicquam deberi, ſed creditoribus aliis eum teneri qui accepit quod amplius quam oportuit, ei debiti ſui nomine ſolutum eſt.

DEC. Pupillus qui tutore authore ſe abſtinuit patris hereditate etiam poſt immixtionem eodē tutore authore factā (quod facere ſuo iure poteſt, non adito prætore nec petita vlla in integrum reſtitutione *l. impuberib. 11. d. l. neceſſariis 57. de acq. hered. l. penul. de author. tutor. l. ex contractu 44. infr. de re iudic.* in quo euidenter errauit Bartolus ad hanc legem & ad *d. l. impuberib.* putans reſtitutionem in integrū hoc caſu eſſe pupillo neceſſariam) eum nō niſi nudo nomine heres maneat *l. etiamſi 6. §. ſi filius de bon. libert. l. 2. §. ſed etſi ſint ad SC. Tertyll.* perinde haberi debet, ac ſi neq. dominiū, neq. adminiſtrationem bonorū paternorum vnquam habuiſſet. Nam quemadmodū

is bonis patris ſe immiſcere dicitur, qui remoto familiæ vinculo pro herede gerere videretur *l. cum bonis 86. de acquir. hered.* ita & quod facit repudiatio in extraneo, facit abſtentio in ſuo herede, niſi quod repudiari hereditas quæ ſemel fuit adita, non poteſt *l. ſicut 5. C. de repud. vel abſtin. hered.* abſtinere autem poteſt ſuus heres etiam qui ſe immiſcuit, vt modò diximus. Atqui ſi pupillus hic ante factam creditoribus ſolutionem ſe abſtinuiſſet, nullum ius habuiſſet ſoluendi creditoribus hereditariis, & transferendi in eos dominij pecuniarum, aliarū-ve rerum iis ſolutarum, quia ſtatim atque pupillus aliúſve ſuus heres quilibet ſe abſtinuit, bona ſub creditoribus fiunt, eáque ſubinde à creditoribus poſſideri tandémque venire neceſſe eſt, nec eorum condicionem deteriorem exinde facere is qui ſe abſtinuit, poteſt, & abſtentio quandocunque facta retrotrahitur ad tempus mortis patris, ne alioqui videatur filius pro parte temporis & nomine & effectu heres fuiſſe patris, pro alia verò parte temporis non fuiſſe. Quod in filio perinde abſurdum eſſet atque in extraneo, vt pro parte temporis heres fuiſſe & pro parte non fuiſſe videretur, niſi militis heres proponeretur *l. miles ita 4. de teſtam milit.* Ergo ſi tutores pupilli quibuſdam ex creditoribus paternis ſolidum ſoluerint, indeque fiat, vt non ſuperſit, vnde aliis omnibus æquè in ſolidum ſatisfieri poſſit, conſequens omnino eſt, vt competat repetitio ſoluti, tanquam indebiti non quidem pupillo ipſi, aut tutoribus (non quia debitores aliquando fuerint, cùm poteſtas abſtentionis tollit intellectum immixtionis *arg. leg. ſi patroni 55 §. vlt. infr. ad SC. Trebell.* ſed quia nihil ipſorum intereſt, cùm ſoluerint ex bonis paternis in quibus nihil amplius iuris habent propter abſtentionem) ſed creditoribus qui alioquin morarentur in damno, ſi non ipſis per eam repetitionem conſuleretur. Nec quod negotium cum iis geſtum nullum ſit ad rem facit, cùm ex neceſſitate iuris, & ex ordine rei geſtæ negotium cœperit ad eos pertinere, quo caſu non eſt nouum, vt quod vnus ſoluit alius repetat, *leg. nec nouum eſt 5. ſupr. hoc tit.* is ſcilicet ex cuius alioquin iactura is qui indebitum accepit locupletaretur: ſic in *leg. pen. C. de non numer. pecun.* Atqui ponimus, inquies, ſolutum fuiſſe creditorib. non dolo malo, id eſt, per gratificationē, ſed bona fide, & creditorib. ſibi vigilātib. quicquid autē bona fide ante abſtentionem à pupillo, aut ipſius nomine à tutoribus geſtum eſt, id omnimodo ſeruari & ratum haberi debet *d. l. ſi non expedierit § 1. d. l. pupillus & l. quotiens 44. infr. de acq. hered.* Nihil ergò creditorib. quibus bona fide ſolutum eſt, per alios auocari debet. Sed reſpondendum eſt, cæteris omnibus parib. parem quoque creditorum omnium cauſam eſſe debere, cum par & æquale ius habeant in bonis communis debitoris, neque gratificationi tutorum locū vllum ſupereſſe, ſi omnes æquè fuerint diligentes, aut ſi bona iam poſſeſſa fuerunt: cæterùm ſi qua negligentia iis quibus ſolutum nihil eſt, imputari poſſit, non eſſe permittendum, vt diligentioribus quicquam noceatur, *l. ſi mulier 31. ſupr. de minor.* Et ita leges legibus cōcordare promptum eſt, inquit, *l. vnic. C. de inoff. dotib.* ſi leges quæ non diſtinguunt per alias, quæ diſtinctionem adhibent, intelligantur. Quamquam neque lex hęc adeò indiſtinctè loquitur. Primùm enim diſtinguit Scæuola, an ex patrimonio paterno tutores ſoluerint, an ex aliis pupilli bonis, vt & in *d. l. ſi non expedierit § 1.* deinde an dolo malo tutorum aliquid factum ſit, id eſt, per gratificationem, quæ vix poteſt eſſe ſine dolo, cùm creditores omnes æquè inſtant, an ſine dolo malo & bona fide, quo caſu ſi forte creditores quibus ſolutum eſt, per gratificationem tutorum ſoluendo non ſint, placet in eos ſubſidiariam de dolo actionem dari *leg. ideóque 5. & ſequent. ſuprà de dolo.* Illa certè diſtinctio neceſſaria fuit, quam tamen Scæuola noſter non attingit, an bona à creditoribus poſſeſſa ſint, néc ne: quia vbi poſſeſſa ſunt, par & æqualis omniū cauſa eſt, quæ diſpar & deterior fieri arbitrio pupilli aut tutorum non poteſt *d. l. quod autem 6. §. ſciendum quæ in fraud. credit.* Illud denique obſeruandum eſt, legem hanc & ſupradictas omnes, quæ ad huius legis ſpeciem pertinent, ad chirographarios tantùm creditores pertinere, qui parem crediti cauſam habeant nō ad hypothecarios, quorum priuilegia non vt illorum æſtimantur ex cauſa *l. priuilegia 32. de reb. auth. iud. poſſid.* ſed ex tempore *l. 4. & paſſ. C. qui potior in pignor. hab.* Simile quiddam eſt in *l. vlt. §. ſi verò creditores C. de iur. delib.*

61. MARCIANVS libro 4. Fideicommiſſorum.

## Fideicommiſſum in ſtipulatione deductum, tametſi non debitum fuiſſet, quia tamen à ſciente fidei explendæ cauſa promiſſum eſſet, debetur.

*Ad l. Fideicommiſſum 61.*

RAT. DVB. Ex teſtamento quod vel ab initio nullum fuit, vel ex poſtfacto ruptum eſt ipſo iure, puta agnatione poſthumi præteriti, neque fideicommiſſum, neque legatum, neq; aliud quicquam deberi poteſt, niſi quæ in teſtamento relicta ſunt, repetita ſint à venientibus ab inteſtato *l. generaliter 24. §. ex teſtamento infr. de fidei. libert. l. 1. Cod. eod. l. ex ea ſcriptura 29. infr. qui teſtam. facer. poſſ.* Nec diſtinguenda eſt hac parte naturalis obligatio à ciuili, nam cùm teſtamentorum ius non ratione aliqua naturali inductum ſit, ſed merè ciuili contra naturalem potiùs rationem, quæ non patitur, vt quis de rebus ſuis diſponat in id tempus, quo non erit dominus, (quomodo diſponit quiſquis teſtamentum facit *l. 1. eod.* ideóque meritò placuit, non niſi certis ſolemnitatibus adhibitis fieri poſſe teſtamentum, vt legis vim & poteſtatem habere poſſit) fieri certè non poteſt, vt obligatio aliqua naturalis ex teſtamento naſcatur, quæ obliget heredem, vt ex teſtamento nullo vel rupto quicquam præſtet. Nam & cùm teſtamentum valet, non tamē alia quàm ciuili ratione teneri heres poteſt, vt legata & fideicommiſſa etiam debita præſtet, ſiue dicas ideo illum teneri, quòd vna eadémque cum defuncto perſona eſſe cenſeatur, *Nouell. 48. de iur. iur.* ſiue totum hoc ius referas vt referendum certè eſt, ad legem illam duodecim tabularum, *Paterfamilias vti ſuæ rei legaſſit ita ius eſto l. verbis legis 120. de verb. ſignific. l. vlt. C. de heredit. action.* Ergo ſi fideicommiſſum, quod in teſtamento nullo, aut rupto inutiliter relictum fuerat, in ſtipulationem deductum ſit, & ſolutum poterit cōdici tanquam indebitum, multóque magis ſi promiſſum duntaxat fuerit, condicetur liberatio condictione incerti *l. 2. §. 1. & l. 3.* vbi diximus *ſupr.* Nec quod ab herede ſciente fideicommiſſum non valere, & explendæ fidei gratia, ſtipulatio interpoſita & ſolutio facta ſit, iuris cauſam mutare poteſt, &

facere

facere fideicommiſſum debitum, quod re vera eſt indebitum. Dec. Fideicommiſſa licèt in teſtamentis perinde ac legata relinquantur, in ea tamen habent cauſam & rationem iuris ſeparatam, quod quemadmodum ab initio non tam iuris vinculo aliquo quam heredum pudore ac rubore, ſi fidem fallerent continebantur, vt Iuſtinianus ſcribit in *tit. de fideic. heredit.* ita nec hodie legis vim obtinent, quãuis ex neceſſitate iuris præſtentur, neque ex mera, vt olim heredum fide pendeant, quia ſcilicet legis eſt imperare, non rogare *l. legis virtus 7. ſupr. de legib.* fideicommiſſa verò ſunt ea quæ verbis precariis & obliquis, nõ quæ directis & imperatiuis relinquuntur, vt Vlpianus diffinit in *Inſtit. tit. de legat.* Porrò vnaquæque res facilè redit ad primam ſuam naturam *leg. ſi vnius 27. §. pactus ne peteret in fin. ſupr. de pact.* Nec quod fideicommiſſa iam inde à temporibus Auguſti iuris vinculum aliquod habere cœperũt, ius eorum imminuit, vt hodie minus quàm olim ex fide ac rubore heredum pendeant, ſed auxit potius, vt nec ſi velit heres ſolutionem eorum recuſare poſſit, ſi modò in teſtamento ſolemni relicta ſint: quo caſu capiuntur ad exemplum legatorum, præſertim poſt Iuſtiniani conſtitutiones in *l. 1. & 2. C. commun. de legat.* Sed ſi in teſtamento minus ſolemni vel rupto, aut irrito facto relicta proponantur, nihil vetat meliorem eorum eſſe hodie condicionẽ quam legatorum hactenus ſaltẽ, vt quamuis ſint indebita, quantum ad hoc ne peti poſſint, perinde tamen & promitti & ſolui poſſint explendæ fidei gratia, atq; ſi etiamnum infirma manerent, nec vllo iuris vinculo continerentur. Eſt igitur hæc lex reſtingẽda ad fideicõmiſſa, nec extendenda ad legata quæ nõ explendæ fidei cauſa, ſed vel ex mera iuris neceſſitate, vel nullomodo præſtãtur ſi ius illud inſpicias, quod obtinuit ante Gratiani conſtitutionem, quæ extat in *l. non dubium 16. §. 1. C. de teſtam.* Ideóque nonniſi de fideicommiſſo Mæcianus hîc tractat, & Scæuola in *l. cum qui 21. §. item quæſitum eſt. ſupr. de inoff. teſtam. l. 2. l. ſi veritas 3. l. vlt. C. de fideic. l. ſi ſponſus 5. §. ſi quis rogatus de donat. int. vir. & vxor. l. patrem 19 & ſeq. infr. quæ in fraud. credit. l. regula 9. § pen. de iur. & fact. ignor. l. in teſtamento 38. de fideicomm. libert.* Itaque delenda omnino ſunt, quæ Accurſ. & Bartul. hic tractant & ad *l. 1. ſupr.* de obligatione naturali, pro legatis & fideicõmiſſis ex teſtamento minus ſolemni ſoluẽdis inducenda, & in eorum locum ſubſtituenda ſunt, quæ nos de teſtamentis imperfectis & minus ſolemnib. ſcripſimus in *Decad. 15. de error. pragmat.* maximè in *Error. 7.* Nam apertè Mæcianus loquitur de fideicommiſſo, quod debitum non ſit, conſtat autem cũ de indebiti condictione loquimur, debiti vel indebiti rationẽ naturaliter eſſe intelligendam *l. ſi quod 64. infr.* Idcirco autem Mæcianus in hac lege loquitur de fideicommiſſo, quod explendæ fidei gratia promiſſum ſit à ſciente & conſcientia relicti, vt loquitur *d. l. 2. C. de fideic.* quia ſi ab eo promiſſũ per ſtipulationẽ aut ſolutum eſſet, qui putaſſet teſtamentum valere, nec fideicommiſſum ſibi iniunctũ eſſe ſciret, non poſſet fauor fideicommiſſi efficere, vt eo minus repeti fideicommiſſum poſſet, quare & de ſciente loquitur Paulus in *d. l. cum qui 21. §. 1. de inoffic. teſtam* vt indebiti fideicommiſſi deneget repetitionem. Dices nullũ ergo eſſe in re priuilegiũ fideicõmiſſi, cùm generale illud ſit, vt quod quis ſciens indebitũ ſoluit ea quoq; mente, vt poſtea repeteret, nullã tamen repetitionem habere debeat *l. quod quis 50.* vbi diximus *ſupr.* nec debuiſſe Mæcianum verba illa addere *explendæ fidei gratia*, cùm priora ſufficerẽt *à ſciente* Sed reſpondendum eſt, in cæteris cauſis ſolutionem indebiti ſcienter factã pro donatione haberi *l. cuius per errorem 53. de reg. iur.* at in fideicõmiſſis fauorabiliorem cauſam præſumi, vt explendæ fidei gratia potius quàm donandi animo, aut promiſſum aut ſolutum eſſe videatur *d. l. 5. §. ſi quis rogatus de donat. int. vir & vxor.* Quæ ratio facit, vt inter eas quoque perſonas inter quas donatio non valeret, ſolutio tamẽ fideicõmiſſi etiam omni iure indebiti, valere debeat iure expletæ fidei *d. §. ſi quis rogatus & d. l. patrem 19. & ſeq. quæ in fraud. credit. d. l. 2. C. de fideic.*

63. GAIVS libro ſingulari de caſibus.

NEratius câſum refert: vbi ſi quis id, quod ſoluerit, repetere non poſſit: quaſi debitum dederit: nec tamen liberetur. velut ſi is, qui, cùm certum hominem deberet, ſtatuliberum dederit. nam ideo eum non liberari, quod non in plenum ſtipulatoris hominem fecerit, nec tamen repetere eum poſſe, quod debitum dederit.

*Ad l. Neratius 63.*

RAT. DVB. Solutio quæ non parit liberationem, ſolet parere condictionem, & contrà, quę non parit condictionem, parit liberationem, vt ſæpius in hoc tractatu diximus ex *l. ſi non ſortem 26. §. ſi centum & §. qui filiofamilias & § ſi decem leg. cùm is 32. §. 1. ſuprà hoc tit. l. qui hominem 34. §. vlt. infr. de ſolut.* Atqui cùm is qui hominem ſiue certum ſiue incertum promiſſit, ſtatuliberum ſoluit, non poteſt naſci liberatio, quia promiſſor hominem promiſſum perfectè ſtipulatoris non fecerit, vt & Caius hîc ex Neratio fatetur, quia nimirum ſtatulibero implicitus eſt caſus libertatis *l. vlt. ſupr. ſi ex noxal. cauſ. agat.* & quamuis pendente die vel condicione ſtatutæ libertatis ſtatuliber interim ſit verè ſeruus *l. ſtatuliberum 9. in princip. de ſtatulib.* eueniente tamen quandocunque die vel condicione euincitur ſeruus in libertatem, adeò vt nec medio tempore ſeruus fuiſſe videatur. Parumque diſtat is qui ſtatuliberum ſoluit ab eo, qui liberum iam factum, niſi quod poteſt condicio libertatis deficere, aut ſtatuliber ante diem vel condicionem mori. Ergo qui ſtatuliberum ſoluit, cùm non liberetur, poteſt condicere ſtatim, non expectato euentu diei vel condicionis. Atque ita concludit Africanus in *l. cùm quis 38. §. qui hominem infr. de ſolution.* quod tamen negat hîc Caius ex Neratio, quia hominem debitum ſoluerit. Scio quòd Accurſius & Bartolus reſpondent, vt Africanum cum Caio & Neratio concilient, loqui Africanum de eo qui hominem in genere promiſit, Caium verò de eo qui certum: quod & verba vtriuſque textus præſupponunt, & certè negari non poteſt, quin is qui Stichum in ſpecie promiſit, ſi eum ſoluat, quamuis ſtatuliberum, magis ſoluat hominem debitum, quàm ſi hominem in genere pro-

miſiſſet. Etſi enim hominis ſtipulatio ſicut & legatum orationis compẽdio ſingulos homines continet, vt Papin. ait in *l. Meuius 66. duorum de legat. 2.* difficilius tamen eſt, vt qui hominem in genere promiſit ſoluendo Stichum ſtatuliberum, videatur ſoluere debitum hominem, cùm alium quemlibet dare poſſit, quàm qui Stichum in ſpecie promiſit, hic enim alium quàm Stichum dãdo liberari nunquam poteſt. Sed tamen etiam promiſſo nominatim Sticho, eóque ſtatulibero effecto, non eſſe condictioni locum placuit Pomponio in *l. ſi mihi 92. §. 1 de ſolu.* itémq; Octaueno & Vlpiano in *d. l. ſtatuliberum 6. §. pen. de ſtatulib.* At noua & contraria ratione, qui putarunt ſoluto Sticho, quamuis ſtatulibero, liberationem contingere, in quo iſti non tantùm à Caio noſtro & Neratio, ſed etiam ab Africano diſſenſerunt. Ratio autem qua mouentur, illa eſt, quòd etiamſi Stichus ante ſolutionem factus eſſet liber, adhuc tamen debitor liberaretur, quoniam, vt ſcriptũ eſt in *d. §. pen.* ea ſola in obligatione poſſunt conſiſtere, quæ pecunia lui præſtariq. poſſunt, in quorum numero libertas nõ eſt. Si ergo libertas ſuperueniẽs extinguit obligationem, cur ſtatulibertas ſola impediet liberationem? Nam in ſtatulibero ſicut implicitus eſt caſus libertatis, ita fieri non poteſt, vt ea ſpes libertatis futuræ impediat liberationem, quam libertas ipſa iam acquiſita pleno iure pareret. Nec ſanè video quid ad hanc rationem pro Neratio aut Africano reſpondere poſſet quiſquis pro iis contra Octauenum, Põponium, & Vlpianum ſentire vellet. Et ego planè cum iſtis ſentio, neque dubito quin hac in quæſtione Iureconſulti diſſenſerint, ideóque minus laboro in iis conciliandis, qui video nihil aliud Interpretes noſtros in hanc rem adferre poſſe, quàm vt dicant in hac lege ſolutum eſſe Stichum ab eo, cuius facto ſtatuliber ille effectus fuerit, aut poſt moram ab eo contractam: quod vtrumque planè commẽtitium & nugatorium eſt. Scripſi latius *lib. 2. Coniect. cap. 7.* Negandum igitur eſt quod Caius ex Neratio hîc ſupponit, eum qui Stichum debet, ſi ſtatuliberum ſoluat, non liberari quaſi in plenum ſtipulatoris hominem non fecerit. Quamuis ea ratio bona eſſet ſi alia quã libertatis cauſa impediret ne ſolutus Stichus in plenum ſtipulatoris fieret, quia quandiu ſpeciei ſolutæ aliquid deeſt, nõ poteſt per ſolutionem contingere liberatio, & ea ipſa ſpecies petenda eſt *l. etiam 27. de ſolut.* vt puta ſi res quæ ſoluta eſt, alij ſit obligata, vt per quaſi Seruianam auocari poſſit *l. ſi rem meam 20. l. qui res 98. in princ. eod.* perpetua enim iuris regula illa eſt, liberationem ex ſolutione contingere, ita demum ſi id, quod tibi debeam, ad te peruenerit, & nihil tibi abſit, nec quod ſolutum eſt euinci aut repeti poſſit *l. in perpetuum 61. eod. l. Iulianus 131. §. 1. de verb. oblig.* Itaq; decidendi rationes ad hanc legem non aliæ adferẽdæ ſunt, quã quæ in ipſa lege ponũtur, quarũ altera eò pertinet, vt qui Stichum ſoluit ſtatuliberum, nõ liberetur, quia plenum ſtipulatoris hominem non fecerit. Altera eò ſpectat, vt non poſſit tamen condicere, quia debitum dederit. Et de hac quidem poſteriore non dubitatur quin vera ſit, in eóque omnes conſentiunt ſi Africanum excipias *d. §. qui hominem,* vbi tamen loquitur de homine promiſſo, non in ſpecie, ſed in genere, cuius longe alia ratio eſt, quemadmodum diximus, quia non præciſè hic aut ille debetur, ſed de priore tota inter prudentes cõtentio fuit. Eſt hæc lex ſumpta ex Caij libro ſingulari de caſibus, in quo non niſi quoſdam caſus ſingulares tractauit à communibus iuris regulis abhorrentes, inter quos eſſet hic planè ſingulariſſimus ſi verus eſſet, quamquam iuris regula non adfirmat, poſſe aliquam ſolutionem ita fieri, vt neque liberationem pariat, neq. condictionem. Sed negat parere liberationem, quoties parit condictionem, & contrà parere condictionem quoties parit liberationem: quomodo Accurſius & Bartolus ratiocinantur. Neque tamen cáſum vllum videre poſſum, in quo id accidat, vt ex ſolutione aliqua neq; liberatio naſcatur neq. cõdictio, ſi hũc excipias, qui ob eã cauſã & Neratio & Caio ſingularis viſus eſt, & quem tamen nec Octauenus, nec Pomponius, nec Vlpianus excipiendum putauerunt, nec nos quoque excipiendũ arbitramur, cum ſoluto Sticho ſtatulibero acquiratur ſoluẽti liberatio, vt oſtẽdimus.

64. TRYPHONINVS lib. 7 Diſputationum.

SI quod dominus ſeruo debuit, manumiſſo ſoluit, quamuis exiſtimaret ei ſe aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit: quia naturale debitũ agnouit. vt enim libertas naturali iure continetur, & dominatio ex gentium iure introducta eſt: ita debiti, vel non debiti ratio in condictione naturaliter intelligenda eſt.

*Ad l. Si quod dominus 64.*

RAT. DVB. Seruus quandiu ſeruus eſt, pro nullo habetur, nec prius incipit perſonam aut ſtatum habere quam fuerit manumiſſus *l. 3. §. vlt. & l. 4. ſupr. de cap. minut.* Vnde eſt quod per manumiſſionem ſerui dicuntur conſtitui duæ perſonæ, vna domini, alia ſerui *l. ſi Pamphilo 10. infr. de opt. legat.* Item quòd ſi ſeruus manumiſſus iterum redigatur in ſeruitutẽ, nouus homo videtur eſſe *l. ſeruus 27. infr. de adim. legat.* Ergo quod dominus ſeruo debuit, ſi manumiſſo ſoluerit, ſiue putans ſe aliqua ei actione teneri ſiue nulla, dicendum eſt poſſe illum repetere, tanquam qui alij ſoluerit, quam cui debuit. Non enim ſufficit ad impediendam condictionem indebiti, quod debitor ſit ille qui ſoluit, niſi creditor etiam ille ſit qui accipit *l. repetitio 44. ſupr.* DEC. Quemadmodum libertas naturali iure continetur & dominatio ex iure gentium introducta eſt, cum naturaliter eſſent omnes homines eiuſdem condicionis, id eſt, liberi *l. 4. & 5. ſupr. de inſtit. & iur.* vbi diximus, ita & debiti vel indebiti ratio in condictione naturaliter intelligenda eſt, quomodo Tryphoninus eleganter hîc ſcribit, id eſt, cum de condictione indebiti diſputamus, non tam inſpicere debemus, an iure gentium vel ciuili, quàm vtrum iure naturali debeatur: quod enim dicimus non diſtingui hac parte ius naturale à iure gentium *leg. cùm amplius 84. §. is natura debet de regul. iur. l. ſi non ſortem 26. §. libertus ſupr. hoc titul. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis infr. de ſolut.* in iis perſonis verum eſt, quæ iure gentium non minus quàm naturali in perſonarum numero computantur, eſſe enim perſonã aliquã oportet iure gentium, & quæ debeat & cui debeatur ad inducendam obligationem iuris gentiũ, vt prius perſona inueniẽda ſit, quã de iure quæri oporteat *l. quidã referunt 14. infr. de iur. codicill.* Ius autẽ gẽtium ex quo dominationes intro-

introductæ ſunt, illud eſt quod fecit, vt ſerui pro nullis haberi cœperint *dict. l. 5. de inſtit. & iur.* quamuis hoc ad ius ciuile tantùm referre Vlpianus videatur in *l. quod attinet 32. de regulis iuris*, ad differentiam ſcilicet iuris naturalis, vt eadem lex explicat, non autem iuris gentium, quod hac parte abhorret omnino à iure naturali, & ciuili propius cohæret, tanquam à quo nihil aut parum diſtet, quoties Romani eo iure vtuntur, quo cæteræ gentes omnes vtuntur, dum ne propria ratione aliqua ciuili, ſed ea, quæ ſit tota ex iure gentium, quod hîc contingit. Sicq; accipi etiam debet, quod ſæpius docuimus, ius naturale non diſtingui à iure gentium, niſi ratione materiæ, quod ius naturale verſetur circa eas tantùm res, quas homines non ſoli faciunt, ſed quæ hominibus communes ſunt cum brutis animantibus, ius verò gentium circa eas, quæ ſolis hominibus conueniunt *leg. 1. § ius naturale*, vbi diximus *ſuprà de inſtit. & iur.* Id enim verum eſt in iis rebus, in quibus omnium hominum eadem ratio & condictio eſt: ſeruorum autem & liberorum hominum prorſus diſpar eſt iure gentium ex quo dominationes, captiuitates & ſeruitutes ita introductæ ſunt, vt iure gentium perinde ac iure ciuili, vt non maior ferè ſeruorum quàm pecudum & quadrupedum ratio habeatur *leg. 2. ſupr. ad legem Aquil.* Neque neceſſe eſt, vt cum Bartolo cæteriſque interpretibus diſtinguamus duplex ius gentium, primæuum, vt vocant, & ſecundarium: quam diſtinctionem nos abundè refutauimus ad *dict. leg. 4. & 5. de inſtit. & iur.* & in noſtra Iuriſprudentiæ Papinianeæ ſcientia. Atqui obligatio naturalis non niſi ex iure naturali æſtimatur, ſolóque naturalis æquitatis vinculo ſuſtinetur *dict. §. naturalis*, cuius capaces ſunt ſerui non minus quàm liberi, ſiue vt dominos ſibi obligent, ſiue vt dominis obligentur, *leg. nec ſeruus 41. infr. de pecul.* Porrò naturalis obligatio impedit repetitionem ſoluti. Ergo ſi quod dominus ſeruo debuit, manumiſſo ſoluerit, non poteſt repetere, quia naturale debitum agnouit, ſiue aliqua actione ſiue nulla teneri ſe crediderit, nec quod per manumiſſionem ſeruus fiat noua perſona, vt diximus, ad rem facit: id enim fit iure gentium & ciuili, non naturali, quo inſpecto idem certè homo manet qui antea. Eadem igitur naturalis quoque obligatio, quæ antea fuit, natura enim neſcit fictiones vllas, & naturaliter quid fieri cùm dicimus, veritatem facti ſolam denotamus *dict. leg. nec ſeruus leg. 3. §. apertre infr. ad Senatuſconſultum Silamanum.* Ex quo fit, vt obligationes naturales non tollantur capitis diminutione, quia ex bono & æquo & ex natura ipſa proficiſcuntur *leg. eas obigationes 8. ſupr. de capit. minut.* Proinde cùm naturalis obligatio ſemel acquiſita ſeruo ſequatur manumiſſum, conſequens omnino eſt, vt effectus quoq; naturalis obligationis cauſam ſuam ſequatur, & poſt manumiſſionem duret ad impediendam ſoluti repetitionem: nec ad rem pertinet quod vulgò iactari ſolet, ſeruum, quicquid acquirit, non ſibi acquirere, ſed domino, ita vt in eius perſona ne quidem momento temporis conſiſtat acquiſitio *l. placet 79. de acquir. her.* nec poſſe ſeruũ cõtrahẽdo cũ domino ſibi acquirere quod ipſi domino acquireret, ſi cum alio contraheret *leg. ſed & ſi quid 25. §. ſi ſeruo verſ. & regulariter ſupr. de vſufr. l. g. liber homo 118 in princip. infr. de verbor. obligat.* Id enim ad ciuilea tantùm obligationes & acquiſitiones pertinet, non ad naturalea, vt docuimus ad *leg. frater à fratre 38. ſupr.*

65. Pavlvs libro 17. ad Plautium.

IN ſumma, vt generaliter de repetitione tractemus, ſciendum eſt dari aut ob tranſactionem, aut ob cauſam, aut propter condicionem, aut ob rem, aut indebitum, in quibus omnibus quæritur de repetitione.

*Ad l. In ſumma 65.*

Rat. dvb. Non eſt diſtinguendum per plura membra, quod poteſt diſtingui per pauciora. Atqui poterat ſufficere diſtinctio illa, quæ ponitur in *l. damus 51. ſupr. hoc tit.* quæ duobus tantum membris continetur: aut enim damus ob cauſam aut ob rem, vt ibi Iureconſultus ſcribit, in quibus duobus nemo non videt contineri etiam id quod ob tranſactionem datur, & quod tanquam debitum, cùm ſit indebitum.

Dec. Diſtinctio, quæ plura membra continet, eo clarius & diſtinctius rem explicat, ſemper enim quæ generalius dicuntur, aliquid obſcuri continent: vt in propoſito, cùm dicimus, quicquid datur, vel ob cauſam vel ob rem dari, in obſcuro relinquimus, an de ea cauſa intelligamus, quæ ſit præterita duntaxat, an de ea etiam quæ futura: & ſi de præterita, an de ea tantùm quę non ſit obligatoria, de qua ſola agitur in *dict. l. damus*, vt ibi explicauimus, an de illa etiam quæ ſit obligatoria, qualis eſt cauſa tranſactionis, & ea quæ parit condictionem indebiti: accommodatior igitur, & clarior diſtinctio eſt, quæ in hac lege ponitur, cùm generaliter de repetitione tractatur, vt quod datur, vel ob tranſactionem detur, vt in *leg. eleganter 23. ſuprà hoc tit.* vel ob cauſam ſcilicet præteritam nec obligatoriam, vel propter condicionem implendam, vt in *leg. ſi cum hereditas 34. ſupr.* aut ob rem ſcilicet futuram vt in *dict. leg. damus*, aut indebitum quaſi debitum. In quibus omnibus ſpecieb. quæritur de repetitione, nec tamen idem reſpondetur, vt ex iis quæ in hac lege ſequuntur, apparebit. Simile quid Accurſius noſter adfert ex *§. alio Inſtitut. quib. mod. teſtam. infirment.*

1 ¶ Et quidem quod tranſactionis nomine datur, licèt res nulla media fuerit, non repetitur. nam ſi lis fuit, hoc ipſum, quod à lite diſceditur, cauſa videtur eſſe. ſin autem euidens calumnia detegitur, & tranſactio imperfecta eſt, repetitio dabitur.

*Ad §. 1. Et quidem.*

*Et quidem quod tranſactionis nomine datur.* RAT. DVB. Quod tranſactionis nomine datur, ſi res nulla media fuerit, id eſt, vt benè Accurſius explicat, ſi nihil ſit quod ab eo qui dat, debeatur, omnino indebitum videtur, tanquam quod neque ob rem, neque ob cauſam datum videri poſſit, tametſi lis aliqua ſubſit aut metus litis, nec enim lis facit debitum, ſed duntaxat dubium, an id de quo lis eſt debeatur *l. vlt. Cod. quib. ad libert. pro. lam. non licet l. 4. §. 1. ſupr. de alien. iudic. mut. cauſ. fact.* Ergo repeti omnimodo poteſt condictione indebiti. DEC. Materia tranſactionis non verſatur circa rem debitam, ſed tantùm circa rem dubiam, in quo maximè differt tranſactio à pacto, quamuis & ipſa nihil niſi pactum ſit, cùm ſtipulatio non interuenit *l. 1. ſupr. de tranſact.* Atqui rem dubiam lis facit etiam iniuſta adeóque metus litis, quod magis eſt. Hoc ipſum igitur quod à lite diſceditur, aut ſaltem à metu litis ſufficiens cauſa tranſactionis eſt ad impediendam ſoluti quaſi indebiti repetitionem *l. 2. Cod. eodem de tranſact.* verecunda enim cogitatio eius eſt qui lites execratur, quique tanti habuit carere lite, vt ſcriptum eſt in *dict. leg. quart. paragrapho primo de alienat. iudic. mut. cauſ. fact.* Illud ſanè omnino requiritur, vt ex cauſa tranſactionis aliquid detur vel promittatur, vel retineatur: tranſactio enim nullo dato vel promiſſo, vel retento fieri non poteſt *l. tranſactio 38. Cod. de tranſact.* Sed hoc dicimus non requiri, vt quod ex tranſactione datur vel promittitur, vel retinetur ex alia anteriore cauſa debeatur, neque vt viciſſim ab aduerſario quicquam eo nomine præſtetur. Satis enim præſtitiſſe intelligitur qui eo veluti præmio inuitatus, quod ei datum vel promiſſum, vel ab ipſo retentum eſt, à lite diſceſſit, aut ab eo iure quod habebat, mouendæ quandoque litis. Nihilque eſt, quod tam fauorabiles faciat tranſactiones, quàm quod per eas à lite diſceditur. Cùmque omnino duæ viæ ſint per quas litibus finis imponi poteſt, tranſactio & res iudicata, nemo non videt quin maior in eo ſit tranſactionum vtilitas, per quas & ſumptibus, & vexationibus iudiciorum parcitur *leg. minoribus 6 ſuprà de minor l. 1. ſuprà de inoffic. teſtam. leg. 1. Cod. de adminiſtr. tutor.* Vnde eſt quod ſolemus dicere nullum fore litium finem ſi à tranſactionibus bona fide interpoſitis, & à rebus iudicatis impunè diſcedatur *l. fratris 10. Cod. de tranſact. leg. 2. Cod. de re iudic. iunct. leg. 1. infrà eodem ill. titul.* ideóque cauſas vel lites tranſactione finitas reſcripto imperiali reſſuſcitari non oportere *leg. cauſas 16. Cod. de tranſact.* Quod ego ſic intelligo, etiamſi prætextus læſionis immodicæ ad reſcindendam tranſactionem obtendatur, ex *leg. Lucius 78. §. vltim. infrà ad Senatuſconſultum Trebellianum*, vbi nec ei qui ſupra quadruplum læſus fuerat, ſuccurritur ſi tranſactum proponatur: ſemper enim verum eſt, eum qui tranſegit tanti habuiſſe lite carere. Quod ſufficit ad impediendam tranſactionis reſciſſionem, licèt reuera non tantam habuerit cauſam timendæ litis. Non enim præſcribendum ei fuit, ad quem vſque modum iniuſtam litem timere deberet *leg. 4. in fin. infrà ad Senatuſconſultum Trebellianum leg. ſi in teſtamento 22. in fin. infrà ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Niſi minoris ætatis fauor intercedat qui ſemper meretur reſtitutionem in integrum, quoties minor etiam intra dimidiam læſus probatur *tot. titul. Cod. ſi aduerſ. tranſact. leg. ſi ſuperſtite 5. Cod. de dolo.* Neque verò fieri poteſt, vt certa ſit læſionis probatio; qualem eſſe oporteret ad tranſactionem reſcindendam, cùm neſciri poſſit, quis euentus iudicij futurus erat, ſi tranſactum non fuiſſet, *leg. quod debetur 51. infrà de pecul. leg. poſthumus 6. §. 1. ſuprà de inoffic. teſtam.* An non enim fieri poterat, vt qui ſe per tranſactionem læſum conqueritur, multo grauiorem iacturam ex iniqua fortaſſis & iniurioſa iudicis ſententia paſſurus eſſet? *leg. ſi per imprudentiam 51. de euict. leg. 3. §. 1. infr. de pignor. leg. ſeruo 65. §. cùm Prætor ad Senatuſconſultum Trebellianum.* Ratio igitur dubitendi, cui per tranſactionem obuiam itum eſt, non patitur, vt ex cauſa læſionis quæ certa eſſe deberet, & quidem inſpecto præcisè tempore contractus *leg. 2. leg. ſi voluntate 8. Cod. de reſcind. vendit.* tranſactio reſcindatur *leg. 1. Cod. de pact. leg. ſi pater puellæ 12. Cod. de inoffic. teſtam. leg. penult. Cod. de ſolut.* Quare nec Bartolus qui primus opinionem hanc tantopere damnoſam reipublicæ inuexit, vt exemplo contractuum bonæ fidei tranſactiones quoque ex cauſa enormis, vt vocant, læſionis, reſcindi poſſint beneficio *dict. leg. 2. Cod. de reſcind. vendit.* temperare tamê ſibi non potuit, quin ſententiam ſuam quaſi duriorem hac veluti interpretatione leuiret, vt ſcilicet in tranſactione aliter æſtimanda ſit enormis illa læſio, quàm in cæteris contractibus, *ſubducto* ſcilicet, vt ipſe loquitur *dubio litis euentu.* Quod tamen quomodo aut per teſtes, aut per iudicem ipſum, qui de læſione cogniturus eſt, fieri poſſit, nemo vnquam dicere aut diuinare potuit, vt non immeritò Baldus contra Bartolum diſputans, hanc truffam eſſe dixerit. De quo videnda etiam ſunt quæ nos pluribus in hanc ſententiam pro Baldo contra Bartolum ex profeſſo diſputauimus *in Chiliade de error. pragmat.* Hinc verò intelligimus quàm malè nonnulli verba illa Pauli in hoc §. *licèt res nulla media fuerit*, ſic interpretentur ac ſi ſcriptum eſſet *licèt lis nulla ſubſit.* Litem enim aliquam ſubeſſe ſemper oportet, aut ſaltem metum litis, vt tranſactio iure facta videri poſſit *dict. leg. 2. Cod. de tranſact.* Et ideo benè Paulus ſtatim ſubiicit *nam ſi lis fuit* quibus verbis non mutat caſum, ſed eundem ipſum proſequitur, in quo poſuit rem nullam mediam fuiſſe.

a *Sin autem euidens calumnia detegitur.* RAT. DVB. Etiam lis quæ per euidentem calumniam inſtituitur, metuenda eſt, nec vituperandus ille qui metu calumnioſæ litis tranſigit, tantique æſtimat lite carere. Ergo & hoc caſu tranſactio valere debet, perinde atque cùm lis iniuſta eſt. Quid enim tantopere inter calumnioſam & iniuſtam litem intereſt? Proinde quod ea eiuſmodi tranſactionis cauſa ſolutum eſt, repeti non poſſe dicendum eſt.

DEC. Calumnia cùm ſit falſitas & mendacium, nihil eſt. Ergo materiam præbere non poteſt iuſtæ tranſactionis, quomodo poteſt vera lis quamquam iniuſta. Non enim eo minus vera lis eſt, quòd ſit iniuſta: calumnioſa autem vera non eſt, ſed per calumniam efficta & dicis cauſa, vt prudentes loquuntur, vt ſubeſſe aliqua lis videatur, quæ re vera nulla ſubeſt. Hoc igitur caſu quaſi nulla ſubſiſtente materia tranſactionis, dicendum eſt, imperfectam eſſe tranſactionem: cùm

quicquid

quicquid perfectum eſt, conſtare debeat ex materia & forma. Si quid ergo ex eiuſmodi trãſactione ſolutum ſit, repeti poterit, quaſi prorſus indebitum & ex nulla tranſactione ſolutum. Vnde noſtri tractãt, an tranſactio, cui dolus cauſam dedit ipſo iure nulla ſit, vt de bonæ fidei contractibus dici ſolet *l. & elegenter 7. ſupr. de dolo.* an verò per doli exceptionem aut replicationem elidenda ſit, vt in *l. g. ſub prætextu inſtrumentorum 19. Cod. de tranſact.* Et alij quidem diſtinguunt, an ex parte actoris, an ex parte rei dolus interuenerit. Alij verò aliter, vt locum hunc concilient cum *d. l. ſub prætextu.* Bartolus verò ideò negat doli exceptionem in propoſita ſpecie competere, quia repetitio ſoluti locum habere non poſſet ei, qui ſoluiſſet, tutus odioſa exceptione doli, ex *leg. qui exceptionem 40. ſupr. hoc tit.* Parum ſubtiliter. nam doli exceptio cum naturali æquitate nitatur, fauorabilis certè eſt, non odioſa: ideóque ſi quis ea tutus ſoluerit, repetere poteſt, vt diximus ad *dict. l. qui exceptionem ex l. qui ſe debere 7. ſupr. de condiction. cauſ. dat.* Deinde non agitur hîc de dolo qui in ipſa tranſactione interuenerit, nec qui tranſactioni cauſam dederit, ſed per quem factum ſit, vt calumnioſa lis inſtitueretur, quæ iniuſtæ tranſactioni cauſam iuſtam præberet. Denique tranſactio non eſt contractus, ſi nulla ſtipulatio interpoſita ſit, ſed nudum pactum, ex quo cùm nulla naſcatur actio, ſed tantùm exceptio, nec proinde doli exceptio locum habere hoc caſu poteſt, ſed tantùm replicatio, quoties ei qui tranſegit, ſalua ſupereſt poſt trãſactionem actio, per nullam ſtipulationẽ nec acceptilationem eliſa *d. l. ſub prætextu.* Stipulatione verò interpoſita iã tranſactionis contractus non eſt, ſed ſtipulationis tranſactionem pro cauſa habentis *l. cùm enim 7. iunct. §. vlt. legis pr. ſupr. de nouat.* ſtipulationem verò cõtractum eſſe ſtricti iuris non bonæ fidei nemo ignorat. Fateor eas demum tranſactiones ratas eſſe quæ bona fide non dolo aut vi vel metu interpoſitæ *l. interpoſitas 13. C. de tranſact.* ſed ea res non facit tranſactiones bonæ fidei, tum quoque cùm contractus, ſed ſtricti iuris. Cùm in hoc etiam contractuum genere bona fides deſideretur, quatenus non tam æquitatem ſignificat, quàm opponitur dolo malo *l. bonam fidem 4. C. de oblígat. & action.* Et cùm dicimus, Trãſactiones dolo malo, aut vi vel metu interpoſitas, ratas haberi non debere, non id ſignificamus ipſo iure nullas eſſe, ſiue dolus us cauſam dederit ſiue in eas inciderit, ſed infirmari eas oppoſita doli mali vel exceptione vel replicatione *dict. leg. ſub prætextu*, dummodò vera aliqua lis præceſſerit ſiue iuſta ſiue iniuſta aut iuſtus metus etiam impubæ litis, at non ſi quis per euidentem calumniam litem mouerit, aut minatus ſit, vt ab initio iniuſtam extorqueret tranſactionem, vt in ſpecie huius verſic. in qua nec quæſtioni locus ſupereſt, an tranſactio ſit ipſo iure nulla, quæ defectu materiæ nec facto ipſo vlla eſt, vt explicauimus. Nec illa rurſus Bartoli diſtinctio admitti poteſt, an tranſactio interpoſita ſit dolo malo ſuper contractu bonæ fidei, an ſuper contractu ſtricti iuris, vt priore caſu non etiam poſteriore tranſactio ſit nulla, vt quemadmodum, inquit, contractus bonæ fidei nullus, cùm dolus ei cauſam dedit, ita etiam diſtractus ſeu contractus reſolutus adhibitus ſuper eo contractu dolo cauſam ei dante ſit nullus *arg. l. tutela Cod. de in integr. reſtitut. minor.* Cùm enim omnis tranſactio induceat nouationem & prioris obligationis, maximè ſi fiat per ſtipulationem Aquilianam *l. Aquiliana 4. & ſeq. ſupr. de tranſact.* habet illa propriam ſuam naturam à prioris contractus quiſquis ille ſit ſiue bonæ fidei ſiue ſtricti iuris, natura differentem. Denique quod ob tranſactionem etiam dolo malo factam ſolutum eſt, vel prima actione ſi perempta non ſit, repetitur, vel actione De dolo *d. l. ſub prætextu & l. actione 4. eod. tit.* ſed condictione indebiti, nunquam extra caſum huius §. Illud planè verum eſt, multum referre, an tranſactio facta ſit ſuper dolo malo, vt in *d. l. actione & l. 1. Cod. de plus petit.* an dolo malo. Nam & ſuper dolo malo fieri tranſactionem bona fide nihil prohibet.

2 ¶ Id quoque quod ob cauſam datur, puta quòd negotia mea adiuta ab eo putaui, licèt non ſit factum: quia donari volui (quamuis falsò mihi perſuaſerim) repeti non poteſt.

*Ad §. 2. Id quoque.*

Exemplum hîc proponitur ſolutionis factæ ob cauſam, ſed præteritã & non obligatoriam, ex qua cauſa ſi quid ſolutum ſit, quamuis falſa fuerit perſuaſio, condictio tamen nulla competit, quoniam is qui ſoluit, donandi animum habuiſſe intelligitur, licet donandi veram cauſam nullam habuerit. Non enim error in falſa cauſa transferendi dominij impedit tranſlationem, vt neque error in falſa cauſa obligationis impedit obligationem *leg. damus 52. ſuprà*, vbi diximus, & eaſdem rationes dubitandi & decidendi, quæ huic §. conuenirent, attulimus: & illam quoque quæſtionem tractauimus, quam Accurſius & Bartolus hîc attingunt. Quid ſi is, qui dedit tibi centum putans adiuta à te negotia ſua, quæ tamen neglexeris, non aliter fuerat tibi donaturus? Vide itaque ea, quæ ad legem illam ſcripſimus.

3 ¶ Sed agere per condictionem propter condicionem legati, vel hereditatis, (ſiue non ſit mihi legatum, ſiue ademptum ſit legatum) poſſum, vt repetam, quod dedi: quoniam non contrahendi animo dederim. quia cauſa, propter quam dedi, non eſt ſecuta. Idem, & ſi hereditatem adire nolui, vel non potui [a]. non idem poteſt dici ſi ſeruus meus [b] ſub condicione heres inſtitutus ſit, & ego dedero: deinde manumiſſus adierit. nam hoc caſu ſecuta res eſt.



Digitized by Google

*Ad §. 3. Sed agere.*

Exemplum eſt ſoluti ob rem quidem futuram, ſed condicionis tamen implendæ cauſa ad acquirendam hereditatem vel legatum, cuius tamen acquiſitio nulla poſteà ſecuta ſit. In quo genere ſoluti dicimus condictioni locum eſſe, quia licèt datum ſit condicionis implendæ cauſa, & condicio per eam dationem impleta ſit, res tamen pro cuius acquiſitione futura condicio implenda fuit, ſecuta non eſt: quæ ratio patit repetitionem, quia nec cauſa vlla dandæ eius pecuniæ fuit, vt ſcriptum eſt in *l. is cui hereditas 34. ſupr. hoc tit.* Non enim contrahendi animo data videtur pecunia, ſed tantum implendæ condicionis gratia, vt ſiue hereditatis, ſiue legati acquiſitio, ſiue alia quælibet ſequi poſſet. Scripſimus latiſſimè ad *d. l. is cui*, vbi vide.

a *Idem eſt etſi hereditatem adire nolui vel non potui.* RAT. DVB. Is qui heres inſtitutus ſub condicione ſi decem Titio daret, Titio implendæ condicionis cauſa decem dedit, ſi poſteà hereditatem adire noluerit, cùm poſſet, ſibi debet imputare cur noluerit, nec repetitionem habere poteſt eo prætextu, quod res propter quam impleuit condicionem ſecuta non ſit, cùm per eum ſteterit quominus ſecuta ſit, non per eum qui pecuniam accepit *l. pen. C. de cond. ob cauſ. dator.* in cuius ſcilicet arbitrio & poteſtate non eſt, vt aditio ſequatur, vel non ſequatur, quæ tota ex animo & voluntate adeuntis pendet *l. qui in aliena 6. §. vltim. l. pro herede 20. leg. gerit 88. De acquir. hered.* idque eſſe videtur quod habet iuris regula, in omnibus cauſis pro facto accipiendum eſſe id in quo per aliquem mora ſit quominùs fiat *leg. in omnibus 39. de reg. iur.* Nec quod in poteſtate heredis inſtituti ab initio fuit, vt pecuniam implendæ condicionis cauſa daret, vel non daret, facere debet, vt in eiuſdem arbitrio eſſe oporteat, vtrum datam pecuniam repetere poſſit, necne, quia priuſquam daret, prudentiùs & maturiùs deliberare debuit, vtrũ ſibi expediret dare, & condicionem implere. An non enim ſtultus eſt, qui pecuniam dat implendæ condicionis cauſa, vt hereditatem adeat, quã poſtmodum repudiatam velit? Et ſicuti nemo ex ſolo facto ſuo poteſt ab inuito aduerſario ſe liberare *l. ſi ſeruum 91. §. nunc videamus. De verb. oblig.* ita nec illud ferendum eſt, vt quis ex ſola ſua voluntate & pœnitentia dominium reuocare poſſit quod in alium tranſtulit *l. velles necne 6. C. de reuoc. donat.* & accipientem condictione obſtringere, niſi in caſibus in quibus pœnitentiæ locus eſſe poteſt, vt de contractibus innominatis dici ſolet, & de condictione ob cauſam ei danda qui prior ex parte ſua contractum innominatum impleuit ceſſante aduerſario implere ex ſua parte *l. ſi pecuniam 5. ſupr. de cond. cauſ. dat.* vbi latè ſcripſimus. Inter eos autem caſus in quibus pœnitentiæ locus eſſe ſolet, hic non eſt, ſi quid implendæ condicionis gratia ſolutum ſit. Etſi enim quod implendæ condicionis cauſa accipitur, non iure teſtamenti percipitur, mortis tamen cauſa capitur ex dantis eiuſdémque domini voluntate, quod ſufficit ad dominij tranſlationem in perpetuum inducendam *l. qui precio 8. l. inter mortis 18. & paſſ. infr. de mort. cauſ. donat. & capion. l. id autem 76. infr. ad leg. Falcid. leg. Maeuius 53. in fin. de condit. & demonſtr.* Planè cùm is qui pecuniam implendæ condicionis cauſa dedit, vt hereditatem adiret, eam adire non potuit, aliud iuris eſſe videtur, quia nihil eſt quod ei imputari poſſit. DIC. Quod implendæ condicionis cauſa datur, non ideo tantùm datur, vt condicio impleatur, ſed etiam vt acquiſitio ſequatur propter quam impleri condicionem oportuit. Nec enim condicionis implementum ſufficit ad acquiſitionem, ſed ad hoc tantùm, vt acquiſitio ſequi tandem poſſit *leg. ei qui 13. infr. de condic. inſtit.* Ergo ſi poſt datam condicionis implendæ cauſa pecuniam impediatur acquiſitio ex aliqua cauſa, vndecunque tandem impedimentum proficiſcatur, verum eſt dicere non eſſe rem ſecutam propter quam impleta eſt condicio, ideóque cauſam pecuniæ dandæ nullam ſubeſſe, quæ poſſit impedire repetitionem, ſi pecunia data ſit ad hereditatem adeundam, quam poſtea heres inſtitutus non adierit, ſiue quòd adire noluerit, ſiue non potuerit. Non enim cogendus eſt heres inſtitutus propter commodum eius qui pecuniam condicionis implendæ cauſa accepit implicare ſe oneribus hereditariis *l. non eſt cogendus 53. infr. ad SC. Trebell.* Nec ei præſcribendum eſt, vt adeat hereditatem, vel vt cauſam adferat ob quam nolit adire, cùm variæ eſſe poſſint, eæque iuſtæ *l. ſi in teſtamento 22. §. vltim. ſi quis om. ſ. cauſ. teſtament. leg. quia poterat 4. ad Senatuſconſult. Trebellian.* Quid enim ſi ex poſtfacto æs alienum emerſerit, quod tempore condicionis impletæ latebat? Cur inſtitutum cogamus aut pecuniam, quam condicionis implendæ cauſa dedit, amittere, ſi hereditatem repudiatam velit? aut damnoſam ſibi hereditatem adire, vt pecuniæ quam ſine cauſa dediſſe probatur, repetendæ ius ſibi præripiat & facultatem? Ex eo autem quod de adeunda hereditate loquimur, intelligimus ad extraneos heredes, non ad ſuos huius loci ſententiam pertinere. Extraneorum enim eſt adire, aut repudiare, ſuorum verò ſe immiſcere aut abſtinere *leg. cum bonis 87. De acquir. hered. §. vltim. Inſtit. De hered. qualit. & differ.* Sunt enim ſui ipſo iure heredes citra vllam aditionem & ante apertas tabulas *leg. in ſuis 11. De liber. & poſthum. l. 1. § qui ſunt in poteſtate l. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. leg. in ſuis de ſuis & legit.* Et ideo deterior in hoc eſt condicio ſuorum heredum, quàm extraneorum, quòd ſi condicionem dandæ pecuniæ, quæ iis iniuncta eſt, impleant, hoc ipſo fiunt heredes non tantùm nomine, ſed etiam effectu, ita vt nec abſtinere ampliùs poſſint *leg. iam dubitari 86. in prin. & §. 1. infr. de hered. inſtit.* idque non tam vi condicionis expletæ, quam poteſtate iuris & iure poteſtatis, quomodo eleganter & ſubtiliter loquitur Paulus *in leg. condicionibus 5. de condit. & demonſtr.* Quod in extraneis heredibus ſecus eſt *dict. leg. ei qui 13. De condicion. inſtitut.* Sic in *leg. prim. in fin. ſupr. de condict. cauſ. dat.* vbi diximus. Meritò igitur Paulus hîc ſcribit idem eſſe, ſi hereditatem, cuius adeundæ gratia, vt condicionem implerem, pecuniam tibi dederam, adire vel noluerim, vel non potuerim. Sequitur,

b *Non idem poteſt dici ſi ſeruus meus* RAT. DVB. Parum intereſſe videtur, an tibi decem dederim condicionis implendæ cauſa ad hereditatem adeundam, deinde hereditatem adire vel noluerim, vel non potuerim, an verò ſeruus meus ſub condicione dandę pecunię heres inſtitutus ſit, & ego pecuniam ei numerauero, vt tibi daret, deinde is manumiſſus adierit. Etſi enim hoc poſteriore caſu ſecuta eſt aditio quæ ſuperiore ſecuta non fuit, attamen quod ad me attinet, non poteſt videri ſecuta cũ ex eiuſmodi aditio-

Digitized by Google

aditione non acquiratur mihi hereditas, ſed ſeruo inſtituto qui aditionis tempore manumiſſus inuenitur, *§. ſeruus autem verſ. alienus inſtit. de hered. inſtit. l. nihil intereſt 12. in princ. ſupr. de inoff. teſtam.* Ergo & hoc caſu condictio pecuniæ mihi danda eſt quaſi re nõ ſecuta. DEC. Cùm ſeruus meus heres inſtituitur ſub condicione dandorum tibi decem, non id agit teſtator, vt mihi qui teſtamenti tempore dominus ſum, acquiratur omnimodo hereditas, ſed ei qui aditionis tempore dominus reperietur, ſiue ego ille ſim, ſiue alius nouus dominus, adeóque ipſi ſeruo ſi cùm adibit hereditatem, ſui iuris inueniatur *d. verſ. alienus.* Vtrum ergo ex his tribus contingat fatendum eſt, ſecutam rem eſſe adita quandocunque per ſeruum hereditate & cuicunque tandem hereditas quæſita ſit, data enim eſt pecunia ſeruo vt hereditatem adire poſſet, quæ nec niſi expleta condicione delata eſſe intelligitur *l. facta 63. §. ſi ſub condicione ad SC. Treb. iunct. l. delata 151. De verb. ſignific.* atque ita vt hereditatem adeundo ei acquireret cui acquiri iure poſſet. Cùm autem diſputatur cui per aditionem acquiratur hereditas, non teſtamenti aut mortis teſtatoris tempus inſpicimus, ſed aditionis. Quod in legato ſecus eſt, in quo inſpiciendum eſt præcisè tempus, quo dies legati cedat, adeò vt ſi tempore quo dies legati cedere inciperet, alieni iuris fuerit legatarius, domino legatum debeatur, quamuis ſeruus poſt diem legati cedentem liber factus ſit, vt benè Accurſius noſter explicat, ex *l. ſi poſt diem 5. §. vlt. & l. ſi vſusfructus 14. infr. Quand. dies legat. ced.*

4 ¶ Quod ob rem datur, ex bono, & æquo habet repetitionem, veluti ſi dem tibi, vt aliquid facias, nec feceris.

*Ad §. 4. Quod ob rem datur.*

Eſt hæc quarta ſpecies ſoluti, in qua de condictione & repetitione quæritur, ſi ob rem aliquam datum ſit, ſcilicet futuram, & res ſecuta non ſit, in qua dicimus locum eſſe repetitioni & condictioni, non quidem indebiti, ſed ob rem dati re non ſecuta *tot. tit. De cond. cauſ. dat. cauſ. non ſecut. & l. damus 52. ſupr. hoc tit.* vbi diximus. Differt autem hæc ſpecies à ſuperiore, quia licèt in vtraque condictioni locus ſit, quaſi re non ſecuta: in illa tamen datur, quia non ob rem futuram immediatè, ſed condicionis implendæ gratia, per conſequentias verò, vt poſt impletam condicionem res aliqua ſequatur, quæ alioqui non ſequeretur. In hac autem ſpecie datur immediatè ob rem futuram, quæ ſi non ſequatur, repetitioni locus eſt ex bono & æquo. Sed cur ex bono & æquo? An non enim ipſa iuris ſtricti ratio facit, vt quod ob rem datum eſt, re non ſecuta condicatur? Quæ dubitandi ad hunc §. ratio eſt: ſed reſpondendum eſt, ideo dici hanc repetitionem dari ex bono & æquo, quia quiſquis dat aliquid ob rem futuram hoc ipſo contrahit *συνάλλαγμα* cum eo qui accipit *l. iuris gentium 7. §. 1. ſupr. de pact.* nec repetendi animo id facit, ſed contrahendi, ob idque obligatum habet aduerſarium, vt ex parte ſua impleat quod promiſit, aut præſtet quanti actoris intereſt ciuili actione præſcriptis verbis *d. §. 1. & l. naturalis 5. §. 1. & ſeq. infr. de præſcript. verb.* In quo etiam differt hic ab eo qui dedit implendæ condicionis cauſa, vt res aliqua ſequeretur. Is enim nec contrahendi animo dedit nec repetendi, ſed implendæ tantùm condicionis gratia, vt ſcriptum eſt *in §. præcedente.* Et tamen in illa quoque perinde atque in hac ſpecie cõdictioni locus eſt re non ſecuta, & quidem ſimiliter ex bono & æquo, quia extra hoc quod ab initio agebatur, hæc obligatio naſcitur tacito quodam iure *l. is qui 13. in fi. infr. commod.* quod in condictionibus omnibus iuris eſt. Adfert autem Paulus exemplum, ſi dem tibi vt aliquid facias, nec feceris. Itaque comprehendit hæc ſpecies duo genera contractuum innominatorum, do vt des, & do vt facias. De quibus in *d. l. naturalis §. 1. & ſeq. de præſcript. verb.* at non etiam duo alia illa facio vt des, & facio vt facias, quoniam facta cùm pro infectis haberi nunquam poſſint, nunquam condicuntur *d. l. naturalis §. quòd ſi faciam* vbi dicemus.

5 ¶ Ei, qui indebitum repetit, & fructus & partus reſtitui debent, deducta impenſa.

*Ad §. 5. Ei, qui indebitum.*

RAT. DVB. & DECID. ad hunc §. eadem eſt, quæ ad *l. indebiti 15. in princip. & ad l. ſi non ſortem 26. §. libertus verſic. & interdum ſupr. hoc titul.* quibus locis eadem ſententia proponitur quæ in hoc §. vt in condictionem indebiti veniant fructus & partus, & aliæ ſi quæ ſunt acceſſiones naturales, non etiam ciuiles, quoniam indebiti condictio naturalis eſt. Veniunt autem non tam officio iudicis, quàm iure actionis, vt bene Accurſius hîc poſt Ioannem ex *d. §. libertus.* Alioqui non venirent fructus, niſi qui poſt litem conteſtatam & acceptum iudicem percepti eſſent, quod non ita eſt *l. 2. l. videamus 38. in princ. & §. ſi actionem infr. de vſur.* Sed additur hîc, quod non fuit prætermittendum, fructus in condictionem indebiti venire deducta impenſa. Nam nec fructus vnquam intelliguntur niſi deductis ſumptibus qui ad eos colligendos neceſſarij ſunt, idque naturali quadam ratione, quæ etiam in prædonibus locum habet, *l. ſi à domino 36. §. vlt. ſupr. de hered. petit.* Quanto magis in eo qui rem ſibi à domino ipſo traditam accepit? Hic enim plus quàm bonæ fidei poſſeſſor eſt, cùm ſit etiam dominus *l. ſi quis cùm ſciret 8. infr. pro emptor.* Nec ſanè vllus caſus interuenire poteſt, qui hoc genus deductionis impediat, inquit Iulianus *in l. fundus 51. ſupr. Famil. erciſc.* Iunge *l. vlt. infr. de impenſ. in reb. dotal. fact.*

6 ¶ In frumento indebito ſoluto & bonitas eſt repetenda: &, ſi conſumpſit frumentum, pretium repetet.

### *Ad §. 6. In frumento.*

RAT. DVB. Quod indebitum ſoluitur, aut ipſum aut tantundem repetitur, *leg. quod indebitum 7. ſupr.* ipſum quidem ſi in ſpecie conſiſtat, tantundem verò ſi in genere, vt ibi explicauimus. Atqui frumentum eſt ex earum rerum numero quæ in genere cõſiſtunt, & in ſuo genere functionem recipiunt *l. 2. §. mutui datio ſupr. de reb. credit.* Ergo ſi frumentum indebitè ſolutum ſit, tantundem repetendum eſt, non frumenti ſoluti precium, quemadmodum ſi frumentum mutuo datum eſſet, nam & indebitum quaſi mutuum & pro mutuo eſt §. *is quoque Inſtit. quib. mod. re contr. oblig.* Nec quod in frumento bonitas quoque ſpectanda ſit, ad rem facit, nam & in mutuo id agitur, vt tantundem reddatur in eadem bonitate & qualitate *l. cùm quid 3. ſupr. de reb. credit.* & tamen non eo minus tantundem frumenti reddendum eſt, condictione certi ex mutuo, non autem frumenti precium. DEC. In condictione indebiti illud tantùm inſpicimus in quantum factus ſit locupletior is, qui cõdictioné tenetur *l. ſi non ſortem 26. § libertus ſupr. hoc tit.* Ideò enim condictio hæc comparata eſt, non vt actoris indemnitati pleniſſimè conſulatur, ſed ne is qui indebitum accepit, ex aliena iactura locupletetur *l. nam hoc natura 14. ſup. l. prox. infr. hoc tit.* Atqui ſi frumento conſumpto quod indebitè ſolutum fuerat, tantundem frumenti condiceretur, licèt in eadem bonitate & qualitate, vt euenit in mutuo, facilè accideret, vt in plus vel minus teneretur is, qui accepiſſet, quàm in quo factus eſſet locupletior. Eſt enim frumentum ex earum rerum numero, quæ non tantùm in genere conſiſtunt, ſed etiam pro temporum & locorum varietate aliam atque aliam recipiunt æſtimationem *leg. 1. infr. de eo quod cert. loc. l. oleo 22. ſanct. l. frumenti 17. C. de furt.* Ne igitur actori aut reo fiat iniuria, neceſſario dicendum eſt, indebiti frumenti conſumpti precium venire in condictionem indebiti, non frumentum ipſum, neque quod conſumptum eſt, quia non extat amplius, neque tantundem quia in eo vel plus vel minus contineretur, quàm in condictionem venire debeat, nec facilè fieri poteſt, vt in huiuſmodi rerum genere quod tantundem eſt, ſit etiam tantidem. Et ita benè hìc docet Bartolus niſi quod reo tantùm conſulere vult, ne in plus teneatur quàm quanto locupletior factus ſit, cùm tamen actori æquè conſulendum ſit, vt non minus conſequatur quàm ſit id in quo reus locupletior factus eſt: tam facile autem poſſet hoc quàm illud contingere, ſi tantundem frumenti etiam æquè boni reddendum eſſet, non precium conſumpti. Quid ergo ſi frumentum ſolutum indebitè adhuc extet, necdum ſit conſumptum? Non precium frumenti hoc caſu repetendum erit, quia periculum hìc nullum ſubeſt, ne in plus vel minus quàm oporteat condemnetur is qui indebitum accepit, ſed vel illud ipſum frumentum quod ſolutum eſt, quamuis poſſit ſolo curſu temporis factum eſſe deterius, vel quia functionem recipiat in ſuo genere, tantundem in eadem bonitate & qualitate. Atque ita erit hoc caſu locus ei quod ſcriptum eſt in *dict. l. quod indebitum.* Quod tamen neſcio an Bartolus noſter viderit ac perceperit. Sanè quod Accurſio placet intelligendum eſſe hunc §. de frumento, quod ſolutum ſit, tanquam debitum in ſpecie, non in genere, ſicuti ſuſpectum eſt Bartolo, ita mihi non probatur: cùm ſit commentitia interpretatio, quæ nullis §. verbis adiuuatur: nec poſſit frumenti ſolutio fieri in genere: ſed tantùm in ſpecie. Genus enim cùm in iure cõſiſtat, non in corpore, neque videtur neque tangitur, nec proinde ſoluitur. Cúmque in condictione indebiti nihil aliud quærendum ſit, quàm in quo factus ſit locupletior is qui debitum accepit, vt diximus, ex *d. l. nam hoc natura & dict. § libertus*, apparet nihil omnino intereſſe ad reum in plus vel minus obligandum, vtrum ei ſolutum ſit frumentum quaſi debitum in genere, an quaſi debitum in ſpecie, cùm ea ſoluentis opinio non poſſit accipientem facere minus locupletem, aut locupletiorem: vtroque enim caſu idem ſoluitur, nec plus aut minus vno quàm alio: quemadmodum autem bonitas frumenti conſumpti ea demum æſtimanda eſt quæ fuit, non cùm frumentum ſolueretur, ſed cùm conſumeretur, ne alioqui in plus vel minus teneatur is qui cõſumpſit, quàm in quantum factus ſit ex eo locupletior, ita & ſi adhuc extet tantundem quidem repetendum eſt, ſed in ea bonitate quæ fuit non ſolutionis tempore, ſed propoſitæ condictionis. Non enim locupletior factus videri poteſt is, qui accepit in ea bonitate, quæ fuit tempore ſolutionis, ſi quo tempore condictio inſtituitur, bonitas illa decreuerit ſine mala fide vlla accipientis. Quid enim ſi frumentum ipſe corrupiſſet immixta filigine, vel hordei quantitate? Æquum certè eſſet teneri enim, vt tantundem redderet in ea bonitate quæ fuiſſet cùm frumentum ſolueretur, alioqni dolus ei ſuus prodeſſet. Planè quod Bartolus hìc contra Paulum diſputat, in obligationibus dandi poſt rem peremptam agendum eſſe, nihilominus ad rem non ad precium ex *l. pen. ſupr. de condict. cauſ. dat.* alienum eſt ab huius loci ſententia. Tunc enim id procedit, cùm res quæ dari debuit, perempta eſt poſt moram, quia eſt vnus ille ex moræ effectibus, vt res poſt moram perempta extare adhuc videatur, ideóque & peti adhuc poſſit, licèt præſtari amplius non poſſit *l. ſi ſeruum 91. §. ſequitur & §. vlt. infrà de verb. oblig.* At nos tractamus eum caſum, in quo frumentum etiam nulla mora interueniente conſumptum adhuc præſtandum ſit, quatenus ſcilicet is qui indebitum frumentum accepit, & ſuo iure conſumpſit, inuenitur factus ex eo locupletior, vt nimirum eatenus condictione teneatur. Atqui reperitur factus locupletior in frumenti conſumpti precio, cùm frumentum in ſuos vſus conſumpſerit. Tantundem enim de ſuo comparare & erogare debuiſſet, ſi indebitum hoc frumentum non accepiſſet *l. ſed etſi 25. §. quod autem in fin. ſupr. de hered. petit. l. filiusfamilias 18. infr. de in rem verſ.* Ergo precium frumenti conſumpti neceſſariò ei condicendum eſt, nec de frumento ipſo citra moram & bona fide conſumpto tractari quicquam amplius poteſt. Neque nouum eſt, vt in condictionem indebiti aliud veniat, quàm quod ſolutum fuit, præſertim verò ſolutæ rei precium, & æſtimatio *d. § libertus*, vbi diximus.

7 ¶ Sic, habitatione data, pecuniam condicam, non quidem quanti locare potui [a], ſed quanti tu conducturus fuiſſes.

*Ad §.*

*Ad §.7. Sic habitatione data.*

RAT. DVB. Quod indebitum ſolutum eſt, aut idipſum in ſpecie repetendum eſt, aut tantundem in genere, vt pro ratione dubitandi ſcripſimus ad §. præcedentem ex *l. quod indebitum 7. ſupr. hoc tit.* Atqui cùm habitatione data indebitè pecuniam condico, neque id ipſum quod dedi, repeto, neque tãtundem. Ergo permittendum mihi non eſt, vt pecuniam condicam. DEC. Non eſt nouum, vt aliud ſoluatur, aliud verò condicatur, vt proximè diximus ex *l. ſi non ſortem 26. §. libertus ſupr. hoc titul.* vbi ſoluto indebitè fundo etiam fructus condicuntur, & ſolutis operis quæ non debebantur, earum æſtimatio repetenda eſt. Idem igitur & in propoſito euenit, vt habitatione data indebitè, poſſim & debeam condicere pecuniam, ideſt, precium habitationis, quẽadmodum in §. præcedente conſumpto frumento, quod indebitè ſolutum fuit, non frumentum ipſum condicitur, quod conſumptum eſt, neq; tãtundem, ſed frumenti conſumpti precium. Itaque benè hic §. præcedenti ſubiungitur his verbis *ſic habitatione data*, tanquam ſimilem habens iuris rationem, eandémque dubitandi & decidendi cauſam. Habitatio enim perinde ac frumentum conſumitur, ſed frumentum vſu, habitatio autem etiam non vſu: quã habitatio vnius diei non eadem quæ alterius diei habitatio eſt. Et quemadmodum Celſus eleganter dicebat, vſumfructum quotidie conſtitui & quotidie amitti *l. 1. §. interdum ſupr. de vſufr. adcreſc.* ita & de habitatione ſimiliter dici poſſe videtur, quotidie illam conſtitui & quotidie amitti, quoniam & prædij vrbani fructus in diurnæ habitationis commodo conſiſtit *l. item quæritur 13. § qui impleto in fin. infr. locat.* Denique habitatio magis in facto, quàm in iure conſiſtit *l. pen. ſupr. de capit. minut.* Quæ autem facti ſunt, nunquam condicuntur, vt diximus ad §. *quod ob rem ſuprà.*

a *Non quidem quanti locare potui.* RAT. DVB. Tanti mea intereſt quanti habitationem locare alij potui, non quanti fueris tu conducturus *l ſi nauis §. 26. generaliter ſupr. de rei vindic. l. ſi commiſſa 13. infr. rat. rem haber.* Ergo cùm permittendum mihi ſit, qui habitationem tibi indebitè dedi, vt pecuniam condicam, condicere debeo quanti locare habitationem potui, non quanti conducturus fueris.

DEC. Condictio indebiti neque iure actionis, neque officio iudicis perſequitur quanti actoris intereſt, ſed tantùm quanto locupletior reus factus eſt, vt lucrum ei omne eripiatur, non etiam vt actori pleniſſima indemnitas præſtetur *d. l. ſi non ſortem 26. §. libertus ſupr.* Atqui ob id quod habitationem indebitam à me habueris, non potes videri factu locupletior, quãti locare alij eam potuiſſem, ſed quãti tu à me conducturus illam fuiſſes, quod plerunque minus eſt, pro conductoris ſcilicet perſona & qualitate: ſatis igitur mihi eſſe debet, quod condictione indebiti tantam pecuniam poſſim à te condicere quantam tu conductionis nomine præſtaturus fuiſſes, ſi indebitam habitationem à me non habuiſſes. Quod ſi habitationem indebitam nec à me, nec ab alio habueris, ſed ſimpliciter in domo mea habitaueris, placet quod vult Bartolus, dãdam mihi contra te condictionem non quidem indebiti, cùm factum meum nullum interuenerit, per quod aliquid quod meum erat tuum fecerim *leg. ſi in area 33. ſupr. hoc titul.* ſed ſine cauſa ad tantam pecuniam quanti tu fueras conducturus, quia in tantum duntaxat potes videri factus locupletior *arg. l. prox. infr. & l. 2. infr. tit. prox.* Non enim requirit condictio ſine cauſa quod requirit condictio indebiti, vt aliquid ex meo tuum fecerim, ſed tantùm vt aliquid ex meo ſit penes te ſine cauſa. Vnde eſt quod nec condictio ſine cauſa comparatur mutuo, quomodo condictio indebiti *l. 5. §. is quoque infr. de oblig. & action. & §. is quoque Inſtit. quib. mod. re contr. oblig.*

8 ¶ Si ſeruum indebitum tibi dedi, eúmque manumiſiſti: ſi ſciens hoc feciſti, teneberis ad precium eius: ſi neſciens, non teneberis: ſed propter operas eius liberti [a], & vt hereditatem eius reſtituas.

*Ad §. 8. Si ſeruum.*

RAT. DVB. Etiamſi ſeruum indebitum tibi dederim, feci tamen tuum, alioqui non poſſem eum condicere meum manentem, niſi à fure *l. vlt. ſupr. vſufruct. quem caueat. § ſic itaque Inſtit. de act.* Et quamuis non deſint, qui putent eum qui indebitum ſciens accepit, furtum facere ex *l. quoniam 18. infr. de condict. furt.* verius tamen eſt nunquam poſſe furem dici eum qui ab ipſo domino, & ex eius non modo voluntate, ſed etiam manibus poſſeſſionem rei nactus eſt, cùm non tantum bonæ fidei poſſeſſor ſit, ſed etiam dominus *l. ſi quis cùm ſciret 8. infr. pro emptor.* Et quod contra ſcriptum videtur in *d. l.* quoniam ad eum caſum reſtringi debet, in quo quis ſciens indebitum acceperit à non domino, puta à procuratore ſiue falſo ſiue vero falſi debitoris, vt ibi dicemus. Atqui quiſquis ſerui dominus eſt, eum manumittere pro ſuo iure poteſt, ſi aliud nihil impediat, vt eos caſus excipiam de quibus in *tit. qui & à quib. manum. liber. non fiant.* Nec ob datam ſeruo ſuo libertatem precium eius dare unquam cogitur exceptio caſu *l. quidam 25. §. ſi quis filium infr. ad Senatuſconſultum Trebellianum*, de quo alibi ſcripſimus, & ſi qui alij ſunt ſimiles. Ergo ſi ſeruum indebitum tibi dederim, eúmque manumiſeris ſciens indebitum, ſiue ſciueris iam inde ab initio & eo tempore quo tibi dedi, ſiue tunc tantùm cùm manumiſiſti dicendum eſt, te ad reddendum mihi precium non teneri.

DEC. Condictio indebiti comparata eſt, ne quis ex aliena iactura lucrum faciat *l. prox. infr. l. nam hoc natura 14. l. ſi non ſortem 26. §. libertus ſupr.* Lucrum autem eſt, & quidem improbum quoties quis ex alieno largitur, vt ſibi acquirat beneficij debitorem *l. ſi quis pignore 54. §. 1. infr. de furt.* Acquirit autẽ ſibi debitorem beneficij, & quidem maximi, quiſquis ſeruo dat libertatem, licèt dici ſoleat non fieri locupletiorem eum qui libertum adquiſiit *l. nemo prado eſt 126. §. 1. de regul. iur.* Porrò libertas ſemel data neque reuocari per eum qui dedit, neque condici per alium poteſt *§. ſi is qui Inſtit. de eo cui libert. cauſ. bon. addic.* Illud ergo vnum ſupereſt quod dici poſſit, vt eius ſerui precium mihi per condictionem reddere tenearis, vt ſaltem precium ſuccedat loco rei. Etſi enim verum eſt non precium tibi à me datum eſſe, ſed ſeruum, aliud verò eſſe ſeruum ipſum, aliud verò ſerui precium *l. ſi alij 42. §. 1. ſupr. de vſufru. l. vlt. Cod. de*



Digitized by Google

*fideic.libert.* Illud tamen negari non poteſt, quin ego dando tibi ſeruum hoc ipſo factus ſim pauperior in precio, quod ex venditione ſerui conſequi potuiſſem, & tu eo ipſo inſtanti factus ſis locupletior quàm ti eo tempore ſeruus fuit, quia & tanti vendere potuiſſes, ſi voluiſſes. Nec quod manumittere illum malueris, quàm vendere, condictionem aut ſerui aut precij acquiſitam tollere mihi potuiſ, quia licèt manumittendo ſeruum, atque ita pro ſeruo libertum acquirendo non ſis factus locupletior, perinde tamen habẽdus es, ac ſi precium penes te haberes, cùm tanti habueris carere precio, vt libertum ſenim haberes. Habes ergo precium æquipollenter, &, vt ita dixerim, eminenter. Proinde æquum eſt te verũ iuſtúmque precium mihi reddere, cùm ſciens indebitum ſeruum manumiſeris, vel ob hoc ipſum ne condici amplius tibi poſſet, ne alioqui dicendum ſit in poteſtate tua fuiſſe condictionem mihi competentem ſolo facto tuo adimere, téque à condictionis periculo liberare contra *l. vlt. ſupr. de pact. l. ſi ſeruum 91. §. nunc videamus infr. de verb. obligat. l. Granius 71. § pen. infr. de fideiuſſ.* Nec nouum eſt, vt res aliqua indebitè ſoluta ſit, nec ipſa tamen, ſed precium eius condicatur, vt in ſpecie *d. § libertus*, vbi diximus. Quoties enim æquitatem deſiderij naturalis ratio aut dubitatio iuris moratur, iuſtis decretis temperãda res eſt *l. in ambiguis 85 §. vlt. de reg. iur.* Et rurſum, quoties nihil ſine captione inueſtigari poteſt, id eligendum ſemper eſt quod minimum habeat iniquitatis *l. quoties 200. eod.* In propoſito autem nihil minus iniquum dici poteſt, quàm vt tu qui ſciens & prudens ſeruum indebitè tibi ſolutum manumiſiſti, vt & mihi condicendi eius & tibi reſtituendi facultatem præriperes, ſaltem ad precij reſtitutionem mihi tenearis, vt & in ſpecie *l. ſi is cui 39. infr. de mort. cauſ. donat.*

a *Si neſciens, non teneberis, ſed propter operas eius liberti.* RATIONVB. Non alius condictione tenetur, quam qui vel locupletior factus eſt, & quatenus locupletior effectus fuit vel prudens & ſciens fecit, ne in plus locupletaretur, vt in ſuperiore caſu. Atqui cùm hominem indebitum tibi dedi, & tu neſciens indebitum accepiſti, acceptúmque manumiſiſti, neque potes videri factus locupletior per acquiſitionem liberti *d. l. nemo prædo eſt 126. §. 1. de regul. iur.* neque imputari tibi poteſt cur eum manumiſeris, cùm bona fide id feceris neſciens te condictione teneri. Ergo nulla æquitas patitur, vt condictione aliqua tenearis nec magis propter operas liberti, quàm ad precium eius reſtituendum, cùm operæ hominis in fructu ſint *l. 3. & 4. ſupr. de oper. ſeruor.* bonæ fidei autem poſſeſſor fructus omnes faciat ſuos *l. bona fidei 48. de acq. rer. domin.* multo magis autem ille qui dominus eſt, qui nec cõſumptos nec extantes, nec iure actionis nec officio iudicis reſtituere vnquam cogitur. Et verò cùm negari non poſſit, quin accipiendo à me ſeruum quamuis indebitum, factus ſis eius dominus, cùm verò eum manumiſiſti, ex domino patronus, an non planè iniquum fuerit cogi te mihi per condictionem indebiti hereditatem eius mihi reſtituere, quam iure patroni tibi acquiſiueris, & quæ fortaſſis nunquam ad me peruenitſſet, ſi eum tibi non dediſſem, quia nec fuiſſem vnquã fortaſſe manumiſſurus? DEC. Cõdictio ſpecies quedã euictionis eſt, quæ tollit intellectum factæ ſolutionis, vt in *l. ſi patronus 55. §. vlt. infr. ad SC. Trebel.* Atqui ſi non tibi dediſſem Stichum, quaſi debitum, cùm eſſet reuera indebitus, tu neque operas eius aut ex operis quicquam lucri percepiſſes, neque bona ipſius aut hereditatem tanquam liberti tui, quia nec libertus tuus eſſe potuiſſet, qui à te manumiſſus nunquam fuiſſet. Nec tamen negare potes, quin & in hereditate illa & in operis factus ſis locupletior per ſolutionẽ indebiti. Nulla ergo tibi fit iniuria, ſi per condictionem indebiti auferam tibi omne id, in quo locupletior factus es, quódque hodie non haberes, ſi tibi indebitum non ſoluiſſem. Planè vt ſerui precium mihi reddas, non teneris, quia nec in eo factus es locupletior, nec dolo tuo factum eſt, quominus eatenus locupletior factus ſis. Sed etſi alio quàm patroni iure hereditatem liberti acquiſiueris, non debet ea res meum ius augere in cauſa condictionis, cùm non quaſi patronus id acquiſiueris, ſed quaſi alius quilibet *leg. ſi verò 64. §. item quicquid infr. ſolut. matrim. l. ſi quis ſeruum 23. de action. empt. l. ſi paterfamilias 15. § 1 ſupr. de adopt. l. debitor 59. §. vltim. infr. ad SC. Trebell.* Illud non eſt prætermittendum, quod Accurſius notat, aliam rationem eſſe heredis qui ſeruum à ſe ex legati cauſa præſtandum ſiue ſciens, ſiue ignorans manumiſit. Hic enim omnimodo tenetur legatario, vt ſaltem precium ei præſtet *§. ſi res legata 16. Inſt. de legat. l. ſi quis inquilinos 112. §. 1. de legat. 1.* quia omnimodo eum oneratum teſtator voluit, quam defuncti voluntatem nullo ille facto ſuo potuit eludere. In propoſita autem ſpecie is, qui ſciens indebitũ ſeruum accepit, & manumiſit, non tenetur niſi ex æquitate, nec rurſũ ex æquitate niſi quatenus locupletior factus eſt, aut per eum ſtetit, quominus factus ſit: non eſt autẽ factus locupletior, nec pro locupletiore habendus, qui ſeruum ignorans indebitum accepit & manumiſit, ne ea manumiſſione aliquid præter libertum acquiſiuit, vt benè hîc Accurſius ratiocinatur. Sanè quod addit ſimilẽ huic eſſe legatariũ, qui cauit heredi vulgari cautione, ſi eo plus quã per leg. Falc. vt ſi res legata penes legatariũ interim ſine dolo malo pereat, non teneatur heredi *l. 1. §. vlt. & l. 2. & 3. infr. ill. tit.* ego non ita facilè probare poſſum, qui video multum diſtare, an res debita facto ſuo pereat, an facto debitoris etiam iuſto & cum bona fide coniuncto, itémque non generis, ſed ſpeciei debitorem eſſe legatarium, qui legatum accepit præſtita cautione, quia nec ſolutio fieri vnquam poteſt in genere, ſed ſemper in ſpecie, vt diximus ad *§. in frumento ſupr.*

9 ¶ Indebitum eſt, non tantùm, quod omnino non debetur: ſed & quod alij debetur, ſi alij ſoluatur: aut ſi id, quod alius debebat, alius, quaſi ipſe debeat, ſoluat.

*Ad §. vlt. Indebitum.*

De huius §. ſententia iam ſcripſimus ad *l. ſi pœna 19. §. 1. l. ſi non ſortem 26. § indebitum & ad l. repetitio 44. ſupr. hoc tit.* in quibus locis omnibus eadem ſententia proponitur, quæ in hoc §. niſi quod hîc apertius exprimitur, quantum ad indebiti condictionem pertinet,

pertinet, indebitum dici non ſi quis ſimpliciter ſoluat, quod ipſe debeat, alius verò debeat, ſed ſi cùm nihil ipſe debeat, ſoluat tamen quaſi debeat: quo caſu verè indebitum eſt, quod ſoluitur, licèt ei qui ſolutionẽ accipit, hoc ipſum quod ſoluitur, ab alio debeatur: ideóq; condictio indebiti dãda eſt ei qui ſoluit, nec locus eſt regulæ quæ negat repetitionem vllã eſſe ab eo qui ſuum recepit, licèt alius ſoluerit, quàm qui debuit *d.l.repetitio.* Procedit enim illa regula, quoties is qui ſoluit alieno nomine, ſoluit & quaſi alius, nõ quaſi ipſe debeat *l.cùi quis 38. §. de pecul. in fi. infr. de ſolu. l. ſi quid poſſeſſor 31. in pr. de her. pet. ſup.*

66. PAPINIANVS libro 8. Quæſtionum.

HÆc condictio ex bono & æquó introducta, quod alterius apud alterum ſine cauſa deprehenditur, reuocare conſueuit.

*Ad l. Hæc condictio 66.*

Non aliam habet hæc lex dubitandi aut decidẽdi rationem, quàm quæ ad totum hunc titulum pertinet, adeóque ad vniuerſum tractatum de condictionibus. Non enim videbatur permittendum ei, qui facto ſuo dominium rei ſuæ in alium tranſtuliſſet, vt contra factum ſuum veniret, & ab aduerſario ſuo dari ſibi debere intenderet, quod prior ille aduerſario dediſſet, cùm nemini permittendum ſit, vt contra factum ſuum veniat, ſi modò factum illud à iure non ſit improbatum *l. poſt mortem 25. ſupr. de adopt. l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.* Sed tamen æquitas, quæ omnes omnino condictiones induxit & repetitiones *l. pen. in fin. infr. ad SC. Trebell. l. cùm hi 8. §. ſi quis de alimentis verſ. ſanè ſupr. de tranſact.* non patitur, vt ex aliena iactura quis locupletetur *l. iure natura 206. de regul. iur. l. nam hoc natura 14. ſupr. hoc tit.* Ideóq; quod ex alieno apud alium ſine cauſa nulló que iure eſſe reperitur, ex bono & æquo auocandum eſt, ex ea ſcilicet æquitate, quæ iuris naturalis eſt & gentium *l. rerum 25. infr. rer. amot. l. prox. §. quod ob rem ſupr.* Excipit tamen Accurſius caſum *l. t. § intereſt infr. ſi ventr. nomin. mulier in poſſ. miſſ.* quaſi quod ibi penes mulierem etiam ſine cauſa eſſe deprehenditur, ab ea tamen auocari non poſſit, ſed malè. Ibi agitur de fructibus à muliere in poſſeſſionem miſſa ventris nomine bona fide conſumptis, qui proinde nec amplius penes mulierem eſſe deprehenduntur, nec ſine cauſa, cùm & prætore authore, & bona fide percepti, adeóque etiam conſumpti ſint. Nec valde refert, an quod alienum fuit tale manſerit, an verò factum ſit accipientis: niſi quod poſterior hic caſus inducit condictionem indebiti, quæ omnimodo exigit, vt quod alienũ fuit, tranſlatum ſit in alium facto & voluntate domini, factúmque ſit accipientis *l. ſi in area 33 ſupr. hoc titul.* Prior verò caſus poteſt inducere condictionem ſine cauſa, quæ generaliorem cauſam habet quàm condictio indebiti: nec aliud requirit, niſi vt quod etiam hodie alterius adhuc eſt, apud alium tamen ſine cauſa eſſe deprehendatur: quod cùm accidit, poſſeſſio quidem frequentius quàm dominium in condictionem venit (eſt enim condictio interdum ſolius etiam poſſeſſionis à dominio ſeiunctæ, adeóque condictio indebiti, vt vidimus in *l. indebiti 15. §. ſed ſi nummi ſupr. hoc tit.*) ſed tamen poteſt fieri, & verò fit plerunque, vt per condictionem ſine cauſa etiam dominium auocetur, nempe quod non facto prioris domini, ſed alia quauis ratione ad poſſeſſorem peruenerit, dummodo ſine cauſa penes eum hodie ſit *l. 2. 3. & 4. & paſſ. infrà tit. prox. l. 2. 3. & 4. C. de condict. ex leg. & ſin. cauſ. l. ſeruum quem 30. verſ. ſecundum quæ inf. de act. empt. & l. ſi & me & Titium 32 ſup de reb. credit.* quam de condictione ſine cauſa accipiendam eſſe rectè ſcripſit Cuiacius ad hanc legem. Nã vt idem Cuiacius in Paratitlis docet, condictio ſine cauſa concurrit quidem plerunque cum condictione indebiti, cæteríſque condictionibus, ſed interdum tamen etiam ſola datur, vt in ſpecie *d. l. ſi & me & in l. inf. tit. prox.* Intellige ergo hanc legem quomodo voles, aut de condictione indebiti, aut de condictione ſine cauſa, dum ne condictiones iſtas confundas. Iunge quæ ſcripſi ad *d. l. prox. §. quod ob rem ſupr.*

67. SCÆVOLA lib. 5. Digeſtorum.

STichus teſtamento eius, quem dominum ſuum arbitrabatur, libertate accepta, ſi decem annis ex die mortis, annuos decem heredibus præſtitiſſet, per octo annos præfinitam quantitatem, vt iuſſus erat, dedit: poſtmodum quàm ſe ingenuum comperit: nec reliquorum annorum dedit, & pronunciatus eſt ingenuus, quæſitum eſt, an pecuniam, quam heredibus dedit, vt indebitam datam repetere, & qua actione poſſit? reſpondit, ſi eam pecuniam dedit[a], quæ neque ex operis ſuis, neque ex re eius, cui bona fide ſeruiebat, quæſita ſit, poſſe repeti.

*Ad l. vlt. Stichus teſtamento.*

RAT. DVB. Condictio indebiti non habet locum, niſi cùm aliquid datum eſt ob cauſam præteritam, eámque ſui natura obligatoriam *l. damus 52.* vbi diximus *ſupr. hoc tit.* Atqui cùm Stichus teſtamento eius quem dominum ſuum arbitrabatur, libertate accepta ſub ea condicione, ſi per decem annos continuos decem heredi præſtaret, decem per octo annos præſtitit, non ob cauſam præteritam præſtitit, ſed ob futuram, vt ſcilicet poſt decem-

nium libertatem directam ex defuncti teſtamento conſequeretur: quæ tamen cauſa non poteſt ſequi in perſona eius, qui iam tum & liber & ingenuus erat, quique talis per ſententiam pronunciatus eſt. Nec enim qui iam liber & ingenuus eſt, magis liber & ingenuus fieri poteſt, neque dubitandi cauſa vlla relinquitur, quin talis ſit poſt ſententiam de ingenuitate redditam, quæ pro veritate habetur *l. ingenuum 25. ſuprà de ſtat. homin. l. res iudicata 208. de regul. iur.* Ergo quod per octo annos præſtitum eſt, per condictionem indebiti repeti non poteſt. Atque ita Accurſius noſter & Axo ſentiunt, exiſtimantes legem hanc quæ dat Sticho repetitionem, intelligi debere de condictione ob cauſam dati cauſa non ſecuta ex *l. 3. §. ſi liber homo ſupr. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſecut. l. cùm ancillam 6. l. ſi liber 9. Cod. eodem.* Quod tamen Bartolus non probat, veriorem exiſtimans Irnerij ſententiam, qui de condictione indebiti reſponſum hoc intelligebat. Nec aliud mihi iudicium eſt, ſed non ratione illa qua potiſſimum mouetur Bartolus, quòd vnaquæque lex debeat intelligi ſecundum naturam tituli, ſub quo poſita eſt ex *l. Imperator 16. infr. de in diem addict.* [non enim ita ſcripſit Scæuola ſub *tit. de condict. indeb.* ſed libro quinto Digeſtorum, & conſtat in libris noſtris multas leges eſſe ſub alienis titulis collocatas, quas ideo nec malè *fugitiuas* ſolet Cuiacius dicere.] At potius, quia mera iuris ratio facit, vt de indebiti condictione lex hæc intelligi debeat, nimirum quia in hac ſpecie non immediatè ob cauſam futuram libertatis acquirendæ data fuerat pecunia, nec ab eo qui ſciebat ſe non teneri, vt malè Axo credidit [alioqui non poſſet repetere, qui ſciens dando indebitum donaſſe videretur *l. cuius per errorem 53. de regul. iur. l. ſi is qui 24. l. ſi non ſortem 26. §. indebitum l. quod quis 50. ſupr. hoc tit.*] ſed ob cauſam præteritam adſcriptæ condicionis teſtamentariæ, eiuſque implendæ gratia, ſed per errorem. In quo differt hæc ſpecies ab illa, de qua in ſupradictis legibus quæ dant condictionem ob rem dati re non ſecuta. Cui tum demum locus eſt, cùm quis iam liber pecuniam dedit ad hoc immediatè, vt manumittatur: non etiam vt pareat condictioni. Cauſa enim dandæ pecuniæ nulla eſt in perſona eius cui adſcripta condicio eſt, ad promerendam libertatem cùm iam liber eſſet, vt & in ſpecie *l. is cui hereditas 34.* vbi diximus *ſupr.* Aliaque ratio eſt eius de quo in *l. 1. §. 1. ſupr. de condict. cauſ. dat.* id eſt, qui pecuniam dedit implendæ condicionis cauſa, vt hereditatẽ ſibi acquirere poſſet, quam poſtea vltro repudiauerit. Habuit enim is cauſam dandæ pecuniæ, vel ob hoc ipſum, vt hereditatem repudiare poſſet, quam porrò repudiare non poterat, antequàm eſſet delata *l. 1. §. decretalis infr. de ſucceſſ. edict. l. illud 77. de acquir. hered.* nec rurſus delata poterat videri hereditas ante impletam condicionem, *l. facta 63. §. ſi ſub condicione ad Senatuſconſultum Trebellianum l. ei qui 13. de condict. inſtit.* Proinde ſecuta repudiatione condictioni locus eſt non indebiti, ſed quaſi re non ſecuta. At in ſpecie quam tractat hîc Scæuola, non ſubeſt aliqua cauſa dandæ pecuniæ, ne quidem implendæ condicionis gratia, cùm iam liber & ingenuus eſſet Stichus cui adſcripta fuerat condicio ad libertatem promerendam, cùm iam liber eſſet, & ingenuus.

2 *Reſpondit, ſi eam pecuniam dedit.* Propoſita erat Scæuolæ duplex quæſtio, an in hac ſpecie repeti poſſet pecunia per octo annos ſoluta ab eo, qui obligatum ſe putabat, vt per decem annos continuus decem annua heredi præſtaret condicionis implendæ cauſa, item qua actione repeti deberet. Et quidem ad poſteriorem quæſtionem nihil reſpondet Scæuola *quaſi ſurdus*, inquit Accurſius. Ideò fortaſſe, quòd dubitari quidem poterat, vtrùmne condictio indebiti competeret, an potius ob rem dati re non ſecuta, quæ vix vnquam poſſunt concurrere *l. damus 52. ſupr.* Sed de condictione *ſine cauſa*, quæ generalior eſt, dubitari non poterat, quin ea ſaltem competeret, quandoquidem & cum aliis plerunque competit, & ſola plerunque datur, vt diximus ad legem præcedentem. Sed ad priorem quæſtionem propoſitam, quæ plus habebat difficultatis, reſpondet Scæuola cum diſtinctione, ſi eam pecuniam Stichus dedit, quæ neque ex operis ſuis neque ex re eius cui bona fide ſeruiebat quæſita ſit, repeti pecuniam poſſe. Quæ diſtinctio dubitandi rationem illam habet, quòd per liberam perſonam nihil alij quæri poſſit, *l. ſolutum 11. §. per liberam infr. de pignor. act. l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri de verborum obligationibus l. 1. Cod. per quas perſon. nob. acquir.* Sed fallit ea regula in libero homine bona fide alij ſeruiente. Acquirit enim tam ex operis ſuis, quàm ex re illius, cui bona fide ſeruit ſuo poſſeſſori, ex aliis verò cauſis omnibus ſibi *l. acquiruntur 10. §. idem placet l. qui bona fide 23. in princip. de acquir. rer. domin.* Ergo quod ex operis ſuis, vel ex re bonæ fidei poſſeſſoris acquiſitum Stichus ſoluerit, non eſt æquum vt poſſit repetere, cùm non ex ſuo, ſed ex ipſius poſſeſſoris pecunia ſoluerit. Sunt enim omnes hæ quæſtiones quæ de condictionibus occurrunt ex bono & æquo diiudicandæ, *leg. prox. & l. in ſumma 65. §. quod ob rem l. indebiti 15. ſupr. hoc tit. l. ſi & me 32. ſup. de reb. cred. l. cùm hi 8. §. ſi quis de alimẽtis verſ. ſanè ſup. de tranſact. l. pen. in fi. inf. ad SC. Trebell.*

1 ¶ Tutor creditori pupilli ſui plus, quàm debebatur, exſoluit: & tutelæ iudicio pupillo non imputauit. quæro, an repetitionem aduerſus creditorem haberet. reſpondi, habere.

*Ad §. 1. Tutor.*

Rat. dvb. Cùm indebitum tutor impuberis nomine numerauit, impuberis non tutoris condictio eſt *l. cùm indebitum 57. ſupr.* nunquam enim tutores, aut procuratores alieno nomine ſoluentes repetunt, ſiue ſuam, ſiue pupilli aut domini pecuniam ſoluerint *l. ſi procurator 6. in fin. ſupr.* quia ſcilicet non ſuo nomine ſoluerunt, ſed alieno, vt ibi diximus. Ergo non eſt adhibenda diſtinctio, quæ hîc adhibetur à Scæuola: vtrum tutor in reddendis tutelæ rationibus eam pecuniam quam impuberis nomine ſoluit, ipſi reputauerit necne, ſed indiſtinctè dicendum eſt, denegandam ei condictionem, quaſi nullum damnum ſentiat qui ex culpa ſua ſentit, cùm imputare ſibi debeat, cur non reputauerit, cùm poſſet. Dec. Quod impuberis nomine ſolutum conſequi tutor poteſt, ſiue directa tutelæ actione ſiue contrario & vtili tutelę iudicio, eius cõdictionem habere quidem tutor non debet, ſed pupillus cuius nomine indebitum tutor ſoluit: ſed

quod

quod conſequi & repetere à pupillo non poteſt, id eum repetere ab eo qui indebitum accepit æquiſſimum eſt, ne alio iure in damno ipſe maneat, qui autem indebitum accepit, ex ipſius iactura locupletetur contra naturalem æquitatem *l. nam hoc natura 14. ſupr.* At qui tutor qui actione tutelæ à pupillo cõuentus rationes ei reddidit, nec quod indebitum eius nomine ſoluerat ipſi reputauit, nulla amplius ratione indemnitatem conſequi à pupillo poteſt, quia non niſi ſemel tutelæ agi poteſt, nec rurſus cõtrario tutelæ iudicio poſtquam ſemel directo actu eſt, cùm ſufficiat directum non minus tutori quàm pupillo, ſi quid ille viciſſim tutori reputare aut ab eo petere velit. Nõ enim comparatum eſt contrarium iudicium tutelæ niſi ne cogatur tutor expectare, vt pupillus agat tutelæ, ſi fortè tardius agere velit, quia ſciat ſe tutoris ſui eſſe debitorem *l. 1. §. vlt. de contr. tutel. & vtil. act. iunct. l. niſi finita 4. in princ. & §. ſi adhuc & l. ſi cum adhuc 16. de tutel. & rat. diſtr.* Ergo alterutrũ euenire neceſſe eſt, vt vel in damno maneat tutor, qui per errorẽ ſoluit indebitũ, nec id pupillo actione tutelæ reputauit, & ex eius damno fiat locupletior falſus creditor, aut vt dãda ei ſit cõtra falsũ creditorem, qui indebitum accepit, indebiti condictio.

2 ¶ Titius cùm multos creditores haberet, in quibus & Seium, bona ſua priuatim facta venditione, Mæuio conceſſit, vt ſatis creditoribus faceret: ſed Mæuius ſoluit pecuniam Seio tanquam debitam, quæ iam à Titio fuerat ſoluta. quæſitum eſt, cùm poſtea reperiantur apochæ apud Titium debitorem partim ſolutæ pecuniæ, cui magis repetitio pecuniæ indebitæ ſolutæ competit, Titio debitori, an Mæuio, qui in rem ſuam procurator factus eſt? reſpondi ſecundum ea, quæ proponerentur, ei, cui poſtea ſoluiſſet.

*Ad §. 2. Titius.*

RAT. DVB. Itaquid iniquum eſt, vt cùm duo non ſimul & pariter, ſed diuerſis temporibus eiuſdem obligationis quantitatem ſoluerunt, condictio indebiti danda ſit ei non qui prior, ſed qui poſterior ſoluit, cùm prior ſolutio rite facta (de hac enim ſola loquimur) indebitam fecerit pecuniam, quæ poſteriore ſolutione continetur *leg. ſi cum duo 25. ſupr. hoc titul.* Sed tamen conſtat, ita hoc verum eſſe, ſi is qui poſterius ſoluit, non alieno, ſed ſuo nomine ſoluerit. Semper enim cùm de condictione quæritur, inſpiciendum eſt, non tam quis ſoluerit, aut ex cuius pecunia, quàm cuius nomine ſolutum ſit, vt proximè ſcripſimus ad §. præcedentem ex *l. indebitam 47. & l. in ſumma 65. §. vlt. ſupr. eodem.* Atqui ponimus Titium quidem qui in huius §. ſpecie verus fuerat debitor, priorem ſoluiſſe, poſteriorem verò Mæuium, ſed hunc tamen tanquam procuratorem Titij & ex conuentione cum Titio facta, vt creditoribus eius omnibus ſatisfaceret. Ergo Titij nomine non ſuo, ita vt quod Mæuius ſoluit, Titius ipſe ſoluiſſe videatur. Quid enim refert an per ſe quis ſoluat, aliúdve quid faciat, an per procuratorem? *l. ſi procurator 6. ſuprà hoc titul. leg. ita autem 5. §. quòd ſi quis infr. de admin. tutor.* Cùm igitur Titius ille ſit, qui vtramque ſolutionem feciſſe intelligitur, priorem quidem per ſe, poſteriorem verò per Mæuium. Cui obſecro alij quàm Titio pecuniæ bis ſolutæ condictio poteſt competere?

DEC. Quod facit procurator in rem ſuam conſtitutus, facit quidem alieno nomine, ſed ad ſuum tamen commodum, ſuóque periculo. Et ideò perinde habendus eſt ac ſi ſuo nomine faceret, ita vt nec ab eo qui procuratorem ipſum conſtituit, reuocari poſſit, mortuóque procuratore re integra tranſeat mandatum etiam in eius heredes *l. illam 33. C. de donat. l. qui ſtipendia 9. C. de procur.* vbi dicitur militem quamuis inoffenſa diſciplina militari alterius procuratorem eſſe non poſſit, in rem tamen ſuam honeſtè fieri procuratorem poſſe, cùm eo caſu rem ſuam non alienã gerat, tametſi contentio ex alterius perſona bona fide ſumatur. Atqui ponimus Titium cũ plurimos haberet creditores, priuatim facta venditione bonorum ſuorũ omnium, ea conceſſiſſe Mæuio, ita vt creditoribus omnibus ſatisfaceret; eáque lege bona Titij omnia ſibi haberet: quomodo etiã donatio fieri interdum ſolet *l. hereditatem 28. infr. de donat. l. cùm res 22. C. eod. titul.* Atque ita Mæuium in rem ſuam factum eſſe procuratorem à Titio. Ergo ſi Mæuius ſoluat, quod iam Titius ſoluerat, danda condictio eſt non Titio, ſed Mæuio, quia & poſterior ſoluit & ſuo nomine ſoluiſſe intelligitur; iunge *l. ſi quis in rem ſuam 28 iunct. §. vltim. legis praeced. ſupr. de procurat. l. 3. ſupr. famil. erciſcund.* De apochis autem de quibus hîc agitur & de antapochis, vide *l. plures apochis 19. Cod. de fid. inſtrum.* Apocha fit in fauorem debitoris de recepto, antapocha verò in fauorem creditoris de ſoluto, ne poſſit debitor negare ſe in præteritum ſoluiſſe, quod in poſterum quaſi tutus præſcriptione nollet ſoluere. Et ita benè hîc Accurſius.

3 ¶ Idem quæſiit, an pactum, quod in pariationibus adſcribi ſolet in hunc modum, *Ex hoc contractu nullam inter ſe controuerſiam amplius eſſe*, impediat repetitionem? reſpondi, nihil proponi, cur impediret.

*Ad § 3. Idem quæſiit.*

RAT. DVB. Non poteſt exerceri condictio indebiti, vt nec alia vlla actio ſine lite, multo minus ſine controuerſia aliqua quæ litem ſemper præcedit *leg. ſed etſi 25 §. ſi ante ſupr. de hered. petit.* Ergo pactum quod adſcribi ſolet in pariationibus, id eſt, in computationibus hinc inde ita factis, vt nihil debeatur, vt in *l. Iulius Paulus 81, infr. de condict. & de-*

*moaſtr l.Sticho 46.in fi.de ſtatulib.* ſubiecta etiam mutua ſtipulatione Aquiliana in hunc modum, *ex hoc contractu nullam inter ſe controuerſiam amplius eſſe* fieri non poteſt, vt in ſui generalitate condictionem quoque indebiti non contineat, quaſi ei renunciaſſe intelligatur is qui nullam aduerſario controuerſiam ſe amplius facturum promiſit. Cùm enim poſſit quilibet fauori ſuo renunciare, & iuri pro ſe introducto *l.ſi in lex 41.ſupr.de minor l.penult.Cod.de pact.* quidni etiam condictioni indebiti renunciare pro arbitrio poterit, ſiue expreſsè, ſiue tacitè, is qui indebitum ſoluit?

Dec. Condictio indebiti non alij datur quàm ei qui per errorem & putans ſe debere ſoluit: alioqui donaſſe videtur non ſoluiſſe, ſi prudens & ſciẽs ſoluerit *l cuius per errorem 53. de reg iur. l.1.l.fideicommiſſum 62 & tot.hoc tit.* Atqui errantis nulla voluntas, nullus conſenſus eſt *l.ſi quis per errorem 15.ſupr.de iuriſdict.l.2.in princip.ſuprà de iudic.l.nihil conſenſui 116.§.vltim de regulis iuris* Implicat ergo contradictionem, vt qui ſoluendo indebitum acquirit ſibi condictionem indebiti, cogitet de amittendo eius auxilio & beneficio, cùm acquiratur condictio ſoluenti extra id quod agitur, vt eleganter ſcriptũ eſt in *l.is qui 13.in fin.inf.Commod.* Et qua erroris facilitate ſoluit indebitum, eâdem & condictioni indebiti renunciaſſe credendus eſſet. Quod tamen ſi apertis expreſſiſque verbis feciſſet, adiecta etiam clauſula, quam Bartolus à notario additam ſupponit, *ſciens ſe non debere*, vtique admitterem nullum condictioni locum ſuperfore, at non propter renunciationis clauſulam, vt vulgo noſtri malè autumant, ſed quia nec ab initio vlla vnquam competiiſſet ei, qui ſciens indebitum ſoluiſſet, ſiue ea mente ſoluiſſet, vt poſtea repeteret, ſiue ſimpliciter *l.quod quis 50.ſupr. l.indebitum 9.C.eod.* Stulta igitur hoc caſu renunciatio eſt, & inutilis, tanquam facta iuris non competentis. Quinimò dicerem pactum hoc, quoniam haberet vim expreſſæ donationis, nõ aliter valere poſſe moribus noſtris, quibus omnes omnino donationes cuiuſcunque donationis, & quoquomodo factæ, dum ne fauore nuptiarũ & in contractu matrimonij, egent inſinuatione, quàm ſi fuerit inſinuatum. Cùm tamen quod quis ſciens indebitum ſimpliciter ſoluit, non eo magis repeti poſſit, quòd donatio, quæ per eiuſmodi ſolutionem facta eſſe intelligitur, non fuerit inſinuata. Inſinuationem enim requirũt donationes expreſſæ, non quæ tacitè duntaxat factæ intelliguntur. Denique generale eſt, vt executiuæ clauſulæ, id eſt, quæ in vltima contractus parte circa ipſius executionem apponuntur, nihil vnquã addant diſpoſitiuis, ſed potius ex natura principalis contractus interpretationem accipiant: quod optimè probare noſtri ſolent ex hoc potiſſimum §. & ex *l.vlt.C.de non num.pecun.l fide certa 32.C.de tranſact.l.tres fratres 35. l.emptor 47.§ Lucius ſupr.de pact.* Tũc autem maximè hoc procedit, inquit Bartolus, quando ille qui huiuſmodi generalibus clauſulis vteretur, eſſet in dolo. Nunquam enim dolus incognitus remiſſus intelligitur, aut cùm error renũciantis proficiſceretur ex teſtamento incognito, vt in *l.vlt.C de reb.credit.l de his 6.ſupr.de tranſact.l.Lucius 78.§.vlt.inf. ad SC.Trebel.l.vlt.§.vlt.de leg.2.*

4 ¶ Lucius Titius Gaio Seio minori annis vigintiquinque pecuniam certam credidit, & ab eo aliquantum vſurarum nomine accepit, & Gaij Seij minoris heres aduerſus Publium Mæuium à præſide prouinciæ in integrum reſtitutus eſt, ne debitum hereditarium ſolueret, & nec quicquam de vſuris eiuſdem ſortis, quas Seius minor annis vigintiquinque exſoluerat, repetendis tractatum apud præſidem, aut ab eo pronunciatum eſt. quæro, an vſuras, quas Gaius Seius minor annis vigintiquinque, quoad viueret, creditori exſoluerat, heres eius repetere poſſit? reſpondi ſecundum ea, quæ proponerentur, condici id, quod vſurarum nomine defunctus ſoluiſſet, non poſſe. Item quæro, ſi exiſtimes repeti non poſſe, an ex alio debito heres retinere eas poſſit? reſpondi, ne hoc quidem.

*Ad §.vlt.Lucius Titius.*

Rat. dub. Fieri non poteſt, vt ſi ſors principalis non debeatur, vſuræ ſortis vllæ debeantur, quia ſublato principali acceſſorium quoque tolli neceſſe eſt *l.eos 26.Cod de vſur. l.cùm principalis 178.de regulis iuris.* Ergo poſteaquam petita reſtitutione in integrum aduerſus debitum ſortis, pronunciatum eſt pro herede minoris ſortem nullam deberi, conſequens neceſſarium eſſe videtur, vt de vſuris quoque cognitum & pronunciatum intelligatur, debitas nullas fuiſſe, ac proinde repetitioni earum, quas minor quaſi debitas ſoluerit, locum eſſe, præſertim cùm terminato per ſententiam principalem negotio, nulla de vſuris aut fructibus lis ſupereſſe poſſit vel debeat, ne vnius litis finis alterius præbeat exordium *l.terminato 1. Cod.de fructibus & lit.expenſ.l.4.C.depoſit l qui per collationem 49.§.1.inf.de act.empt.* Adde quòd in integrum reſtitutionis propriũ eſt, vt omnia reponat in priſtinum ſtatum, nec minus quantum ad vſuras & fructus, quam quod ad ſortem ipſam aut fundum attinet *leg. quòd ſi minor 24.§.reſtitutio l.patri 27. §. ſi pecuniam ſuprà de minor. l.vnic.C.de reput.quæ fiunt in iudic. in integr.reſtit.* Alioqui non eſſet plena reſtitutio, quæ non in omnibus ſubueniret, ac omnia in integrum reſtitueret, *l.1. C. de ſentent.paſſ.& reſtit.*

Dec. Vſuræ ſolutæ eius ſortis quam conſtet debitam eſſe, non poſſunt eſſe indebitæ, quamuis neque per ſtipulationem, adeòque nec nudo pacto promiſſæ ſint *l.ſi non ſortem 26.in princip.* vbi diximus *ſuprà hoc titul.* Naturaliter enim eas deberi ſatis agnoſcit ille, qui ſoluit in vicem & remunerationem

Digitized by Google

rationem commodi, quòd ea alienæ pecuniæ gratuito vſu percipit *arg. l. cùm debitor 8. infr. in quibus cauſ. pign. vel hypoth. tac. contr.* Atqui ponimus vſuras à minore ſolutas fuiſſe eius ſortis nomine, quæ verè debebatur. Omnis enim reſtitutio in integrum præſupponit obligationem ipſo iure tenere, contra quam reſtitutio poſtulatur. Alioqui nec egeret, nec vti poſſet reſtitutione is qui ipſo iure tutus eſſet, quia nunquam extraordinarium auxilium ei dandum eſt, cui ordinarium ſufficit *l. in cauſa 16. §. 1. ſup. de minor. l. ſi quidē 11. Cod. de præd. minor.* Cum ergo debita ſors fuerit, vſuras quoq; eo nomine vltro ſolutas debitas quoq; fuiſſe dicendū eſt, non adhibita illa diſtinctione, quæ neceſſaria eſt, cùm de vſuris adhuc debitis necdum ſolutis, & ſeparato iudicio poſt litē de ſorte peractam petitis agitur an in obligatione ſint, an tantū in officio iudicis *d. l. qui per colluſionem §. 1. de actio empt. d. l. 4. C. d. poſ. & d. l. terminato,* quia poſtquam ſolutæ ſunt, nullus de earum petitione, & an debeātur, tractandi locus ſupereſt, ſed de ſ. tùm de earum repetitione, an reſtitui debeāt, quaſi nullo iure perceptæ. Atqui ſolutio ſpontanea facit eſſe debitas, quæ alioquin eſſent omnino indebitæ: nec reſtitutio in integrū, quæ ex poſtfacto facit ſortem indebitam, cuius tanquam debitæ nomine vſuræ ſolutæ fuerant, ad vſuras porrigi poteſt, quatum ſolutio per ſe tenuit ab initio, & de quibus in iudicio reſtitutionis in integrum nihil tractatum fuiſſe proponitur, & ſententiæ omnes etiam quæ de reſtitutione in integrum latæ ſunt, adeò ſtricti iuris eſſe intelliguntur, vt nunquam per interpretationem extendi debeant vltra id quod ſententiæ verbis diſertè comprehenſum eſt, nec ad alia referri quàm quæ in iudicio acta & tractata ſunt *l. 1. & 2. C. de ſideiuſſ. minor.* Planè dubitandum non eſt, quin potuerit minoris heres ſicut & minor ipſe reſtitui in integrum aduerſus vſurarum ſolutionem, quia de omni eo quod à minore geſtum eſt, ſi modò læſus ſit, reſtitutionem in integrum petere & minor ipſe & minoris heres quilibet poteſt *l. 1. l. ait prætor 7. in prin. ſup. ſupr. de minor. iunct. l. non ſolùm 6. de in integrum reſtit.* Nec facilè poteſt contingere, vt ratione ſortis minor læſus fuerit, & reſtituendus, quin vſurarum quoque nomine idem beneficium & auxilium mereatur. Sed aliud eſt, reſtitutionem in integrum etiam pro vſuris ſolutis petere potuiſſe, aliud verò petiiſſe: quemadmodum ſuprà diximus ad *l. qui ob rem 15. hoc tit.* aliud eſſe quem habere exceptionem, aliud verò habere poſſe: ſic & debitori qui non ſoluit, prodeſſe debere, quod creditori ſuo ſatisfecerit, ſed non prodeſſe quod ſatisfacere velit *l. item liberatur 6. §. 1. infr. quib. mod. pign. vel hypothec. ſoluit.* An ergo poterit heres minoris poſt finitum de ſorte principali iudicium reſtitutionis in integrum, pro vſuris quoque tanquam indebitè ſolutis petere reſtitutionem? Ita putant Accurſius & Bartolus, nec malè. cùm alia res futura ſit, quæ in poſterius iudicium deducetur, nec tantùm ſi minor aliquid promiſerit, polliceatur ei prætor in integrum reſtitutionem, ſed etiamſi ſoluerit, aut quid aliud omnino geſſerit *d. l. ait prætor in princip.* Et quātuis non poſſet tractari de in integrum reſtitutione ratione vſurarum, quin retractanda eſſet quæſtio de in integrum reſtitutione petita, & iam iudicata ſortis nomine, non poſſet tamen ea res poſteriorem quæſtionem impedire prætextu exceptionis rei iudicatæ, quia euidenter iniquum eſſet, ei nocere exceptionem rei iudicatæ pro quo iudicatum eſſet *leg. euidenter 16. infr. de except. rei iudic.* Cúmque in integrum reſtitutione minorum omnia expediantur cognitione prætoria non iure alicuius actionis *d. l. quod ſi minor. 24. §. vlt. ſup. de minor.* abſurdum eſt quærere, an ſupereſt aliqua actio, cui officium iudicis mercenarium, vt noſtri loquuntur, ſubſeruire poſſit néc ne *de quo in leg. qui per colluſionem 9. §. 1. de action. empt.* Idque eſt fortaſſe quod Accurſius & Bartolus de officio iudicis nobili hîc tractant, etſi tota illa diſtinctio de iudicis officio nobili & mercenario tanquam commentitia nobis nunquam placuit, & ſæpius à nobis reprobata eſt. Cæterùm reſtitutionem in integrum ex hac cauſa peti omnino neceſſe eſt, vt hic Scæuola reſpondit. Neq; ſimile eſt, quod ſcribitur in *l. quod in diem 7. §. ſi rationem infr. de compenſat.* etiam petitionem illam, cuius ratio in priore iudicio habita non eſt, in poſteriore moueri poſſe, quoties in priore nihil de ea diffinitiuè pronuntiatum eſt. Id enim tum obtinet, cùm res debita petitur. Vſuræ autem de quib. tractamus, omnino indebitæ ſunt, niſi petita prius in integrū reſtitutione, per quā pronūtietur, reſtitui eas debere. Quid enim ſi contrà pronūtiaretur non debere reſtitui, ſiue per ſordes, ſiue per imperitiam, aut quoquomodo per iniuriam iudicis id factum eſſet? iudicij enim euentus ſemper dubius & incertus eſt *l. poſthumus 6. §. 1. ſupr. de inoff. teſtam. l. quod debetur 51. infr. de pecul.* Ideóque debitum dici nullomodo poteſt, quod nonniſi petita priùs in integrum reſtitutione peti poteſt, cū nec ſufficiat petere eam niſi cōcedatur. Quare ad rem nō pertinet, ſi quis obiiciat debitum hoc vſurarum factum eſſe indebitum per reſtitutionem in integrum pro ſorte petitam, & iam incipere eſſe ſine cauſa penes creditorem, penes quem fuerant antea ex iuſta cauſa, quod ſufficit ad inducendam condictionem ſi non indebiti, ſaltem ſine cauſa *l. 1. §. vlt. inf. ſit prox.* Eſt enim ei condictioni locus quoties cauſa redit ad non cauſam. Reſpōdemus enim nunquam in hac ſpecie contingere, quia etiam poſt obtentam de ſorte reſtitutionem in integrum remanent nihilominus vſuræ bene ſolutæ, quandiu earū quoque nomine petita & conceſſa reſtitutio non eſt. Poteſt quidem cauſa propter quam vſuræ bene ſolutæ ſunt, redire ad non cauſam, ſcilicet ſi etiam earū nomine reſtitutio in integrum petatur & concedatur. Sed aliud eſt redire poſſe ad non cauſam, aliud verò iam rediiſſe, vt diximus. Eadem ratio facit vt neq; compenſari poſſint vſuræ iſtæ cum eo quod viciſſim à minoris herede creditori debeatur. Etſi enim id quoq; quod naturaliter tantùm debetur, in compenſationem venire poteſt, perinde atq; quod debetur ciuiliter *l. etiam 6. inf. de compenſat.* falſum tamen eſt naturaliter debitū iam eſſe, quod per in integrū reſtitutionem peti poteſt, quouſq; petita & conceſſa ſit reſtitutio, quia vtrum concedenda ſit, néc ne, in cauſæ cognitione poſitum eſt, cuius euentus ſiue ob probationum incertitudinem, ſiue ob iudicio um aleam, nonniſi dubius & incertus eſſe poteſt. Idq; eſt, quod in vltima huius reſponſi parte Scæuola reſpondit, ſi ea alio debito eas vſuras retinere minoris heres velit, iure ſcilicet compenſationis, ne hoc quidem ei permittendum eſſe. Prius enim eſt, vt eas ſibi vel naturaliter, vel ciuiliter debitas eſſe doceat (quod tamen niſi petita prius obtentaque in integrum reſtitutione facere non poteſt) quàm vt eas vel petere poſſit, vel compenſare: nam & qui compenſat, hoc ipſo quodammodo petit *l. ampliùs 15. infr. rat. rem haber.*



Digitized by Google

# DE CONDICTIONE SINE CAVSA.

## TIT. VII.

19. VLPIANVS libro 43. ad Sabinum.

EST & hæc ſpecies condictionis, ſi quis ſine cauſa promiſerit, vel ſoluerit quid indebitum. qui autem promiſit ſine cauſa, condicere quantitatem non poteſt, quam non dedit: ſed ipſam obligationem.

*Ad leg. 1.*

RAT. DVB. Videtur hæc condictio ſine cauſa eſſe genus quoddam generaliſſimum condictionum omnium, potiùs quàm certa quædam ſpecies à cæteris diſtincta, cùm ſub ſe comprehendat cæteras condictiones omnes tanquam genus ſuas ſpecies, quandoquidem cum omnibus concurrit, vt ea ſingulatim enumeratione docet hîc Accurſius. Concurrit enim cum condictione indebiti, de qua diximus *tit. ſuperiore, leg. hæc condictio 66. ill. tit.* Item cum condictione tam certi ſi certum petatur, quod penes alium ſit ſine cauſa, quàm incerti ſi incertum, puta ſi quis promiſerit aliquid ſine cauſa, vt condicenda ſit liberatio, quemadmodum in hac lege ſcriptum eſt *iunct. leg. certi 9. ſupr. de reb. credit.* Item cum condictione ob cauſam §. *ſed ſi ob cauſam & ſequen. hac ipſa lege.* Item cum condictione ob turpem, vel iniuſtam cauſam §. *final. tiſr. leg. perpetuo 6. ſupr. de condict. ob turp. vel iniuſt. cauſ.* Denique cum condictione furtiua, ſi fortè fur, aut prædo fructus aliquos ea re furtiua, vel vi ablata perceperit, nam & condictione furtiua tenetur, cùm eorum fructum fecerit *leg. in re furtiua 8. §. vltim. infr. tit. prox. leg. ſi ſeruus 61. §. locaui infr. de furt.* & condictione ſine cauſa, cùm eos ſine cauſa retineat *leg. pen. Cod. hoc tit. de condict. ex leg. & ſin. cauſ.* nempe ſi conſumpti ſint, vt iam eos vindicare dominus non poſſit: alioqui aut vindicandi ſunt, aut condicendi condictione furtiua, quæ ſola cum vindicatione poteſt concurrere §. *ſic itaque Inſtit. de act.* non autem condictione ſine cauſa, quæ cum vindicatione nunquam concurrit *leg. vltim. ſupr. vſufruct. quemad. caueat.* Ergo debuit Vlpianus hîc ſcribere, condictionem ſine cauſa, eſſe genus potiùs, quàm ſpeciem condictionis. DEC. Condictio ſine cauſa non poteſt dici genus, nec generaliſſimum, nec medium, quia non prædicatur tanquam genus de cæteris condictionibus, tanquam de ſuis ſpeciebus, ne quidem de iis cum quibus concurrit, ſed de ea prædicatur condictio ſumpta in genere, illa autem adiectio *ſine cauſa*, dicit eſſentialem differentiam à qua ſumit propriam denominationem. Benè igitur Vlpianus ſcribit, eſſe hanc ſpeciem condictionis, non enim ob id minùs ſpecies eſt, quòd ſit generaliſſima, vt Accurſius noſter loquitur, & cum cæteris quoque ſpeciebus condictionis concurrat. Et præterea non ſemper concurrit cum aliqua ex cæteris, ſed aliquando ſola per ſe locum habet, vt diximus ad d. l. *hæc condictio 66. ſupr. tit. prox.* & habet quædam ſpecialia, quale illod eſt, vt detur etiam ex contractibus nominatis, quoties non concurrit cum condictione ob cauſam dati cauſa non ſecuta, vt in *leg. prox. infr.* Quod in condictione ob cauſam dati cauſa non ſecuta diuerſum eſt, quæ numquam datur ex contractu nominato, ne in eo fiat locus pœnitentiæ *leg. ſi pecuniam 5. & leg. vltim.* vbi diximus *ſupr. de condict. ob cauſ. dat.* Ergo ſiue quis ſine cauſa promiſerit, ſiue etiam ſine cauſa indebitum ſoluerit, & condictioni indebiti locus eſſe poterit, & condictioni ſine cauſa, ſed cum hac tamen differentia quantum ad hanc & illam condictionem, quod qui aliquid ſine cauſa ſoluit, condicit eam ipſam quantitatem aliámve rem quam ſoluit, qui verò promiſit duntaxat, non poteſt condicere quantitatem quam non dedit, (quamuis interdum poſſit fieri, vt condicatur etiam non data quantitas, ſi tale quid datum fuerit, quod in pecuniam verti neceſſe ſit, vt monet hîc Accurſius ex *leg. ſi non ſortem 26. §. libertus ſupr. tit. prox.*) ſed tantùm ipſam obligationem, quomodo Vlpianus hîc loquitur, vt liberatio ſequatur *leg. 3. infr.* Cuius tamen ſententia malè ab interpretibus noſtris poſt Accurſium ſic accepta eſt, quaſi Vlpianus differentiam his verbis voluerit ponere inter condictionem indebiti & condictionem ſine cauſa, vt pro data quantitate competat quidem condictio indebiti, ſed pro quantitate promiſſa, competat condictio tantùm ſine cauſa. Quod certè non ita eſt, ponit enim Vlpianus differentiam duntaxat inter quantitatem ſolutam & promiſſam, quòd licèt pro vtraque locum habeat duplex cōdictio indebiti & ſine cauſa, aliter tamen atq. aliter vtraq. exercetur, ſi quantitas data vel promiſſa ſit. Nā quantitate indebitè ſoluta datur & condictio indebiti & ſine cauſa ad quantitatem ipſam: quæ tamen ſi tantùm promiſſa ſit, datur vtraque non ad quantitatem, quæ data non eſt, ſed ad ipſam

Digitized by Google

ad ipſam obligationem. Error autem hic Accurſij ex alio eóque perpetuo eiuſdem errore fluxit, quo exiſtimat ſeparandam ſemper eſſe condictionem indebiti à condictione incerti, quaſi condictio indebiti incerti nulla eſſe poſſit: cùm tamen veriſſimum ſit, quod ſæpius docuimus ad tit. præcedentem, eſſe duplicem condictionem indebiti, vnam certi, ſi certum quid indebitè ſolutum ſit, aliam incerti, ſi quid incertum, cuiuſmodi ſunt obligationes omnes, & cætera, quæ in genere & iure, non in ſpecie conſiſtunt, itémque ea quæ in facto. *l. ſed etſi me putem* 22. §. 1. *l. qui exceptionem* 40. § *ſi pars ſupr. tit. proxim. l. quod ſi nulla* 50. *de legat.* 1. Itaque quoties de obligatione, aut quod effectu idem eſt, de liberatione condicenda quæritur, quæ vtraque iuris eſt, Incerti quidem condictione agere promiſſor debet ad liberationem *l. 3. infr. hu. tit.* ſed tamen condictione incerti indebiti ſi id promiſſor malit, non minus quàm incerti ſine cauſa. Et hic loci huius manifeſtus ſenſus eſt, in quo dat Vlpianus vtramque condictionem & indebiti & ſine cauſa non minus pro quantitate promiſſa, quàm pro ſoluta. Nec leuior eiuſdē Accurſij error in eo eſt, quod putat nihilominus dari condictionem certi ad liberationem, & tum quoque cùm agitur ad intereſſe. Quod eſt ridiculum, ſicut enim id quod intereſt ſemper incertum eſt *leg. vltim. infr. de prætor. ſtipulat.* ita nec fieri poteſt, vt incerti actione vnquam petatur, ſed ſemper incerti, vt pluribus docui ad *d. l. certi condictio*, & alibi ſæpe.

1 ¶ Sed etſi ob cauſam promiſit, cauſa tamen ſecuta non eſt: dicendum eſt, condictionem locum habere.

*Ad §. 1. Sed etſi ob cauſam.*

Rat. dub. Non ſunt multiplicandæ actiones ſine cauſa, vt neque entia, inquiunt Philoſophi, *l. 1. ſupr. de public. in rem action. l. in naue Sauſeij* 1. *infr. locat.* Atqui cùm datum aliquid eſt ob cauſam, quæ ſecuta non fuit, competit haud dubiè condictio, quæ in eam rem ſpecialiter comparata eſt, dicitúrque condictio ob cauſam dati cauſa non ſecuta, de qua in *tit. 4. ſupr.* Ergo nil neceſſe eſt in hoc eodem caſu inducere condictionem ſine cauſa: præſertim cùm alio atque alio iure vtraque condictio cenſeatur: nam condictio quidem ſine cauſa competit ex contractu etiam nominato *leg prox. infr.* at non item condictio ob cauſam dati cauſa non ſecuta *l. ſi pecuniam* 5. *ſupr. ill. tit. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſecut.* & diximus proximè ad initium huius legis. Dec. Nihil vetat in vno eodémque caſu plures actiones competere, vt eligendi arbitrium actor habeat, qua potius actione experiri malit *l. quod in herede* 9. §. 1. *infr. de tribut. act. l. cùm filius* 76. §. *varus de legat* 2. Eſt enim aliquando commodius vna agere quàm alia, pro diuerſitate perſonarum, aut extremorum, vt pragmatici vocant, in vnaquaque actione probandorum § *cæterum Inſtit. quod cum eo.* Eſt autem aliquando commodius agere condictione ob cauſam dati quàm ſine cauſa, vt puta, ſi is qui rem ſuam dedit, vt aliquid ſequeretur, malit re adhuc integra id repetere quod dedit, quàm id fieri & ſequi propter quod dedit, ſiue pœnitentia motus, ſiue qua alia ratione *d. l. ſi pecuniam.* Quiſquis enim agit condictione ſine cauſa, in poteſtate & arbitrio aduerſarij relinquere videtur, an ea parte ſua velit implere: implendo ſiquidem faceret, vt iam non poſſet dici penes eum eſſe ſine cauſa id, quod accepiſſet: at non ſimiliter is qui agit condictione ob cauſam dati cauſa non ſecuta. Sufficit enim ei ad victoriam, vt probet cauſam nondum eſſe ſecutam, licèt paratus ſit aduerſarius facere, vt ſequatur: quia nomen ipſum actionis reſpicit tempus præteritum, cùm è contrario nomen condictionis ſine cauſa ad nullum tempus certum reſtricta admittat quandocunque implementum, quandiu dati reſtitutio facta non eſt. Non ergo fuit impedienda condictio ob cauſam dati cauſa non ſecuta, propter condictionem ſine cauſa, neque rurſus hæc propter illam, ſed vtraque ſi non ſemper & omni caſu prorſus neceſſaria, vtilis tamen aliquo caſu eſſe poteſt. Sic & in condictione cautionis ante biennium vtraque condictio locum habet, quia nulla numeratione ſecuta verum eſt, & non eſſe rem ſecutam ob quam emiſſa cautio fuerat, & ideo eſſe inſtrumentum cautionis ſine cauſa penes eum, cui non fuerat traditum niſi ſpe futuræ numerationis *l. vlt. Cod. hoc tit. de condict. ex l. & ſin. cauſ.*

2 Siue autem ab initio ſine cauſa promiſſum eſt: ſiue fuit cauſa promittendi, quæ finita eſt, vel ſecuta non eſt: dicendum eſt, condictioni locum fore.

*Ad §. 2. Siue autem ab initio.*

Rat. dub. In contractibus & obligationibus omnibus initium duntaxat ſpectandum eſt; non progreſſus aut exitus negotij *leg. ſi tantùm* 12. *infr. de SC. Macedonian. l. ſi procuratorem* 8. *in princip. infr. mandat. l.* 1. §. *ſi ſeruus depoſuit* 30. *inf. depoſ. l.* 3. §. *ſcio in fin. ſupr. de minor.* Ergo & in condictione ſine cauſa dicendū eſt, ſpectandum eſſe initium, vt ſi ab initio iuſta fuerit aliqua cauſa promittendi, licet ea finita ſit, aut non ſecuta, condictio tamen ſine cauſa locum habere non poſſit, quia verum ſit, cauſam non defuiſſe. Dec. Nihil refert, vtrum ab initio ſine cauſa datum quid vel promiſſum ſit, an verò cauſa propter quam datum eſt, vel non ſecuta ſit, vel iam finita *l. 4. infr.* quia vtroque caſu idem rei effectus eſt, qui ſemper attendi debet *leg. 1. §. 1. ſupr. quod quiſque iur. l. pen. §. docere de eo per quem factum erit, l. debitor* 59. *verſ. videamus inf. ad SC. Trebellian.* Et ſemper verum eſt nihil præſtitum eſſe ex parte eius qui ab alio quid acceperat, vt viciſſim daret aliquid, vel præſtaret. Proinde nullam poteſt iuſtam habere cauſam id retinendi, quod ob eam cauſam datum ei fuerat: & conſequenter condictione ſine cauſa eum teneri dicendum eſt. Cui conuenit, quod pleriquе prudentum veterum pro regula iuris habuerunt, irrita fieri ea, quæ ad eum caſum peruenerunt, à quo incipere non potuerunt *leg quia in eum caſum* 16. *ſupr. ad leg. Aquil. l. debitor* 82. *de leg* 2. *leg ex ſtirpe* 98. *de verb. oblig.* Quaſi nihil interſit, an aliquid ab initio ſit tale, an vero ex poſtfacto deueniat ad tale, vt Bartolus loquitur ad *d. l. 4. infr l. iuris gentium* 7. §. *ſin autem ſup. de pact.* Quanquam non placuit omnibus antiquis ea regula, præſertim Papiniano, vt conſtat ex *l. verbis* 5. *inf ad leg. Falcid. §. ex contrario Inſtit. de legat. dict. l. exiſtimo l. in ambiguis* 85. §. 1. *de regul. iur.* Nec tamen ad rem pertinebit, ſi quis ex eodem Papiniano obiiciat quod ſcriptum eſt in *leg. cùm filius* 76. §. *heres*

*mem delegat.*2. oon videri in totum eſſe falſum quod veritatis primordio adiuuatur. Ibi enim tractat Papinianus de actione ex teſtamento nouata per ſtipulationem interpoſitam legati nomine, & ait poſſe non prorſus falsò dici debitum adhuc ex teſtamento: quod poſt factam nonationem ex cautionali ſtipulatione debetur: nempe quia ſtipulationibus omnibus cautionalibus illud cõmune eſt, vt earum actionum quas nouant, naturam induant & vicem repræſentent *l.1.§.1.de prætor. ſtipulat.* vt ſcripſi pluribus *lib.3.Coniect.cap.*1. Itaq; inſpectorei effectu ſemper verum eſt, legatum teſtaméto relictum & in ſtipulationem deductum deberi. Parùmq; intereſt, an quod ad extrioſecam denominationem, dicatur adhoc deberi ex teſtamento, an ex ſtipulatione, quamuis verum ſit poſt factam oouationem deberi iam ex ſola ſtipulatione, quod anteà ex teſtamento debebatur *l.ſi Stichum* 8.§.1.*de nouat.l.*1.§.*ſi ſub conditione infr. Vt legat. ſeruand. cauſ. caueat.* In propoſito autem quod fuerat debitum ob iuſtam cauſam, poſtea deſinit omnino deberi, cùm cauſa vel finita eſt, vel non ſecuta. Idq; eſt quod ait Bartolus in ſpecie *d.* §. *heres meus*, finem negotij compatibilem eſſe cum ſuo principio, in ſpecie autem huius §. ooo ita eſſe.

3 ¶ Conſtat id demum poſſe condici alicui, quod vel non ex iuſta cauſa ad eum peruenit, vel redit ad non iuſtam cauſam.

*Ad §. vlt. Conſtat.*

Eadem ferè dubitandi & decidendi ratio eſt ad hunc §. quæ ad ſuperiorem. Nam cùm dicimus, poſſe condictione ſine cauſa condici alicui, quod ad eũ ſine cauſa peruenit, initium rei inſpicimus, cùm verò dicimus eâdem condictione poſſe condici etiam id quod rediit ad non iuſtam cauſam, effectum & exitum rei magis ſignificamus, qui ſemper attendi potiſſimum debet, vt proximè diximus. Noo autem quemadmodum id qnod ab initio, ex iuſta aliqua cauſa datum vel promiſſum fuit, poteſt facilè ex poſtfacto redire ad non cauſam, ita è cõtrario quod ab initio ſine cauſa datum vel promiſſum fuit, redire poteſt ad iuſtam cauſam, quæ nulla vnquam fuit. Redire enim nihil poteſt ad id à quo nũquam abſceſſerit *l. filio* 23. *de liber. & poſthum. l. ſi vnus* 27. §. *pactus ne peteret in fin. ſupr. de pact.* At cauſa quælibet ideò facilè poteſt redire ad non cauſam, quia vnaquæque res incipit à ſuo primo *non eſſe*, & à ſuo eſſe ad primum illud non eſſe facilè reuertitur. Obſerua tamen aliud eſſe, ſi quis dicat cauſam rediiſſe ad non cauſam, aliud verò ſi quis dicat poſſe redire. Vt enim condictio hæc ſine cauſa locum habeat, non ſufficit cauſam poſſe redire ad non cauſam, ſed illud omnino requiritur, vt iam redierit, *l. vltim.* §. *vlt. ſupr. tit. prox.* vbi diximus.

2. IDEM libro 32. ad Edictum.

SI fullo veſtimenta lauanda conduxerit: deinde amiſſis eis, domino pretium ex locato conuentus præſtiterit, poſteàque dominus inuenerit veſtimenta: qua actione debeat conſequi pretium, quod dedit? & ait Caſſius, eum non ſolùm ex conducto agere, verùm & condicere domino poſſe. ego puto, ex conducto omnimodo eum habere actionem. an autem & condicere poſſit, quæſitum eſt, quia non indebitum dedit? niſi fortè, quaſi ſine cauſa ᵃ ei datum ſit, putamus condici poſſe. etenim, veſtimentis inuentis, quaſi ſine cauſa datum videtur.

*Ad l. Si fullo* 2.

RAT. DVB. Quod ex cauſa iudicati ſolutum eſt, nunquam per condictionem repetitur propter rei iudicatæ authoritatem, quæ ſemper & in omnibus ſalua eſſe debet, tum qnoque cùm per ſordes, aut imperitiam, aliámve iniuriam iudicis malè iudicatum eſt, vt dixi ad *l. ſeruo manumiſſo* 58. *ſupr. tit. prox. ex l.*1.*C. eod. tit. de condict. indeb. l. ſi fideiuſſor* 29. §. *in omnibus infr. mandat. l. ſeruo* 65. §. *cùm prætor infr. ad SC. Trebell.* Nec eſt quod cum Accurſio diſtinguas hac parte condictionem indebiti à condictione ſine cauſa, quaſi per hanc potiùs quàm per illam venire quis poſſit contra rem iudicatam. Nam vt benè cõtra Accurſium diſputat Bartolus, nulla vnquam actio dari poteſt, vt neque exceptio per quam liceat condemnato impugnare iudicatum, nec proinde hac in re maius priuilegium habere poteſt cõdictio ſine cauſa, quàm condictio indebiti. Neque rurſus dicere poſſis cum eodem Accurſio, conuentum in hac lege fullonem extra iudicium, oon autem in iudicio ad excludendam condemnatiooem. Cùm enim Vlpianus ponat conuentum eum actione ex locato, intelligit proculdubio conuentum eſſe in iudicio, nec enim quiſquam actione aliqua extra iudicium conueniri poteſt: quamquam non ſtatim conſequens eſt, vt ſecuta ſit condemnatio, cùm poſſit quis conuentus per iudicẽ ſoluere non exſpectata condẽnatione quo caſu dicimus omnia iudicia eſſe abſolutoria §. *vlt. Inſtit. de perpet. & tempor. action.* Sed pauci ſunt qui ſe in iudicio conueniri patiantur, qui non etiã patiãtur ſe condẽnari. Et ideò cùm legimus conuentum aliquem in iudicio poſteà ſoluiſſe, & præſtitiſſe quod petebatur, in dubio præſumendum eſt ſoluiſſe ex condẽnatione, vt in *l. rem mihi* 21. *infr. commod.* Ergo ſi fullo veſtimenta lauãda conduxerit, deinde amiſſis his cõuentus actiooe ex locato, & coodemnatus precium domino præſtiterit, noo eſt quærendũ qua actione repeti poſſit precium quod ex ſententia & cõdemnatione ſolutum eſt. De condictione autem multo minùs dubitari poteſt, quio non competat, cùm fuerit omnimodo debitum precium quod à fullone ſolutum eſt poſt amiſſiooem veſtimentorum, quæ lauanda conduxerat, obligatus enim erat ex contractu, nulla etiam ſecuta condemnatione, vt veſtiméta redderet, quibus amiſſis non poterat recuſare, vt ſaltem pro veſtimentis precium eorum ſolueret. Proinde nec ſine cauſa videri poteſt precium illud veſtimentorum ad dominum perueniſſe, vt condictione ſine cauſa potiùs quàm indebiti poſſit illud repetere. DEC.

Nihil

Nihil intereſt, an ab initio datum aliquid ſit ſine cauſa, an ex poſtfacto cauſa illa finita ſit *§. vlt. l. prox. ſupr. & l. 4. infr. hoc tit.* In propoſita verò ſpecie licet iuſta cauſa fuerit dandi à fullone precij veſtimentorum, quæ ille & lauanda conduxerat, & culpa ſua amiſerat (alioqui non teneretur ex locato, ſi non leuem ſaltem culpam contraxiſſet *l. ſi vt certo §. §. nunc videndum infr. Commod. l. contractus 23. de regul. iur.*) cauſa tamen illa dandi finita eſt, à quo tempore veſtimenta illa reperta ſunt, & apud dominum eſſe cœperunt, ne & rem & pretium habeat, vt ait Accurſius ex *l. eleganter 23. §. ſi quis poſt tranſactionem ſupr. tit. prox.* cùm alia dandi pretij cauſa nulla fuerit, quàm amiſſio veſtimentorum, & ne dominus re ſua ſimúlque pretio carere cogeretur. Ergo æquum eſt dominum reddere fulloni pretium non tantùm actione ex conducto, quę cùm ſit bonæ fidei, datur ad omnia quæ aut ex illo cõtractu, aut in cõſequentiam cõtractos ex bona fide præſtari neceſſe eſt. *§. in bonæ fidei Inſtit. de action.* etiã de quib. nec dictũ quicquã, nec cogitatũ eſt *l. in bonæ fidei 8. inf. de eo quod cert. loc.* ſed etiam condictione non quidẽ indebiti, quia negari non poteſt, quin ſolutionis tempore debitum fuerit, ſed ſine cauſa, quæ in eo maximè differt à condictione indebiti, quoties de iure debiti pronuntiatum eſt, quòd quiſquis vult ſolutum condicere, hoc ipſo impugnat iudicatum, quãdoquidem indebitum eſſe contendit quod iudex deberi pronunciauit. At is qui condictionem ſine cauſa exercet, non dicit indebitum fuiſſe ſolutionis tempore quod vnicum in condictione indebiti præcisè ſpectandum eſt, ſed hoc tantùm contendit, eſſe rem hodie ſine cauſa penes eum qui conuenitur, ſiue quòd cauſa dandi ab initio nulla fuerit, ſiue redierit ad non cauſam vt in *d. l. 1. §. vlt. ſupr. l. 4. infr. l. 2. §. pen. ad leg. Rhod. de iact. l. ſed addes 19. §. ſi quis cùm infr. locat. l. 2. C. de re iudic.* quod vtique verum eſſe poteſt, etiamſi & iudicati & ſolutionis tempore fuerit verè debita, vt in huius legis exemplo manifeſtiſſimè apparet. Denique cõdictio indebiti reſpicit tempus præteritum factæ ſolutionis, condictio autem huo cauſa tempus præſens propoſitæ actionis. Nihil ergo prohibet etiam poſt rem de pretio ſoluendo iudicatam dari actionem fulloni ad condictionem pretij per huiuſmodi condictionem ſine cauſa, tanquam quæ nullomodo iudicatum impugnet non magis quàm actio ex conducto, per quam ſimiliter pretium repeti poſſe diximus, aut contrarium iudicium commodati in ſpecie *d. l. rem mihi 21. infr. eod. tit. commod.* aut exceptiones pleræque, quas dicimus opponi poſſe etiam poſt ſententiam & in executione iudicati, quando ſcilicet tales ſunt, vt non impugnent iudicatum: cuiuſmodi ſunt exceptiones ſolutionis, compenſationis, ne quis ſupra id quod facere poteſt, conueniatur ſi ſit ex iis perſonis quæ tale habent priuilegium, & aliæ ſi quæ ſunt ſimiles *l. ſi cùm militi 16. §. 1. infr. de compenſat. l. Neſennius 41. § vlt. l. & exheredatum 49. infr. de re iudic.* Liberum tamen eſt cuilibet, vt pro arbitrio dicat in hac ſpecie condemnationem interueniſſe aut non interueniſſe, cùm vtroque caſu perinde futurum ſit, vt condictio ſine cauſa locum habeat, condictio autem indebiti denegetur. Vlpiani tamen verba magis ſuadere videntur, non fuiſſe aliquam condemnationem ſecutam: alioqui non prætermiſiſſet ille rationem iſtam denegandæ condictionis indebiti, quòd res eſſet iudicata *dict. l. 1. Cod. de condict. indeb.* niſi fortè verendum putabat, ne quis ex eo inferret, condictionem igitur ſine cauſa dari poſſe etiam contra rem iudicatam: quod certè falſum eſt, nec bona eſſet collectio, cùm ſufficiat differre condictionem ſine cauſa à condictione indebiti, quòd condictio indebiti numquam datur poſt rem iudicatam, quia non poſſet eo tempore dari, quin iudicatum impugnaret, vt oſtendimus: at condictio ſine cauſa dari poteſt etiam poſt rem iudicatam, dum ne contra. Maior tamen dubitandi ratio eſſe videbatur, propter quam dari non deberet condictio ſine cauſa, nempe quòd ſit illa ſubſidiaria, & ex bono & æquo duntaxat introducta, vt cæteræ condictiones omnes, quæ non ex contractu naſcuntur *l. hæc condictio 66.* vbi diximus *ſupr. tit. prox.* ideóque nec danda ſit, quoties competit alia actio ex contractu per quam actor ad ſuum commodum peruenire poſſit *l. qui inuicem 30. ſupr. eod. ill. tit. prox.* Atqui competit hîc fulloni actio ex conducto, vt precium quod dedit reſtituatur, ſicut & in ſpecie *d. l. rem mihi*, contrarium iudicium commodari & actio item ex conducto in ſpecie *d. l. ſed addes 19. §. ſi quis cùm in annum infr. locat.* Reſpondet Bart. aliud hac parte iuris eſſe in condictione indebiti, aliud verò in condictione ſine cauſa, nec tamen vllam adfert rationem diuerſitatis, ideóque ſtatim ſubiicit verius eſſe, vt dicamus actiones iſtas competere ad diuerſa: condictionem enim dari præcisè ad reſtitutionem ſoluti precij, actionem verò ex contractu alternatiuè ad hoc, vt vel reddatur res vel æſtimatio *arg. l. in commodato 18. §. vlt. infr. commod.* quod ego ſatis verè dici arbitror, nec enim certè condictio danda eſſet ad id ipſum præcisè ad quod poſſet actio ex contractu competere *l. vlt.* vbi diximus *ſupr. de condict. ob turp. cauſ.*

8 *Niſi fortè quaſi ſine cauſa.* RAT. DVB. Videbatur fulló veſtimenta, quæ amiſerat, emiſſe dando eorum æſtimationem domino, cùm litis æſtimatio facere ſoleat emptionem *l. 1. infr. pro emptor.* ideóque dandam ei eſſe actionem non modò perſonalem, ſiue ex contractu, ſiue condictio illa ſit, ſed vtilem in rem actionem, & Publicianam, dummodò culpa tantùm non etiam dolo & fraude veſtimenta amiſerit *leg. eius rei 46. l. ſi culpa 63. leg. ſi quis dolo 69. & ſequent. ſupr. de rei vindic.* vbi diximus aut ſaltem quaſi emptori nominis videbatur dandas eſſe contra dominum vtiles actiones *dict. leg. ſi culpa.* Plus enim cautionis eſt in re, quàm in perſona *l. plus cautionis 25. de regul. iur.* Videntúrque veſtimenta abeſſe domino poſt ſolutam æſtimationem, non tam ex cauſa prioris contractus, quàm ex noua cauſa æſtimatæ litis & præſtitæ æſtimationis *l. ſi ſeruus 21. §. 1. verſic. & ideò in fin. inf. de euict.* DEC. Multum intereſt, an pretium præſtetur tanquam precium ipſius rei petitæ, an verò tanquam precium culpæ quæ cauſam præbeat actioni, vt poſt Hugonem, & Iacobum Butrigarium, ſubtiliter diſtinguit Bartolus: ſoluta enim æſtimatio rei acquirit dominium ſoluenti, ſed non ſimiliter æſtimatio culpæ. Atqui cùm ex contractu & ob culpam ſuam conuenitur à me is qui cauſam à me habuit, vt fullo in ſpecie huius legis, & commodatarios in *d. l. rem mihi 21. infr. commodat.* conueniuntur procul dubio ratione culpæ non ratione rei quam non poſſident, quia eam amiſerunt. Non ergo poſſunt rei dominium ſibi acquirere per ſolutionẽ æſtimationis, ſed tantùm perſonalem actionem per quã precium quod ſoluerũt repetant ab eo qui nũc rem ipſam habeat, pro qua



Digitized by Google

precium ſolutum fuerat. Quod longè diuerſum eſt io eo, qui non ex contractu aliquo conuentus, ſed tanquam rei poſſeſſor æſtimationem præſtat, vt eximat ſe à vindicatione, dominúmque à petitione ſua ſummoueat. Snmmoto enim domino nulla fit ei iniuria, ſi dominium quod eius fuerat, in poſſeſſotem transferatur ſoluta æſtimatione quaſi contracta emptione: at fieret iniuria domino, & commodarori, ſi ob acceptam æſtimationem culpæ ab eo, qui ex contractu tenebatur, amitteret rei ſuæ dominium, de quo in illa actione non tractabatur: neque enim agebat tanquam dominus, ſed quia fulloni veſtimenta lauanda locauerat, aut alij rem commodauerat, perinde acturus etiam ſi alieoa veſtimenta aot lauanda locaſſet, aut commodaſſet. Quo tamen caſu nemo diceret, acquiſitum ei fuiſſe ex ſolutione pretij dominium rei alienæ, aut daodam illi vtilem Publicianam ob pretium ei ſolutum, qui dominus nun fuiſſet. Simile eſt quod in depoſiti, locati, & commodati iudicio, quamquam dolo aduerſarij res abſit, tamen condemnato ſuccurri ſolet, vt ei actiooibus ſuis dominus cedat *l. in depoſiti 12. inf. de re iud.* quod dinerſum eſt in eo, qui dolo malo rem alienam poſſider, aut dolo deſiit poſſidere *dict. l. ſi quis dolo 69. & ſeq. ſupr. de rei vindicat.* Is enim ex tapina & improbitate ſua actionem ſibi acquireret, vt ſcriptum eſt in *l. nec quaſi 70. eod.* quod eſſe non debet *l. itaque fullo 12. §. 1. infr. de furt.* At in ſpecie *d. l. in depoſiti* acquirit ſibi actionem beneficio ceſſioois depoſitarius, conductor & commodatarius, non ex ſua improbitate, ſed ex ſuo coottactu, licèt per improbitatem ipſius fiat, vt ex ſuo contractu conueniatur. Et ita leges ſupradictæ, quæ alioqui maximè pugnare inuicem videotur, conciliandæ ſunt, non quomodo ab interpretibus noſtris, quorum plerique id quod ſcriptum eſt in *d. l. ſi quis dolo*, referunt ad ius ſtrictum, quod verò in *dict. l. in depoſiti*, ad æquitatem. De lauandis à fullone inſtrumentis & quo ordine, quóque modo fieri id deberet, præſcripſit lex Metella, adeò fuerunt curæ omnia vel minima veteribus Romanis, vt ex Plinio, Cuiacio & Scaligero notat hîc doctiſſimus & diligeotiſſimus Gothofredus.

3. IVLIANVS libro 8. Digeſtorum.

QVi ſine cauſa obligantur, incerti condictione conſequi poſſunt[a], vt liberentur. nec refert, omnem quis obligationem ſine cauſa ſuſcipiat[b], an maiorem, quàm ſuſcipere eum oportuerit, niſi quòd aliàs condictione id agitur, vt omni obligatione liberetur: aliàs, vt exoneretur, veluti qui decem promiſit. nam ſiquidem nullam cauſam promittendi habuit: incerti condictione conſequitur, vt tota ſtipulatio acceptò fiat. ac ſi cum quinque promittere deberet, decem promiſit: incerti condictione conſequetur, vt in quinque liberetur.

*Ad l. Qui ſine 3.*

RAT. OVB. Obligatio facta ſine cauſa videtur nullius eſſe momenti ipſo iure, vt Bartolus hîc tractat, ex *l. cùm de indebito 25. §. vlt. infr. de probat.* Sunt enim omnes obligationes ad hoc comparatæ, vt ſibi vnuſquiſque acquirat, quod ſua intereſt *l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri de verb. oblig.* Nihil autem intereſt eius qui acquirendi cauſam nullam habet: aut ſi quis contra Bartolum velit defendere, quod verius eſt, tenere ipſo iure obligationem etiam quæ facta ſit ſine cauſa, certum tamen eſt, poſſe eum qui ex eiuſmodi obligatione & ſtipulatione agit, doli mali exceptione ſummoueri, quia licet ab initio nihil dolo malo fecerit, nunc tamen facit cùm perſeuerat ex ea ſtipulatione petere *l. 2. §. circa infr. de doli mali except.* Quid ergo neceſſe eſt ei qui ſine cauſa promiſit, dari cōdictionem incerti ſine cauſa, vt liberetur, cùm poſſis tutus eſſe exceptione doli quoties conuenietur, præſertim cùm melius ſit rei partes ſuſtinere, quàm actoris? *l. fauorabiliores 115. de reg. iur.* Nec ſimile eſt, ſi quis obiiciat, eum qui exceptionem habeat non numeratæ pecuoiæ, non eo minùs actionem quoque habere, per quam conqueratur de pecunia non numerata ſi vltro agere malit, quàm expectare, vt conueniatur *l. ſi quaſi 7. & ſeq. l. in contractib. 14. in princ. C. de non num. pecu. l. vlt. C. hoc tit. de cond. ex l. & ſin cauſ.* Ita enim ius conſtitui in illa ſpecie neceſſe fuit, quia exceptio nō oumeratę pecunię ſemper temporalis fuit, & olim quinquennio cōcludebatur, hodie biennio *d. l. in contract.* Non eſt autem in poteſtate illius cui competit exceptio nō numeratæ pecuniæ vt intra quinquennium, vel biennium conueoiatur *l. petendæ 6. C. de tempor. in integ. reſtit.* Ergo ne eſſet in poteſtate improbi creditoris adimere illi exceptionē, dilata in longius tempus actione æquiſſimū fuit dari ei actionē æquè temporalē de nō numerata pecunia, vt querelā ſuam quā iure exceptionis deferre nō poterat, antè quàm cōueoiretur, deferret iure actionis. At doli mali exceptio quā in hac ſpecie cōpetere diximus, nō ſimiliter temporalis eſt, ſed perpetua *l. purè 5. §. vlt. de doli mali except.* Nullum ergo erat periculū amittendæ exceptionis propter quod etiā actio dari ei deberet, nam & dici ſolet, nihil intereſſe, an quis actionē oō habeat ipſo iure, an verò eam habeat quæ per exceptionē infirmetur *l. nihil intereſt 112. de reg. iur.* DEC. Intereſt eius qui obligatus eſt ſiue cum cauſa, ſiue etiā ſioe cauſa, vt quàm citò fieri poteſt liberetur, aut ſoluendo ſi ſit verus debitor, aut circa ſolutiooem ſi ſine cauſa ſe obligauerit, oec tantùm vt liberari poſſit oppoſita exceptione ſi conueniatur, ſed etiam propoſita vltro actionene conueniri vnquam poſſit. Nam & cùm exceptio aliqua etiam perpetua competit, periculum adhuc ſubeſt ne per errorem & imprudentiam omittatur *leg. qui exceptionem 40. ſupr. tit. prox. l. ſi fideiuſſor 29. infr. mandat.* quo caſu coodemoatio ſequitur ac ſi oulla exceptio competeret, quia nec diuinare eam iudex poteſt, nec ſi ſciat noo oppoſitam ſupplere, cùm ſit facti. *Tit. C. vt quæ deſunt aduoc. part. iud. ſuppl.* & fieri poteſt, vt exceptione etiam iuſta & competente reus vſus ſit, nec eo minùs tamē condemnetur ſiue per iniuriam iudicis, ſiue quod iniuſtæ damnationis cauſam ipſe culpa ſua præbuerit vt in *l. exceptione 67. infr. de fideiuſſ.* Tutius ergo eſt, vt qui debitor dicitur, non tantum exceptionis, ſed etiam actionis iure liberationem vrgeat, ſi conſequi eam poſſit: quod commodè fit per acceptilationem, vt hæc lex docet, & *leg. ſi quis reum 5. infr. de liber. legat. §. 1. Inſtit. quib. mod. tollit. oblig.* Secuta enim acceptilatione, atque ita ſublata omni obliga-

obligatione ſecutus eſt is, qui anteà debitor fuerat, cùm amplius conueniri non poſſit. Nemo enim ſine actione agere poteſt *l. ſi pupilli 6. §. vlt. ſupr. de negot. geſt. l. quoties 7. §. & generaliter infr. de admin. tutor.* Qui autem conueniri non poteſt, nec condemnari poteſt, quia omnis condemnatio actionem præſupponit *l. infr. de re iudic.* ne quidem per iniuriam iudicis, quia nec ſine actione dari quiſquam iudex poteſt, cùm dari actionem à Prætore poſt litem conteſtatam & dari formulam, aut iudicem, aut iudicium paria ſint *l. 2. C. de pedan. iudic.* Denique tutius eſt liberari quem ipſo iure quàm ope exceptionis, licet in dubio tutius ſit, exceptionem ſibi competentem obiicere, quàm quaſi parta ipſo iure liberatione exceptionem omittere *l. qui ſeruum 34. §. 1. infr. de oblig. & action.* Quod ergo is qui ſine cauſa promiſit poteſt habere doli exceptionem perpetuam ſi ex ea ſtipulatione conueniatur, non debet facere, quominus etiam actio ei vltro danda ſit, id eſt condictio incerti ſine cauſa, per quam ad hoc agat, vt liberetur. Sic in *l. 3. C. de condict. indeb. l. ſi indebitam 15. C. de fideiuſſ.* Nec diſtinguendum eſt cum Bartolo, an cauſa nulla omnino in promiſſione expreſſa ſit, an verò aliqua quidem, ſed quæ in rei veritate, vt ipſe loquitur, erat nulla Nam & cùm nulla prorſus expreſſa cauſa eſt in ſtipulatione, non eo minùs tamen ſtipulatio tenet ipſo iure vt ex ea conueniri promiſſor poſſit, adeóque condemnari, ſi non ſibi proſpiciat oppoſita doli mali exceptione *d. §. circa*, ſolam enim verborum ſolemnitatem requirit ſtipulatio, ad inducendam ipſo iure obligationem, non item aliquam obligationis cauſam. Porrò quo caſu doli exceptio prodeſſe poteſt promiſſori ſi conueniatur, eodem caſu etiam actio eidem accommodari poteſt & debet, vt liberationé vrgere vltrò, & conſequi poſſit: condicere enim quantitatem non poteſt, quam non dedit, ſed tantùm obligationem *l. 1. verſ. qui autem ſupr hoc tit.* Ex quo loco iuncta hac lege apparet, effectum obligationis condicendæ, non alium eſſe, quàm vt liberatio ſequatur. Et longè aliud eſſe condici obligationem, ſi quis propriè ac pariter loqui velit, aliud verò condici liberationem. Tum enim liberatio condicenda eſt, cùm iam facta eſt, nec ad alium finem condicitur liberatio, quàm vt is qui verè liberatus eſt, reſtituat ſe in obligationem vt in *l 4. ſupr. de condict. cauſ dat.* Itaque ſunt iſta merè oppoſita, & contradictoria, condici obligationem & liberationem: in quo plerique errant.

a *Incerti condictione.* Quærit Accurſius & poſt eum Bartolus, an hoc ſit nomen actionis alicuius, quæ ſpecialiter dicatur *condictio incerti*, an verò qualitas quædam actionis ex eo nomen habens, quod detur ad rem incertam. Sed iam monui ſæpius præſertim ad *l. 1. ſupr. & ad l. ſed ſi me putem 22. §. 1. ſupr. tit. prox.* eſſe hanc tantùm qualitatem & differentiam actionis: eſſe enim omnes condictiones, ſiue indebiti, ſiue ob cauſam dati cauſa non ſecuta, ſiue ob turpem vel iniuſtam cauſam, ſiue hanc de qua agimus, *ſine cauſa* ſiue furtiuam, aliàs certi, aliàs incerti. Certi quoties certum petitur de quibus in *leg. certi condictio 9 ſupr. de reb. credit.* Incerti verò quoties incertum petitur, vt puta quanti actoris intereſt, aut vt aliquid fiat, puta acceptilatio ad inducendam liberationem, vt in hac lege. Quicquid enim conſiſtit in faciendo per ſe incertum eſt *l vbi autem 75. §. qui id quod de verb. oblig.* & obligatio faciendi, ſi factum non ſit, reſoluitur in obligationem & præſtationem eius quod intereſt *l. ſi quis ab alio 13. in fin. de re iudic.*

b *Nec refert omnem qui obligationē ſine cauſa ſuſcipiat.* RAT. DVB. Nō ſemper idem de parte ad partē iuris eſt, quod de toto ad totum, vt in ſpecie *l. quandiu C. de diſtract. pignor.* vbi dicitur ſoluto quidem toto debito pignus totum liberari, ſed ſi quid vel minimum ſolutioni deſit aut ſortis aut vſurarum, nullo modo liberationem pignoris contingere, ne quidem pro ea parte pro qua ſolutio debiti facta eſt, quamuis & pecunia quæ debetur, diuidua ſit, & fundus qui pignori datus fuit. Quod & ſcriptum eſt in *l. 1. & 2. C. debit. vendit. pignor. imped. non poſſ. l. 1. & 2. C ſi vnus ex plurib. hered. debit. vel credit.* Similiter igitur & in propoſita ſpecie dicendum eſt, ſi quis maiorem obligationem ſuſceperit, quàm ſuſcipere debuerit, puta ſi decem promiſerit, cùm quinque duntaxat promittere deberet, aut in totum aut nulla penitus ex parte condicendam eſſe obligationem: ne alioqui eueniat, vt vnus idémque contractus diuerſo iure cenſeatur, quod iuris ratio non facilè admittit *vulg. leg. eum qui ædes 23. infr. de vſucap.* DEC. In his quæ omnino diuidua ſunt, vt Bartolus hîc loquitur, idem iuris eſt de parte quod ad partem, quod eſt de toto quod ad totum *leg. quæ de tota 76. ſupr. de rei vindic.* In hoc enim rerum genere vna quæque pars efficit ſuum totum non vniuerſale ſed particulare. Atqui obligationes omnes, quæ in quantitate conſiſtunt, diuiduæ ſunt *l. 2. de verb. oblig.* quia & quantitas ipſa diuidua eſt, ſicut è contrario dicimus ſtipulationes non diuidi earum rerum quæ indiuiduæ ſunt *l. 2. l. 4. leg. ſtipulationes non diuiduntur 72. leg. in executione 85. §. pro parte eod. tit.* Poteſt enim fieri, vt ex decem promiſſis quinque promiſſa ſint ex iuſta cauſa, quinque verò ſine cauſa: nec eadem ſemper cauſa eſt debendi decem, quæ debendi tantùm quinque, cum in maiori quidem ſumma minor inſit, ſed non contrà *l. 1. §. ſi ſtipulanti eod. tit. l. in eo 110. in princip. de regul. iur l. ſiue furti 9. ſupr. de in lit. iurand.* Conſequens igitur eſt, vt in propoſita ſpecie, ſi is qui quinque tantùm debebat, decem ſine cauſa promiſerit, incerti condictione conſequi debeat, vt non in totis decem, ſed in quinque tantùm liberetur: cùm tamen ſi nullam cauſam promittendi habuiſſet, incerti condictione conſequeretur vt tota ſtipulatio acceptò fieret. Alia ratio eſt pignoris de quo in *d. l. quandiu C. de diſtract. pignor.* & aliis ſuprà in dubitandi ratione adductis. Eſt enim pignoris cauſa indiuiſa, vt Papinianus ait in *l rem hereditariam 65. infr. de euict.* nam nec veriſimile eſt creditorē qui pignus accepit pro centum, vllam partem pecuniæ crediturum fuiſſe, ſi non ei pignus datum pro totis centum fuiſſet *l. heredes 25. §. idem obſeruatur ſup. Famil erciſc. l ſi rem alienam 9. §. omnis pecunia inf. de pignor. act.* Eadémque cauſa eſt cæterorum contractuum quos credibile eſt non fuiſſe contrahētes pro parte inituros, vt euenit in emptionibus & dationibus in ſolutum *l. ſiue ex cauſa 139. inf. de verb oblig.* nec enim credendus eſt vēditor partem fundi vēditurus fuiſſe ei cui totum vendidit, neque emptor partem fundi empturus quem totum emit, aut in ſolutum accepit *l. minor 47. §. 1. ſupr. de minor. l ſi quis aliam 46. infr. de ſolut.* ob incommoda nimirum communionis *l. ſi non ſortem 26. §. ſi centum ſupr. tit. prox. iunct. l. in re communi 26. vrban prædior. l. cùm pater 77. §. dulciſſimi delegat. 2.* At non ſimiliter poſſis dicere, eum qui decem promiſit, cùm quinque duntaxat deberet, non æquè promiſſurum fuiſſe quinque, ſi ſtipulator quinque tantùm non etiam decem ſtipulari voluiſſet.

4. Africanvs libro 8. Quæſtionum.

NIhil refert, vtrúmne ab initio ſine cauſa quid datum ſit, an cauſa, propter quam quid datum eſt, ſecuta non ſit.

*Ad l. Nihil refert 4.*

Rat. dvb. & decid. ad hanc legem eadem eſt, quæ ad §. *pen. l. 1. ſupr.* vbi eadem omnino ſententia proponitur, niſi quòd hîc Africanus tractat tantùm de cauſa non ſecuta, Vlpianus verò in *d. §. penul.* de cauſa etiam finita, ac proinde ſecuta. Nec enim finiri poſſet, quæ nunquam ſecuta eſſet, nec initium habuiſſet *leg. Titio vſusfructus 96. infr. de condict. & demonſt.* Miror verò eſſe hunc caſum ab Africano prætermiſſum, cùm magis conueniat condictioni ſine cauſa, quàm caſus ille quo cauſa ſecuta non ſit: admittit enim ille & inducit maiore quodam iure condictionem ſine cauſa, quam nõ æquè poſſis inducere, ſi cauſa ſecuta ſit & finita. Nomen enim ipſum repugnat condictionis ob cauſam dati cauſa non ſecuta: contrà verò cùm cauſa quæ ab initio aliqua fuit, ex poſtfacto finita eſt, æquè locus eſſe debet condictioni ſine cauſa, atque ſi nulla ab initio fuiſſet: quia verum eſt eo tempore quo agitur, quod in hac condictione maximè ſpectandum eſt, cùm neque ad tempus præteritum reſpiciat neque ad futurum, iam nullam eſſe cauſam licet aliquando fuerit, non enim amplius eſt, quod finem eſſendi, vt ita loquar cum Philoſophis, iam accepit. Ideo autem datur condictio ſiue cauſa ſecuta non ſit, ſiue finita fuerit, quoniam alioquin vtroque caſu ex alieno damno locuples fieret is qui accepiſſet: quæ generalis ratio eſt inducendarum condictionum, & repetitionum omnium *leg. cùm hi 8. §. ſi quis de alimentis verſ. ſanè ſupr. de transact.*

5. Papinianvs libro 11. Quæſtionum.

AVunculo nuptura, pecuniam in dotem dedit, neque nupſit. an eandem repetere poſſit, quæſitum eſt? dixi, cùm ob turpem cauſam dantis, & accipiẽtis pecunia numeretur, ceſſare condictionem: & in delicto pari potiorem eſſe cauſam poſſeſſoris, quam rationem fortaſſis aliquem ſecutum reſpondere, non habituram mulierem condictionem. ſed rectè defendi, non tam turpem cauſam in propoſito, quàm nullam fuiſſe: cùm pecunia, quę daretur, in dotem conuerti nequiret. non enim ſtupri, ſed matrimonij gratia datam eſſe.

*Ad l. Auunculo vlt.*

Rat. dvb. Cùm ob turpem cauſam dantis & accipientis pecunia numeratur, ceſſat condictio, quia in pari delicto potior eſt cauſa poſſeſſoris *l. penul. ſupr. de condict. ob turp. cauſ. l. 2. C. eod.* Atqui turpes ſunt & illicitæ nuptiæ inter auunculum & ſororis filiam, adeóque neptem & proneptẽ, quia his perſonis auunculus loco parentis eſt *§. fratris autem Inſt. de nupt. l. ſororis 39. infr. de rit. nupt.* Ergo ſi ſororis filia auunculo nuptura dotem ei dederit, quãuis poſteà non nupſerit, dicendum eſt condictionem ceſſare, quia in eo vtriuſque turpitudo verſatur. Dec. Matrimonij & dotis cauſa ſemper honeſta eſt, & fauorabilis ob admixtam vtilitatem reipublicæ *l. 1. infr. ſolut. matr. l. 2. & 3. de iur. dot.* Atqui in propoſita ſpecie ſororis filia auunculo nuptura dotem ei dedit, non ſtupri cauſa, ſed matrimonij. Ergo non ob turpem cauſam, ſed potiùs ob honeſtam. Nec quod nõ niſi turpiter matrimonium inter huiuſmodi perſonas ſequi potuit, ad rem facit. Nam præter id quod ponimus ſecutum non fuiſſe, nihil aliud ex eo inferre poſſis, niſi quod vult Papinianus, nullam hîc potiùs quàm turpem fuiſſe cauſam dotis dandæ, cùm ea pecunia in dotem cõuerti nequeat, quia nec matrimonium ſequi vllum poteſt impoſſibilitate iuris, quæ impoſſibilitati facti paſſim æquiparatur *l. filius 15 cum l. praeced. infr de condic. inſtit.* Dicendum igitur eſt, locum eſſe hoc caſu condictioni ſine cauſa: & ita Papinianus noſter ſubtiliſſimè concludit, nam in condictione ob turpem cauſam proxima cauſa inſpicienda eſt, non remota, vt benè hîc Bartolus tractat ex *l. 3. §. ſed quod meretrici ſup. de condict. ob turp. cauſ.* In propoſito autem cauſa proxima fuit dotis dandę ob matrimonium, quamuis tale matrimonium non niſi turpiter & illicitè contrahi potuerit. Quid ergo ſi matrimonium ſecutum eſſet? Et quidem ſi cõtrahentes matrimonium, neque ius neque factum ignorarunt, nullam penitus habere poſſunt excuſationem, nec dubitandum eſt, quin hoc caſu non tãtũ lucra nuptialia omnia eis auferenda ſint *l. qui contra 4. C. de inceſt. nupt.* ſed etiam dos ipſa fiat caduca *l. ſi quis 6. eod. tit. l. vxori maritus 27. infr. de vſufr. legat. l. inceſta 52. l. dote 61. infr. de rit. nupt.* Nam nec fœminis hoc caſu parcitur etiam quod ad pœnam ex legibus publicorum iudiciorum irrogandam. Quamuis ſi ſola iuris Romani obſeruatio interueniret, nec iure gentium inceſtum committeretur, eſſet mulier per iuris ignorantiam à crimine excuſanda *l. ſi adulterium 38. in princip. & §. 1. & ſeqq. infr. ad leg. Iul. de adult.* Solus Bartolus tentat an dici poſſit mulierem etiamſi ius & factum ſciat, non eo magis tamen prohibendam condicere dotem quam dedit: & in eam ſententiam procliuior eſt, vt non perdat dotem, quia eam habeat, nõ vt lucrum, ſed vt quid ſibi proprium, & ex cauſa oneroſa, quaſi neque ratione turpitudinis repelli debeat, vt Papinianus hîc reſpondit, neque ratione indignitatis, quippe quæ non ab alio ei poſſit obijci quàm à fiſco, ſed in hoc tamen fallitur. Nam vt meliùs docet Accurſius, ne quidem ignorantia mulieris eam excuſat ab amiſſione dotis, ſed tãtùm à pœna criminis, niſi ſit error facti, & quidem acerrimus, vt loquitur *d. l. qui contra d. l. inceſta & d. l. dote & d. l. ſi quis 6. C. de inceſt. & inutil. nupt.* & quod à

Papi-

Papiniano in hac lege contrà reſponſum viderit, non ad mulieris ignorantiam & errorem ſiue facti ſiue iuris referendum eſt, (cùm tractet Papinianus eum caſum quo par delictum fuerit vtriuſque contrahentium, quod tamen nullum eſſet, interueniente facti errore, quia neque conſentiunt, neque delinquunt qui errant, idque ex ſequenti ſpecie clarius apparet,) ſed ad id quod non magis de facto, quàm de iure fuerat ſecutum matrimonium, quo ſecuto aliud ſanè Papinianus reſpondiſſet, non tantùm ratione turpitudinis (ea namque ratio mulieri tantùm adimeret condictionem, non etiam dotem marito) ſed ob id maximè quòd propter contractũ illicitè & dolo malo matrimonium dos caduca facta eſſet, & fiſco applicanda *d. l. inceſta d. l. dote l. 2. §. 1. d. l. Claudius 13. de his quæ vt indig.* niſi talem proponeres mulierem, quæ non poſſet videri deliquiſſe, quòd ab alio puta tutore ſuo decepta eſſet, vt in *l. vlt. de leg. 1.* loquimur enim de iis qui communem delinquendi cauſam habuerunt contrahendo prohibitas nuptias, vt in ſpecie huius legis. Alioqui cõpeteret mulieri quæ aut ius aut factum ignoraſſet condictio ob cauſam dati cauſa non ſecuta, quoniã ad condictionem illam impediendam non ſufficit cauſam ſecutam eſſe de facto, ſi iure non habuerit effectum *l. 3. §. ſi liber homo de condict. ob cauſ.* Sed tamẽ hoc etiam niſi fallor, æquè malè, quia id intelligi debet, quoties ea cauſa ſaltem aliquo caſu ſequi poteſt, vt in *d. §. ſi liber homo.* nec enim per ſe impoſſibilis eſt cauſa manumittendi, ſed tãtùm in homine iam libero. Cæterùm ſi abſolutè ſit impoſſibile cauſam ſequi, ob quam aliquid datum eſt, non eo minus ceſſat repetitio, vt diſertè ſcriptum eſt in *l. dictam legem 8. C. de condict. ob cauſ. dator.* quia imputare ſibi debet, qui vltro dedit ob cauſam aliquam, quam ſciebat ſequi nullo modo poſſe quaſi & hic donaſſe videatur ex regula *l. cuius per errorem 53 de regul. iur.* eiuſmodi autẽ eſt ſi ſororis filia quaſi auunculo nuptura, ei dotem dederit, cùm matrimonium illud ſequi nunquam poſſit. Impoſſibiles enim cõditiones cenſentur, non minus eæ quæ de iure, vt loquuntur, impoſſibiles ſunt, quàm quæ de facto, vt iam diximus ex *d. l. filius 15. & praeced. de condict. inſtit.* quia quod honeſtè facere non poſſumus, nec facere nos poſſe credendum eſt, vt eleganter Papinian. loquitur in *d. l. filius.* Quòd ſi de facto impletæ ſint, nec pro impletis habendæ ſunt ad vtilitatẽ & commodum eius qui impleuit, ſed tantũmodo in ipſius damnum & pœnam, vt quod turpiter, & contra leges factum eſt, earũdem legum ſeueritate vindicetur, & auferantur omnia quæ per occaſionem illiciti matrimonij ad alterum ex coniugibus ab altero peruenerunt. Quod etiam iure vetere obtinebat *l. vxori maritus 27. infr. de vſ. fr. legat.* Nec ad rem pertinet, quod in ſpecie huius legis ſponſalia quoque prohibita ſunt, non minùs quam nuptiæ *l. oratio 16. infr. de ſponſal. l. ſi quis tutor 60. §. quamuis de rit. nupt.* ſiue per verba de præſenti facta ſint, ſiue per verba de futuro: quam diſtinctionem iuri ciuili incognitam ius canonicum primùm induxit, nam neq; Papinianus ponit cõtracta fuiſſe vlla ſponſalia: & quãuis contracta eſſent, omni tamen caſu admitterent iure ciuili locum pœnitentiæ, quam ipſæ etiam inceſtæ nuptiæ interdum admittunt: ſcilicet ſi acerrimo facti errore factæ ſint, & coniuges errore comperto ſtatim & ſine vlla procraſtinatione coniunctionem diremerint *d. l. qui contra in fin.* Quod intelligo nõ modò quantum ad lucra nuptialia duntaxat, ſed etiam quantum ad dotem, ne cum Bartolo meliorem facias cõditionem dotis, quaſi quæ cauſam habeat, vt ille ait, oneroſam, quàm lucrorum quæ lucratiuam habent, nam è contrario lex Iulia, quæ dotem ob illicitum matrimonium caducam fecit, indiſtinctè locuta eſt *d. l. inceſtæ & d. l. dote* propter quod videri potius poſſet, nõ eſſe adhibendam in dote illam diſtinctionem, quam adhibuerunt Imperatores, qui pœnam legis Iuliæ ad lucra etiam nuptialia extenderunt in *d. l. qui contra.* niſi abſurdũ eſſet, meliorem facere conditionem lucrorum nuptialium, quàm dotis, & iacturam dotis inducere tum quoque cùm nullum delictum interceſſiſſet, quod per iuſtum errorem facti ſemper excluditur *d. l. 38. §. 1. de adult.* Ergo tunc applicari eam fiſco & caducam fieri neceſſe eſt, cùm illicitum matrimonium contractum eſt dolo malo & à delinquentibus, *l. ſi quis 6. C. de inceſt. & inutil. nupt. d. l. vlt. de leg. 1. d. l. 2. d. l. Claudius 13. de his quæ vt indign.* non etiã ſi contracta ſint tantùm ſponſalia, quia lex Iulia de ſponſalibus locuta non eſt, ſed tantum de nuptiis, neq; quantum ad pœnam amittendæ dotis ad ſponſalia extendi debuit, non modo tanquã odioſa (nec enim odioſæ leges adiuuandæ ſunt interpretatione *leg. cùm quidam 19. de liber. & poſthum.*) ſed etiã & illa potiſſimùm ratione, quòd ſponſalia non poſſunt facere dotem, ſed ſolum matrimonium. Vt taceã quod addit Bartolus, quamuis fortaſſe nimis generaliter, quoties delictum ideo non perficitur, quia is qui delinquere cœperat, non vult perficere, pœnam delicti ceſſare, quaſi ſuffragio iuſtæ pœnitentiæ abſolutus, vt loquitur Paulus in *leg. qui falſam 19. infr. de leg. Cornel. de falſ. l. Papinianus 8. §. meminiſſe ſup. de in off. teſtam. l. qui cùm maior 14. §. accuſaſſe l. in ſeruitutem 16. §. petiſſe inf. de bon. libert.* Planè vt Bartolus monet, poteſt iuſta ignorantia etiam alterutrius coniugum illicitas & prohibitas nuptias contrahentium ei prodeſſe, non quidem quod ad hoc vt eo minus illicitæ ſint nuptiæ (legum enim authoritatem ruſticitatis & imperitiæ velamentis circũueniri non oportet, vt ait *l. 1. C. de interd. matrim.*) ſed quantum ad hoc, vt ex parte ignorantis filij legitimi dici poſſint, & ſucceſſionis capaces, vt in ſpecie *l. qui in prouincia 57. §. 1. inf. de rit. nupt.* vbi de ea muliere tractatur quæ in matrimonio auunculi ſui per multos annos fuerat, & in eo collocata ab auia, & plures in ea matrimonij figura liberos ſuſceperat. Quamquam hac de re ius Pontificium conſulendum potius, & ſequendum eſt: item vt ſi in contrahendo illicito matrimonio nullum delictum admiſſum ſit, puta ſi mulier libera ſeruo nupſerit, cuius ſtatum ignorabat, nihilominus repetere dotẽ poſſit, & quidem cum eodem priuilegio quod veris dotibus dari ſolet *l. ſicut dotem 22. §. vlt. infr. ſolut. matrim. l. 3. C. eod.* Idem enim priuilegium etiam condictioni datur, quod fauoris ratione tribui ſolet actioni de dote inter actiones perſonales *l. ſi ſponſa 74. infr. de iur. dot. l. quæſitum 17. §. vlt. & legib. ſeqq. infr. de reb. author. iudic. poſſ. d. alias l. 2. 3. & 4. de priuileg. credit.* Et ad hos nimirũ caſus reſtringi debet, quod ſcriptum eſt in *l. 1. C. de condict. ob cauſ. dat.* non autem ita intelligi, vt quidam putant, quaſi iure nouo nõ fiat dos caduca, propter inceſtuoſum matrimonium, quomodo fiebat olim *d. l. dote & d. l. ſi quis 6. C. de inceſt. nupt.* non enim quodlibet illicitum matrimonium faciebat caducam dotem, ſed illud demũ quod delicti cauſam admixtam habebat, vt diximus: nec enim pœna vlla ſine delicto eſſe potuit aut debuit, præſertim per quam amiſſio dotis

*monſtr l.Sticho 40.in fi.de ſtatulib.* ſubiecta etiam mutua ſtipulatione Aquiliana in hunc modum, *ex hoc contractu nullam inter ſe controuerſiam amplius eſſe fieri* non poteſt, vt in ſui generalitate condictionem quoque indebiti non contineat, quaſi ei renunciaſſe intelligatur is qui nullam aduerſario controuerſiam ſe amplius facturum promiſit. Cùm enim poſſit quilibet fauori ſuo renunciare, & iuri pro ſe introducto *l.ſi tu lex 41.ſupr.de minor l.penult.Cod.de pact.* quidni etiam condictioni indebiti renunciare pro arbitrio poterit, ſiue expreſsè, ſiue tacitè, is qui indebitum ſoluit?

Dᴇᴄ. Condictio indebiti non alij datur quàm ei qui per errorem & putans ſe debere ſoluit: alioqui donaſſe videtur non ſoluiſſe, ſi prudens & ſciẽs ſoluerit *l cuius per errorem 53. de reg iur. l.1.l.fideicommiſſum 62. & tot.hoc tit.* Atqui errantis nulla voluntas, nullus conſenſus eſt *l. ſi quis per errorem 15.ſupr.de iuriſdict.l.2.in princip.ſuprà de iudic.l.nihil conſenſui 116.§.vltim de regulis iuris.* Implicat ergo contradictionem, vt qui ſoluendo indebitum acquirit ſibi condictionem indebiti, cogitet de amittendo eius auxilio & beneficio, cùm acquiratur condictio ſoluenti extra id quod agitur, vt eleganter ſcriptũ eſt in *l.is qui 13.in fin.inſ.Commod.* Et qua erroris facilitate ſoluit indebitum, eàdem & condictioni indebiti renunciaſſe credendus eſſet. Quod tamen ſi apertis expreſſiſque verbis feciſſet, adiecta etiam clauſula, quam Bartolus à notario additam ſupponit, *ſciens ſe non debere,* vtique admitterem nullum condictioni locum ſuperfore, at non propter renunciationis clauſulam, vt vulgo noſtri malè autumant, ſed quia nec ab initio vlla vnquam competiiſſet ei, qui ſciens indebitum ſoluiſſet, ſiue ea mente ſoluiſſet, vt poſtea repeteret, ſiue ſimpliciter *l.quod quis 50.ſupr. l.indebitum 9.C.eod.* Stulta igitur hoc caſu renunciatio eſt, & inutilis, tanquam facta iuris non competentis. Quinimò dicerem pactum hoc, quoniam haberet vim expreſſæ donationis, nõ aliter valere poſſe moribus noſtris, quibus omnes omnino donationes cuiuſcunque donationis, & quoquomodo factæ, dum ne fauore nuptiarũ & in contractu matrimonij, egent inſinuatione, quàm ſi fuerit inſinuatum. Cùm tamen quod quis ſciens indebitum ſimpliciter ſoluit, non eo magis repeti poſſit, quòd donatio, quæ per eiuſmodi ſolutionem facta eſſe intelligitur, non fuerit inſinuata. Inſinuationem enim requirũt donationes expreſſæ, non quæ tacitè duntaxat factæ intelliguntur. Denique generale eſt, vt executiuæ clauſulæ, id eſt, quæ in vltima contractus parte circa ipſius executionem apponuntur, nihil vnquã addant diſpoſitiuis, ſed potius ex natura principalis contractus interpretationem accipiant: quod optimè probare noſtri ſolent ex hoc potiſſimum §. & ex *l.vlt.C.de non numer.pecun.l.ſi de certa 32.C.de tranſact.l.tres fratres 35.l.emptor 47.§.Lucius ſupr.de pact.* Tũc autem maximè hoc procedit, inquit Bartolus, quando ille qui huiuſmodi generalibus clauſulis niteretur, eſſet in dolo. Nunquam enim dolus incognitus remiſſus intelligitur, aut cùm error renũciantis proficiſceretur ex teſtamento incognito, vt in *l.vlt.C de reb.credit.l de his 6.ſupr.de tranſact.l.Lucius 78.§.vlt.inſ. ad SC.Trebel.vlt.§.vlt.de leg.2.*

4 ¶ Lucius Titius Gaio Seio minori annis vigintiquinque pecuniam certam credidit, & ab eo aliquantum vſurarum nomine accepit, & Gaij Seij minoris heres aduerſus Publium Mæuium à præſide prouinciæ in integrum reſtitutus eſt, ne debitum hereditarium ſolueret, & nec quicquam de vſuris eiuſdem ſortis, quas Seius minor annis vigintiquinque exſoluerat, repetendis tractatum apud præſidem, aut ab eo pronunciatum eſt. quæro, an vſuras, quas Gaius Seius minor annis vigintiquinque, quoad viueret, creditori exſoluerat, heres eius repetere poſſit? reſpondi ſecundum ea, quæ proponerentur, condici id, quod vſurarum nomine defunctus ſoluiſſet, non poſſe. Item quæro, ſi exiſtimes repeti non poſſe, an ex alio debito heres retinere eas poſſit? reſpondi, ne hoc quidem.

*Ad §.vlt.Lucius Titius.*

Rᴀᴛ. ᴅᴜʙ. Fieri non poteſt, vt ſi ſors principalis non debeatur, vſuræ ſortis vllæ debeantur, quia ſublato principali acceſſorium quoque tolli neceſſe eſt *l.eos 26.Cod de vſur. l.cùm principalis 178.de regulis iuris.* Ergo poſteaquam petita reſtitutione in integrum aduerſus debitum ſortis, pronunciatum eſt pro herede minoris ſortem nullam deberi, conſequens neceſſarium eſſe videtur, vt de vſuris quoque cognitum & pronunciatum intelligatur, debitas nullas fuiſſe, ac proinde repetitioni earum, quas minor quaſi debitas ſoluerit, locum eſſe, præſertim cùm terminato per ſententiam principalem negotio, nulla de vſuris aut fructibus lis ſupereſſe poſſit vel debeat, ne vnius litis finis alterius præbeat exordium *l.terminato 1. Cod.de fructibus & lit.expenſ.l.4.C.depoſit l qui per colluſionem 49. §.1. inſr.de act. empt.* Adde quòd in integrum reſtitutionis propriũ eſt, vt omnia reponat in priſtinum ſtatum, nec minus quantum ad vſuras & fructus, quam quod ad ſortem ipſam aut fundum attinet *leg. quòd ſi minor 24.§.reſtitutio l.patri 27. §. ſi pecuniam ſuprà de minor. l.vnic.C.de reput.quæ fiunt in iudic. in integr.reſtit.* Alioqui non eſſet plena reſtitutio, quæ non in omnibus ſubueniret, ac omnia in integrum reſtitueret, *l.1. C. de ſentent.paſſ.& reſtit.*

Dᴇᴄ. Vſuræ ſolutæ eius ſortis quam conſtet debitam eſſe, non poſſunt eſſe indebitæ, quamuis neque per ſtipulationem, adeóque nec nudo pacto promiſſæ ſint *l.ſi non ſortem 26. in princip.* vbi diximus *ſuprà hoc titul.* Naturaliter enim eas debeꝛi ſatis agnoſcit ille, qui ſoluit in vicem & remuneratio-

tionem

Digitized by Google

rationem commodi, quod ex alienæ pecuniæ gratuito vſu percipit *arg. l. cùm debitor 8. infr. in quibus cauſ. pign. vel hypoth. tac. contr.* Atqui ponimus vſuras à minore ſolutas fuiſſe eius ſortis nomine, quæ verè debebatur. Omnis enim reſtitutio in integrum præſupponit obligationem ipſo iure tenere, contra quam reſtitutio poſtulatur. Alioqui nec egeret, nec vti poſſet reſtitutione is qui ipſo iure tutus eſſet, quia nunquam extraordinarium auxilium ei dandum eſt, cui ordinarium ſufficit *l. in cauſa 16. §. 1. ſup. de minor. l. ſi quidē 11. Cod. de præd. minor.* Cum ergo debita ſors fuerit, vſuras quoq; eo nomine vltro ſolutas debitas quoq; fuiſſe dicendū eſt, non adhibita illa diſtinctione, quæ neceſſaria eſt, cùm de vſuris adhuc debitis necdum ſolutis, & ſeparato iudicio poſt litē de ſorte peractam petitis agitur, an in obligatione ſint, an tantū in officio iudicis *d. l. qui per colluſionem §. 1. de actio. empt. d. l. 4. C. d. poſ. & d. l. terminato,* quia poſtquam ſolutæ ſunt, nullus de earum petitione, & an debeātur, tractandi locus ſupereſt, ſed tantùm de earum repetitione, an reſtitui debeāt, quaſi nullo iure perceptæ. Atqui ſolutio ſpontanea facit eſſe debitas, quæ alioquin eſſent omnino indebitæ: nec reſtitutio in integrū, quæ ex poſtfacto facit ſortem indebitam, cuius tanquam debitæ nomine vſuræ ſolutæ fuerant, ad vſuras porrigi poteſt, quarum ſolutio per ſe tenuit ab initio, & de quibus in iudicio reſtitutionis in integrum nihil tractatum fuiſſe proponitur, & ſententiæ omnes etiam quæ de reſtitutione in integrum latæ ſunt, adeò ſtricti iuris eſſe intelliguntur, vt nunquam per interpretationem extendi debeant vltra id quod ſententiæ verbis diſertè comprehenſum eſt, nec ad alia referri quàm quæ in iudicio acta & tractata ſunt *l. 1. & 2. C. de fideiuſſ. minor.* Planè dubitandum non eſt, quin potuerit minoris heres ſicut & minor ipſe reſtitui in integrum aduerſus vſurarum ſolutionem, quia de omni eo quod à minore geſtum eſt, ſi modò læſus ſit, reſtitutionem in integrum petere & minor ipſe & minoris heres quilibet poteſt *l. 1. l. ait prætor 7. in princip. ſupr. de minor. iunct. l. non ſolùm 6. de in integrum reſtit.* Nec facilè poteſt contingere, vt ratione ſortis minor læſus fuerit, & reſtituendus, quin vſurarum quoque nomine idem beneficium & auxilium mereatur. Sed aliud eſt, reſtitutionem in integrum etiam pro vſuris ſolutis petere potuiſſe, aliud verò petiiſſe: quemadmodum ſuprà diximus ad *l. qui ob rem 35. hoc tit.* aliud eſſe quem habere exceptionem, aliud verò habere poſſe: ſic & debitori qui non ſoluit, prodeſſe debere, quod creditori ſuo ſatisfecerit, ſed non prodeſſe quod ſatisfacere velit *l. cùm liberatur 6. §. 1. infr. quib. mod. pign. vel hypothec. ſoluit.* An ergo poterit heres minoris poſt finitum de ſorte principali iudicium reſtitutionis in integrum, pro vſuris quoque tanquam indebitè ſolutis petere reſtitutionem? Ita putant Accurſius & Bartolus, nec malè, cùm alia res futura ſit, quæ in poſterius iudicium deducetur, nec tantùm ſi minor aliquid promiſerit, polliceatur ei prætor in integrum reſtitutionem, ſed etiamſi ſoluerit, aut quid aliud omnino geſſerit *d. l. ait prætor in princip.* Et quāuis non poſſet tractari de in integrum reſtitutione ratione vſurarum, quin retractanda eſſet quæſtio de in integrum reſtitutione petita, & iam iudicata ſortis nomine, non poſſet tamen ea res poſteriorem quæſtionem impedire prætextu exceptionis rei iudicatæ, quia euidenter iniquum eſſet, ei nocere exceptionem rei iudicatæ pro quo iudicatum eſſet *leg. euidenter 16. infr. de except. rei iudic.* Cùmque in integrum reſtitutione minorum omnia expediantur cognitione prætoria non iure alicuius actionis *d. l. quod ſi minor. 24. §. vlt. ſup. de minor.* abſurdum eſt quærere, an ſupereſt aliqua actio, cui officium iudicis mercenarium, vt noſtri loquuntur, ſubſeruire poſſit necne *de quo in leg. qui per colluſionem 9. §. 1. de action. empt.* Idque eſt fortaſſe quod Accurſius & Bartolus de officio iudicis nobili hîc tractant, etſi tota illa diſtinctio de iudicis officio nobili & mercenario tanquam commentitia nobis nunquam placuit, & ſæpius à nobis reprobata eſt. Cæterùm reſtitutionem in integrum ex hac cauſa peti omnino neceſſe eſt, vt hic Scæuola reſpondit. Neq; ſimile eſt, quod ſcribitur in *l. quod in diem 7. §. ſi rationem infr. de compenſat.* etiam petitionem illam, cuius ratio in priore iudicio habita non eſt, in poſteriore moueri poſſe, quoties in priore nihil de ea diffinitiuè pronuntiatum eſt. Id enim tum obtinet, cùm res debita petitur. Vſuræ autem de quib. tractamus, omnino indebitæ ſunt, niſi petita prius in integrū reſtitutione, per quā pronūtietur, reſtitui eas debere. Quid enim ſi contrà pronūtiaretur non debere reſtitui, ſiue per ſordes, ſiue per imperitiam, aut quoquomodo per iniuriam iudicis id factum eſſet? iudicij enim euentus ſemper dubius & incertus eſt *l. poſthumus 6. §. 1. ſupr. de inoff. teſtam. l. quod debetur 51. infr. de pecul.* Ideóque debitum dici nullomodo poteſt, quod nonniſi petita priùs in integrum reſtitutione peti poteſt, cū nec ſufficiat petere eam niſi cōcedatur. Quare ad rem nō pertinet, ſi quis obiiciat debitum hoc vſurarum factum eſſe indebitum per reſtitutionem in integrum pro ſorte petitam, & iam incipere eſſe ſine cauſa penes creditorem, penes quem fuerant antea ex iuſta cauſa, quod ſufficit ad inducendam condictionem, ſi non indebiti, ſaltem ſine cauſa *l. 1. §. vlt. inf. tit. prox.* Eſt enim ei condictioni locus quoties cauſa redit ad non cauſam. Reſpōdemus enim non ita in hac ſpecie contingere, quia etiam poſt obtentam de ſorte reſtitutionem in integrum remanent nihilominus vſuræ bene ſolutæ, quandiu earū quoque nomine petita & conceſſa reſtitutio non eſt. Poteſt quidem cauſa propter quam vſuræ bene ſolutæ ſunt, redire ad non cauſam, ſcilicet ſi etiam earū nomine reſtitutio in integrum petatur & concedatur. Sed aliud eſt redire poſſe ad non cauſam, aliud verò iam rediiſſe, vt diximus. Eadem ratio facit vt neq; compenſari poſſint vſuræ iſtæ cum eo quod viciſſim à minoris herede creditori debeatur. Etſi enim id quoq; quod naturaliter tantùm debetur, in compenſationem venire poteſt, perinde atq; quod debetur ciuiliter *l. etiam 6. inf. de compenſat.* falſum tamen eſt naturaliter debitū iam eſſe, quod per in integrū reſtitutionem peti poteſt, quouſq; petita & conceſſa ſit reſtitutio, quia vtrum concedenda ſit, nécne, in cauſæ cognitione poſitum eſt, cuiūs euentus ſiue ob probationum incertitudinem, ſiue ob iudicij aleam, nonniſi dubius & incertus eſſe poteſt. Idq; eſt, quod in vltima huius reſponſi parte Scæuola reſpondit, ſi ex alio debito eas vſuras retinere minoris heres velit, iure ſcilicet compenſationis, ne hoc quidem ei permittendum eſſe. Prius enim eſt, vt eas ſibi vel naturaliter, vel ciuiliter debitas eſſe doceat (quod tamen niſi petita prius obtentaque in integrum reſtitutione facere non poteſt) quàm vt eas vel petere poſſit, vel compenſare: nam & qui compenſat, hoc ipſo quodammodo petit *l. Ampliùs 15. infr. rat. rem haber.*

# DE CONDICTIONE SINE CAVSA.

## TIT. VII.

19. VLPIANVS libro 43. ad Sabinum.

EST & hæc ſpecies condictionis, ſi quis ſine cauſa promiſerit, vel ſoluerit quid indebitum. qui autem promiſit ſine cauſa, condicere quantitatem non poteſt, quam non dedit: ſed ipſam obligationem.

*Ad leg. 1.*

RAT. DVB. Videtur hæc condictio ſine cauſa eſſe genus quoddam generaliſſimum condictionum omnium, potiùs quàm certa quædam ſpecies à cæteris diſtincta, cùm ſub ſe comprehendat cæteras condictiones omnes tanquam genus ſuas ſpecies, quandoquidem cum omnibus concurrit, vt ex ſingularum enumeratione docet hîc Accurſius. Concurrit enim cum condictione indebiti, de qua diximus *tit. ſuperiore, leg. hac condictio 66. ill. tit.* Item cum condictione tam certi ſi certum petatur, quod penes alium ſit ſine cauſa, quàm incerti ſi incertum, puta ſi quis promiſerit aliquid ſine cauſa, vt condicenda ſit liberatio, quemadmodum in hac lege ſcriptum eſt *iunct. leg. certi 9. ſupr. de reb. credit.* Item cum condictione ob cauſam §. *ſed ſi ob cauſam & ſequen. hac ipſa lege.* Item cum condictione ob turpem, vel iniuſtam cauſam §. *final. infr. leg. perpetuo 6. ſupr. de condict. ob turp. vel iniuſt. cauſ.* Denique cum condictione furtiua, ſi fortè fur, aut prædo fructus aliquos ex re furtiua, vel vi ablata percepe-rit, nam & condictione furtiua tenetur, cùm eorum fructum fecerit *leg. in re furtiua 8. § vltim. infr. tit. prox. leg. ſi ſeruus 61. §. locaui infr. de furt.* & condictione ſine cauſa, cùm eos ſine cauſa retineat *leg. pen. Cod. hoc tit. de condict. ex leg. & ſin. cauſ.* nempe ſi conſumpti ſint, vt iam eos vindicare dominus non poſſit: alioqui aut vindicandi ſunt, aut condicendi condictione furtiua, quæ ſola cum vindicatione poteſt concurrere §. *ſic itaque Inſtit. de act.* non autem condictione ſine cauſa, quæ cum vindicatione nunquam concurrit *leg. vltim. ſupr. vſufruct. quemad. caueat.* Ergo debuit Vlpianus hîc ſcribere, condictionem ſine cauſa, eſſe genus potiùs, quàm ſpeciem condictionis. DEC. Condictio ſine cauſa non poteſt dici genus, nec generaliſſimum, nec medium, quia non prædicatur tanquam genus de cæteris condictionibus, tanquam de ſuis ſpeciebus, ne quidem de iis cum quibus concurrit, ſed de ea prædicatur condictio ſumpta in genere, illa autem adiectio *ſine cauſa*, dicit eſſentialem differentiam à qua ſumit propriam denominationem. Benè igitur Vlpianus ſcribit, eſſe hanc ſpeciem condictionis, non enim ob id minùs ſpecies eſt, quòd ſit generaliſſima, vt Accurſius noſter loquitur, & cum cæteris quoque ſpeciebus condictionis concurrat. Et prætereà non ſemper concurrit cum aliqua ex cæteris, ſed aliquando ſola per ſe locum habet, vt diximus ad d. *l. hac condictio 66. ſupr. tit. prox.* & habet quædam ſpecialia, quale illud eſt, vt detur etiam ex contractibus nominatis, quoties non concurrit cum condictione ob cauſam dati cauſa non ſecuta, vt in *leg. prox. infr.* Quod in condictione ob cauſam dati cauſa non ſecuta diuerſum eſt, quæ nunquam datur ex contractu nominato, ne in eo fiat locus pœnitentiæ *leg. ſi pecuniam 5. & leg. vltim.* vbi diximus *ſupr. de condict. ob cauſ. dat.* Ergo ſiue quis ſine cauſa promiſerit, ſiue etiam ſine cauſa indebitum ſoluerit, & condictioni indebiti locus eſſe poterit, & condictioni ſine cauſa, ſed cum hac tamen differentia quantum ad hanc & illam condictionem, quod qui aliquid ſine cauſa ſoluit, condicit eam ipſam quantitatem aliámve rem quam ſoluit, qui verò promiſit duntaxat, non poteſt condicere quantitatem quam non dedit, (quamuis interdum poſſit fieri, vt condicatur etiam non data quantitas, ſi tale quid datum fuerit, quod in pecuniam verti neceſſe ſit, vt monet hîc Accurſius ex *leg. ſi non ſortem 26. §. libertus ſupr. tit. prox.*) ſed tantùm ipſam obligationem, quomodo Vlpianus hîc loquitur, vt liberatio ſequatur *leg. 3. infr.* Cuius tamen ſententia malè ab interpretibus noſtris poſt Accurſium ſic accepta eſt, quaſi Vlpianus differentiam his verbis voluerit ponere inter condictionem indebiti & condictionem ſine cauſa, vt pro data quantitate competat quidem condictio indebiti, ſed pro quantitate promiſſa, competat condictio tantùm ſine cauſa. Quod certè non ita eſt, ponit enim Vlpianus differentiam duntaxat inter quantitatem ſolutam & promiſſam, quòd licèt pro vtraque locum habeat duplex cõdictio indebiti & ſine cauſa, aliter tamen atq. aliter vtraq. exercetur, ſi quantitas data, vel promiſſa ſit. Nã quantitate indebitè ſoluta datur & condictio indebiti & ſine cauſa ad quantitatem ipſam: quæ tamen ſi tantùm promiſſa ſit, datur vtraque non ad quantitatem, quæ data non eſt, ſed ad ipſam

ad ipſam obligationem. Error autem hic Accurſij ex alio eóque perpetuo eiuſdem errore fluxit, quo exiſtimat ſeparandam ſemper eſſe condictionem indebiti à condictione incerti, quaſi condictio indebiti incerti nulla eſſe poſſit: cùm tamen veriſſimum ſit, quod ſæpius docuimus ad tit. præcedentem, eſſe duplicem condictionem indebiti, vnam certi, ſi certum quid indebitè ſolutum ſit, aliam incerti, ſi quid incertum, cuiuſmodi ſunt obligationes omnes, & cætera, quæ in genere & iure, non in ſpecie conſiſtunt, itémque ea quæ in facto. *l. ſed etſi me putem* 22. §. 1. *l. qui exceptionem* 40. § *ſi pars ſupr. tit. proxim. l. quod ſi nulla* 50. *de legat.* 1. Itaque quoties de obligatione, aut quod effectu idem eſt, de liberatione condicenda quæritur, quæ vtraque iuris eſt, incerti quidem condictione agere promiſſor debet ad liberationem *l.* 3. *inf. hoc tit.* ſed tamen condictione incerti indebiti ſi id promiſſor malit, non minus quàm incerti ſine cauſa. Et hic loci huius manifeſtus ſenſus eſt, in quo dat Vlpianus vtramque condictionem & indebiti & ſine cauſa non minus pro quantitate promiſſa, quàm pro ſoluta. Nec leuior eiuſdẽ Accurſij error in eo eſt, quod putat nihilominus dari condictionem certi ad liberationem, & tum quoque cùm agitur ad intereſſe. Quod eſt ridiculum, ſicut enim id quod intereſt ſemper incertum eſt *leg. vltim. infr. de prætor. ſtipulat.* ita nec fieri poteſt, vt incerti actione vnquam petatur, ſed ſemper incerti, vt pluribus docui ad *d. l. certi condictio*, & alibi ſæpe.

1 ¶ Sed etſi ob cauſam promiſit, cauſa tamen ſecuta non eſt: dicendum eſt, condictionem locum habere.

*Ad §. 1. Sed etſi ob cauſam.*

RAT. DVB. Non ſunt multiplicandæ actiones ſine cauſa, vt neque entia, inquiunt Philoſophi, *l. 1. ſupr. de public. in rem action. l. in naue Sauſeij* 1. *infr. locat.* Atqui cùm datum aliquid eſt ob cauſam, quæ ſecuta non fuit, competit haud dubiè condictio, quæ in eam rem ſpecialiter comparata eſt, diciturque condictio ob cauſam dati cauſa non ſecuta, de qua *in tit.* 4. *ſupr.* Ergo nil neceſſe eſt in hoc eodem caſu inducere condictionem ſine cauſa: præſertim cùm alio atque alio iure vtraque condictio cenſeatur: nam condicio quidem ſine cauſa competit ex contractu etiam nominato *leg. prox. infr.* at non item condictio ob cauſam dati cauſa non ſecuta *l. ſi pecuniam* 5. *ſupr. ill. tit. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſecut.* & diximus proximè ad initium huius legis. DEC. Nihil vetat in vno eodémque caſu plures actiones competere, vt eligendi arbitrium actor habeat, qua potius actione experiri malit *l. quod in herede* 9. §. 1. *infr. de tribut. act. l. cùm filius* 76. §. *varius de legat.* 2. Eſt enim aliquando commodius vna agere quàm alia, pro diuerſitate perſonarum, aut extremorum, vt pragmatici vocant, in vnoquaque actione probandorum § *cæterum Inſtit. quod cum eo.* Eſt autem aliquando commodius agere condictione ob cauſam dati quàm ſine cauſa, vt puta, ſi is qui rem ſuam dedit, vt aliquid ſequeretur, malit re adhuc integra id repetere quod dedit, quàm id fieri & ſequi propter quod dedit, ſiue pœnitentia motus, ſiue qua alia ratione *d. l. ſi pecuniam.* Quiſquis enim agit condictione ſine cauſa, in poteſtate & arbitrio aduerſarij relinquere videtur, an ex parte ſua velit implere: implendo ſiquidem faceret, vt iam non poſſet dici penes eum eſſe ſine cauſa id, quod accepiſſet: at non ſimiliter is qui agit condictione ob cauſam dati cauſa non ſecuta. Sufficit enim ei ad victoriam, vt probet cauſam nondum eſſe ſecutam, licèt paratus ſit aduerſarius facere, vt ſequatur: quia nomen ipſum actionis reſpicit tempus præteritum, cùm è contrario nomen condictionis ſine cauſa ad nullum tempus certum reſtricta admittat quandocunque implementum, quandiu dati reſtitutio facta non eſt. Non ergo fuit impedienda condictio ob cauſam dati cauſa non ſecuta, propter condictionem ſine cauſa, neque rurſus hęc propter illam, ſed vtraque ſi non ſemper & omni caſu prorſus neceſſaria, vtilis tamen aliquo caſu eſſe poteſt. Sic & in condictione cautionis ante biennium vtraque condictio locum habet, quia nulla numeratione ſecuta verum eſt, & non eſſe rem ſecutam ob quam emiſſa cautio fuerat, & ideo eſſe inſtrumentum cautionis ſine cauſa penes eum, cui non fuerat traditum niſi ſpe futuræ numerationis *l. vlt. Cod. hoc tit. de condict. ex l. & ſin. cauſ.*

2 Siue autem ab initio ſine cauſa promiſſum eſt: ſiue fuit cauſa promittendi, quæ finita eſt, vel ſecuta non eſt: dicendum eſt, condictioni locum fore.

*Ad §. 2. Siue autem ab initio.*

RAT. DVB. In contractibus & obligationibus omnibus initium duntaxat ſpectandum eſt, non progreſſus aut exitus negotij *leg. ſi tantùm* 12. *infr. de SC. Macedonian. l. ſi procuratorem* 8. *in princip. infr. mandat. l. 1. §. ſi ſeruus depoſuit* 30. *inf. depoſ. l. 3. §. ſcio in fin. ſupr. de minor.* Ergo & in condictione ſine cauſa dicendum eſt, ſpectandum eſſe initium, vt ſi ab initio iuſta fuerit aliqua cauſa promittendi, licet ea finita ſit, aut non ſecuta, condictio tamen ſine cauſa locum habere non poſſit, quia verum ſit, cauſam non defuiſſe. DEC. Nihil refert, verum ab initio ſine cauſa datum quid vel promiſſum ſit, an verò cauſa propter quam datum eſt, vel non ſecuta ſit, vel iam finita *l. 4. infr.* quia vtroque caſu idem rei effectus eſt, qui ſemper attendi debet *leg. 1. §. 1. ſupr. quod quiſque iur. l. pen. §. docere de eo per quem factum erit, l. debitor* 59. *verſ. videamus inf. ad SC. Trebellian.* Et ſemper verum eſt nihil pręſtitum eſſe ex parte eius qui ab alio quid acceperat, vt viciſſim daret aliquid, vel præſtaret. Proinde nullam poteſt iuſtam habere cauſam id retinendi, quod ob eam cauſam datum ei fuerat: & conſequenter condictione ſine cauſa eum teneri dicendum eſt. Cui conuenit, quod pleríque prudentum veterum pro regula iuris habuerunt, irrita fieri ea, quæ ad eum caſum peruenerunt, à quo incipere non potuerunt *leg. quia in eum caſum* 16. *ſupr. ad leg. Aquil. l. debitor* 82. *de leg.* 2. *leg. ex facto* 98. *de verb. oblig.* Quaſi nihil interſit, an aliquid ab initio ſit tale, an vero ex poſtfacto deueniat ad tale, vt Bartolus loquitur ad *d. l. 4. infr. l. iuris gentium* 7. §. *ſin autem ſup. de pact.* Quanquam non placuit omnibus antiquis ea regula, præſertim Papiniano, vt conſtat ex *l. verbis* 5. *inf. ad leg. Falcid. §. ex contrario Inſtit. de legat. dict. l. exiſtimo l. in ambiguis* 85. §. 1. *de regul. iur.* Nec tamen ad rem pertinebit, ſi quis ex eodem Papiniano obiiciat quod ſcriptum eſt in *leg. cùm filius* 76. §. *heres*

*meus deleg at.* 2. non videri in totum eſſe falſum quod veritatis primordio adiouatur. Ibi enim tractat Papinianus de actione ex teſtamento nouata per ſtipulationem interpoſitam legati nomine, & ait poſſe non prorſus falsò dici debitum adhuc ex teſtamento: quod poſt factam nouationem ex cautionali ſtipulatione debetur: nempe quia ſtipulationibus omnibus cautionalibus illud cōmune eſt, vt earum actionum quas nouant, naturam induant & vicem repræſentent *l.* 1. §. 1. *de prætor. ſtipulat.* vt ſcripſi pluribus *lib.* 3. *Coniect. cap.* 1. Itaq; inſpecto rei effectu ſemper verum eſt, legatum teſtamēto relictum & in ſtipulationem deductum deberi. Parúmq; intereſt, an quod ad extrinſecam denominationem, dicatur adhuc deberi ex teſtamento, an ex ſtipulatione, quamuis verum ſit poſt factam nouationem deberi iam ex ſola ſtipulatione, quod anteà ex teſtamento debebatur *l. ſi Stichum* 8. §. 1. *de nouat. l.* 1. §. *ſi ſub conditione infr. Vt legat. ſeruand. cauſ. caueat.* In propoſito autem quod fuerat debitum ob iuſtam cauſam, poſtea deſinit omnino deberi, cùm cauſa vel finita eſt, vel non ſecuta. Idq; eſt quod ait Bartolus in ſpecie *d.* §. *heres meus*, finem negotij compatibilem eſſe eum ſuo principio, in ſpecie autem huius §. non ita eſſe.

3 ¶ Conſtat id demum poſſe condici alicui, quod vel non ex iuſta cauſa ad eum peruenit, vel redit ad non iuſtam cauſam.

*Ad §. vlt. Conſtat.*

Eadem ferè dubitandi & decidendi ratio eſt ad hunc §. quæ ad ſuperiorem. Nam cùm dicimus, poſſe condictione ſine cauſa condici alicui, quod ad eū ſine cauſa peruenit, initium rei inſpicimus, cùm verò dicimus eâdem condictione poſſe condici etiam id quod redit ad non iuſtam cauſam, effectum & exitum rei magis ſignificamus, qui ſemper attendi potiſſimum debet, vt proximè diximus. Non autem quemadmodum id quod ab initio, ex iuſta aliqua cauſa datum vel promiſſum fuit, poteſt facilè ex poſtfacto redire ad non cauſam, ita è cōtrario quod ab initio ſine cauſa datum vel promiſſum fuit, redire poteſt ad iuſtam cauſam, quæ nulla vnquam fuit. Redire enim nihil poteſt ad id à quo nūquam abſceſſerit *l. filio* 23. *de liber. & poſthum. l. ſi vnus* 27. §. *pactus ne peteres in fin. ſupr. de pact.* At cauſa quælibet ideò facilè poteſt redire ad non cauſam, quia vnaquæque res incipit à ſuo primo *non eſſe*, & à ſuo eſſe ad primum illud non eſſe facilè reuertitur. Obſerua tamen aliud eſſe, ſi quis dicat cauſam rediiſſe ad non cauſam, aliud verò ſi quis dicat poſſe redire. Vt enim condictio hæc ſine cauſa locum habeat, non ſufficit cauſam poſſe redire ad non cauſam, ſed illud omnino requiritur, vt iam redierit, *l. vltim.* §. *vlt. ſupr. tit. prox.* vbi diximus.

a. IDEM libro 32. ad Edictum.

SI fullo veſtimenta lauanda conduxerit: deinde amiſſis eis, domino pretium ex locato conuentus præſtiterit, poſteàque dominus inuenerit veſtimenta: qua actione debeat conſequi pretium, quod dedit? & ait Caſſius, eum non ſolùm ex conducto agere, verùm & condicere domino poſſe. ego puto, ex conducto omnimodo eum habere actionem. an autem & condicere poſſit, quæſitum eſt, quia non indebitum dedit? niſi fortè, quaſi ſine cauſa[a] ei datum ſit, putamus condici poſſe. etenim, veſtimentis inuentis, quaſi ſine cauſa datum videtur.

*Ad l. Si fullo* 2.

RAT. DVB. Quod ex cauſa iudicati ſolutum eſt, nunquam per condictionem repetitur propter rei iudicatæ authoritatem, quæ ſemper & in omnibus ſalua eſſe debet, tum quoque cùm per ſordes, aut impetitiam, aliámve iniuriam iudicis malè iudicatum eſt, vt dixi ad *l. ſeruo manumiſſo* 58. *ſupr. tit. prox. ex l.* 1. *C. eod. tit. de condict. indeb. l. ſi fideiuſſor* 29. §. *in omnibus infr. mandat. l. ſeruo* 65. §. *cùm prætor infr. ad SC. Trebell.* Nec eſt quod cum Accurſio diſtinguas hac parte condictionem indebiti à condictione ſine cauſa, quaſi per hanc potiùs quàm per illam venire quis poſſit contra rem iudicatam. Nam vt benè cōtra Accurſium diſputat Bartolus, nulla vnquam actio dari poteſt, vt neque exceptio per quam liceat condemnato impugnare iudicatum, nec proinde hac in re maius priuilegium habere poteſt cōdictio ſine cauſa, quàm condictio indebiti. Neque rurſus dicere poſſis cum eodem Accurſio, conuentum in hac lege fullonem extra iudicium, non autem in iudicio ad excludendam condemnationem. Cùm enim Vlpianus ponat conuentum eum actione ex locato, intelligit proculdubio conuentum eſſe in iudicio, nec enim quiſquam actione aliqua extra iudicium conueniri poteſt: quamquam non ſtatim conſequens eſt, vt ſecuta ſit condemnatio, cùm poſſit quis conuentus per iudicē ſoluere non exſpectata condēnatione quo caſu dicimus omnia iudicia eſſe abſolutoria §. *vlt. Inſtit. de perpet. & tempor. action.* Sed pauci ſunt qui ſe in iudicio conueniri patiantur, qui non etiā patiātur ſe condēnari. Et ideò cùm legimus conuentum aliquem in iudicio poſteà ſoluiſſe, & præſtitiſſe quod petebatur, in dubio præſumendum eſt ſoluiſſe ex condēnatione, vt in *l. rem mihi* 21. *infr. commod.* Ergo ſi fullo veſtimenta lauāda conduxerit, deinde amiſſis his cōuentus actione ex locato, & condemnatus precium domino præſtiterit, non eſt quærendū qua actione repeti poſſit precium quod ex ſententia & cōdemnatione ſolutum eſt. De condictione autem multo minùs dubitari poteſt, quin non competat, cùm fuerit omnimodo debitum precium quod à fullone ſolutum eſt poſt amiſſionem veſtimentorum, quæ lauanda conduxerat, obligatus enim erat ex contractu, nulla etiam ſecuta condemnatione, vt veſtimēta redderet, quibus amiſſis non poterat recuſare, vt ſaltem pro veſtimentis precium eorum ſolueret. Proinde nec ſine cauſa videri poteſt precium illud veſtimentorum ad dominum perueniſſe, vt condictione ſine cauſa potiùs quàm indebiti poſſit illud repetere. DEC.

Nihil

Nihil intereſt, an ab initio datum aliquid ſit ſine cauſa, an ex poſtfacto cauſa illa finita ſit *§. vlt. l. prox. ſupr. & l. 4. infr. hoc tit.* In propoſita verò ſpecie licet iuſta cauſa fuerit dandi à fullone precij veſtimentorum, quæ ille & lauanda conduxerat, & culpa ſua amiſerat (alioqui non teneretur ex locato, ſi non leuem ſaltem culpam contraxiſſet *l. ſi vt certo 5. §. nunc videndum infr. Commod. l. contractus 23. de regul. iur.*) cauſa tamen illa dandi finita eſt, à quo tempore veſtimenta illa reperta ſunt, & apud dominum eſſe cœperunt, ne & rem & pretium habeat, vt ait Accurſius ex *l. eleganter 23. §. ſi quis poſt tranſactionem ſupr. tit. prox.* cùm alia dandi pretij cauſa nulla fuerit, quàm amiſſio veſtimentorum, & ne dominus re ſua ſimúlque pretio carere cogeretur. Ergo æquum eſt dominum reddere fulloni pretium non tantùm actione ex conducto, quę cùm ſit bonæ fidei, datur ad omnia quæ aut ex illo cõtractu, aut in cõſequentiam cõtractus ex bona fide præſtari neceſſe eſt. *§. in bonæ fidei Inſtit. de action.* etiã de quib. nec dictũ quicquã, nec cogitatũ eſt *l. in bonæ fidei 8. inf. de eo quod cert. loc.* ſed etiam condictione non quidẽ indebiti, quia negari non poteſt, quin ſolutionis tempore debitum fuerit, ſed ſine cauſa, quæ in eo maximè differt à condictione indebiti, quoties de iure debiti pronuntiatum eſt, quòd quiſquis vult ſolutum condicere, hoc ipſo impugnat iudicatum, quãdoquidem indebitum eſſe contendit quod iudex debeti pronuntiauit. At is qui condictionem ſine cauſa exercet, non dicit indebitum fuiſſe ſolutionis tempore quod vnicum in condictione indebiti præciſè ſpectandum eſt, ſed hoc tantùm contendit, eſſe rem hodie ſine cauſa penes eum qui conuenitur, ſiue quòd cauſa dandi ab initio nulla fuerit, ſiue redierit ad non cauſam vt in *d. l. 1. §. vlt. ſupr. l. 4. infr. l. 2. §. pen. ad leg. Rhod. de iact. l. ſed addes 19. §. ſi quis cùm infr. locat. l. 2. C. de re iudic.* quod vtique verum eſſe poteſt, etiamſi & iudicati & ſolutionis tempore fuerit verè debita, vt in huius legis exemplo manifeſtiſſimè apparet. Denique cõdictio indebiti reſpicit tempus præteritum factæ ſolutionis, condictio autem ſine cauſa tempus præſens propoſitæ actionis. Nihil ergo prohibet etiam poſt rem de pretio ſoluendo iudicatam dari actionem fulloni ad condictionem pretij per huiuſmodi condictionem ſine cauſa, tanquam quæ nullomodo iudicatum impugnet non magis quàm actio ex conducto, per quam ſimiliter pretium repeti poſſe diximus, aut contrarium iudicium commodati in ſpecie *d. l. rem mihi 21. infr. tit. commod.* aut exceptiones pleræque, quas dicimus opponi poſſe etiam poſt ſententiam & in executione iudicati, quando ſcilicet tales ſunt, vt non impugnent iudicatum: cuiuſmodi ſunt exceptiones ſolutionis, compenſationis, ne quis ſupra id quod facere poteſt, conueniatur ſi ſit ex iis perſonis quæ tale habent priuilegium, & aliæ ſi quæ ſunt ſimiles *l. ſi cùm militi 16. §. 1. infr. de compenſat. l. Neſennius 41. § vlt. l. & exheredatum 49. infr. de re iudic.* Liberum tamen eſt cuilibet, vt pro arbitrio dicat in hac ſpecie condemnationem interueniſſe aut non interueniſſe, cùm vtroque caſu perinde futurum ſit, vt condictio ſine cauſa locum habeat, condictio autem indebiti denegetur. Vlpiani tamen verba magis ſuadere videntur, non fuiſſe aliquam condemnationem ſecutam: alioqui non prætermiſiſſet ille rationem iſtam denegandæ condictionis indebiti, quòd res eſſet iudicata *dict. l. 1. Cod. de condict. indeb.* niſi fortè verendum putabat, ne quis ex eo inferret, condictionem igitur ſine cauſa dari poſſe etiam contra rem iudicatam: quod certè falſum eſt, nec bona eſſet collectio, cùm ſufficiat differre condictionem ſine cauſa à condictione indebiti, quòd condictio indebiti numquam datur poſt rem iudicatam, quia non poſſet eo tempore dari, quin iudicatum impugnaret, vt oſtendimus: at condictio ſine cauſa dari poteſt etiam poſt rem iudicatam, dum ne contra. Maior tamen dubitandi ratio eſſe videbatur, propter quam dari non deberet condictio ſine cauſa, nempe quòd ſit illa ſubſidiaria, & ex bono & æquo duntaxat introducta, vt cęteræ condictiones omnes, quæ non ex contractu naſcuntur *l. hæc condictio 66.* vbi diximus *ſupr. tit. prox.* ideóque nec danda ſit, quoties competit alia actio ex contractu per quam actor ad ſuum commodum peruenire poſſit *l. qui inuicem 30. ſupr. eod. ill. tit. prox.* Atqui competit hîc fulloni actio ex conducto, vt precium quod dedit reſtituatur, ſicut & in ſpecie *d. l. rem mihi*, contrarium iudicium commodati & actio item ex conducto in ſpecie *d. l. ſed addes 19. §. ſi quis cùm in annum infr. locat.* Reſpondet Bart. aliud hac parte iuris eſſe in condictione indebiti, aliud verò in condictione ſine cauſa, nec tamen vllam adfert rationem diuerſitatis, ideóque ſtatim ſubiicit verius eſſe, vt dicamus actiones iſtas competere ad diuerſa: condictionem enim dari præciſè ad reſtitutionem ſoluti precij, actionem verò ex contractu alternatiuè ad hoc, vt vel reddatur res vel æſtimatio *arg. l. in commodato 18. §. vlt. infr. commod.* quod ego ſatis verè dici arbitror, nec enim certè condictio danda eſſet ad id ipſum præciſè ad quod poſſet actio ex contractu competere *l. vlt.* vbi diximus *ſupr. de condict. ob turp. cauſ.*

a *Niſi fortè quaſi ſine cauſa.* RAT. DVB. Videbatur fullo veſtimenta, quæ amiſerat, emiſſe dando eorum æſtimationem domino, cùm litis æſtimatio facere ſoleat emptionem *l. 2. infr. pro emptor.* ideóque dandam ei eſſe actionem non modò perſonalem, ſiue ex contractu, ſiue condictio illa ſit, ſed vtilem in rem actionem, & Publicianam, dummodò culpa tantùm non etiam dolo & fraude veſtimenta amiſerit *leg. eius rei 46. l. ſi culpa 63. leg. is qui dolo 69. & ſequent. ſupr. de rei vendic.* vbi diximus aut ſaltem quaſi emptori nominis videbatur dandas eſſe contra dominum vtiles actiones *dict. leg. ſi culpa.* Plus enim cautionis eſt in re, quàm in perſona *l. plus cautionis 25. de regul. iur.* Videntúrque veſtimenta abeſſe domino poſt ſolutam æſtimationem, non tam ex cauſa prioris contractus, quàm ex noua cauſa æſtimatæ litis & præſtitæ æſtimationis *l. ſi ſeruus 21. §. 1. verſic. & ideò in fin. inf. de euict.* DEC. Multum intereſt, an pretium præſtetur tanquam precium ipſius rei peritæ, an verò tanquam precium culpæ quæ cauſam præbeat actioni, vt poſt Hugonem, & Iacobum Butrigarium, ſubtiliter diſtinguit Bartolus: ſoluta enim æſtimatio rei acquirit dominium ſoluenti, ſed non ſimiliter æſtimatio culpæ. Atqui cùm ex contractu & ob culpam ſuam conuenitur à me is qui cauſam à me habuit, vt fullo in ſpecie huius legis, & commodatarius in *d. l. rem mihi 21. infr. commodat.* conueniuntur procul dubio ratione culpæ non ratione rei quam non poſſident, quia eam amiſerunt. Non ergo poſſunt rei dominium ſibi acquirere per ſolutionẽ ęſtimationis, ſed tantùm perſonalem actionem per quã precium quod ſoluerũt repetant ab eo qui nũc rem ipſam habeat, pro qua

precium ſolutum fuerat. Quod longè diuerſum eſt in eo, qui non ex contractu aliquo conuentus, ſed tanquam rei poſſeſſor æſtimationem præſtat, vt eximat ſe à vindicatione, dominúmque à petitione ſua ſummoueat. Summoto enim domino nulla fit ei iniuria, ſi dominium quod eius fuerat, in poſſeſſorem transferatur ſoluta æſtimatione quaſi contracta emptione: at fieret iniuria domino, & commodatori, ſi ob acceptam æſtimationem culpæ ab eo, qui ex contractu tenebatur, amitteret rei ſuæ dominium, de quo in illa actione non tractabatur: neque enim agebat tanquam dominus, ſed quia fulloni veſtimenta lauanda locauerat, aut alij rem commodauerat, perinde acturus etiam ſi aliena veſtimenta aut lauanda locaſſet, aut commodaſſet. Quo tamen caſu nemo diceret, acquiſitum ei fuiſſe ex ſolutione pretij dominium rei alienæ, aut dandam illi vtilem Publicianam ob pretium ei ſolutum, qui dominus non fuiſſet. Simile eſt quod in depoſiti, locati, & commodati iudicio, quamquam dolo aduerſarij res abſit, tamen condemnato ſuccurri ſolet, vt ei actionibus ſuis dominus cedat *l. in depoſiti 12. inf. de re iud.* quod diuerſum eſt in eo, qui dolo malo rem alienam poſſidet, aut dolo deſiit poſſidere *dict. l. is qui dolo 69. & ſeq. ſupr. de rei vindicat.* Is enim ex rapina & improbitate ſua actionem ſibi acquireret, vt ſcriptum eſt in *l. nec quaſi 70. eod.* quod eſſe non debet *l. itaque fullo 12. §. 1. infr. de furt.* At in ſpecie *d. l. in depoſiti* acquirit ſibi actionem beneficio ceſſionis depoſitarius, conductor & commodatarius, non ex ſua improbitate, ſed ex ſuo contractu, licèt per improbitatem ipſius fiat, vt ex ſuo contractu conueniatur. Et ita leges ſupradictæ, quæ alioqui maximè pugnare inuicem videntur, conciliandæ ſunt, non quomodo ab interpretibus noſtris, quorum plerique id quod ſcriptum eſt in *d. l. is qui dolo*, referunt ad ius ſtrictum, quod verò in *dict. l. in depoſiti*, ad æquitatem. De lauandis à fullone inſtrumentis & quo ordine, quóque modo fieri id deberet, præſcripſit lex Metella, adeò fuerunt curæ omnia vel minima veteribus Romanis, vt ex Plinio, Cuiacio & Scaligero norat hîc doctiſſimus & diligentiſſimus Gothofredus.

3. IVLIANVS libro 8. Digeſtorum.

QVi ſine cauſa obligantur, incerti condictione conſequi poſſunt[a], vt liberentur. nec refert, omnem quis obligationem ſine cauſa ſuſcipiat[b], an maiorem, quàm ſuſcipere eum oportuerit, niſi quòd aliàs condictione id agitur, vt omni obligatione liberetur: aliàs, vt exoneretur, veluti qui decem promiſit. nam ſiquidem nullam cauſam promittendi habuit: incerti condictione conſequitur, vt tota ſtipulatio acceptò fiat. ac ſi cum quinque promittere deberet, decem promiſit: incerti condictione conſequetur, vt in quinque liberetur.

*Ad l. Qui ſine 3.*

RATIONALE. Obligatio facta ſine cauſa videtur nullius eſſe momenti ipſo iure, vt Bartolus hîc tractat, ex *l. cùm de indebito 25. §. vlt. infr. de probat.* Sunt enim omnes obligationes ad hoc comparatæ, vt ſibi vnuſquiſque acquirat, quod ſua intereſt *l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri de verb. oblig.* Nihil autem intereſt eius qui acquirendi cauſam nullam habet: aut ſi quis contra Bartolum velit defendere, quod verius eſt, tenere ipſo iure obligationem etiam quæ facta ſit ſine cauſa, certum tamen eſt, poſſe eum qui ex eiuſmodi obligatione & ſtipulatione agit, doli mali exceptione ſummoueri, quia licet ab initio nihil dolo malo fecerit, nunc tamen facit cùm perſeuerat ex ea ſtipulatione petere *l. 2. §. circa infr. de doli mali except.* Quid ergo neceſſe eſt ei qui ſine cauſa promiſit, dari cōdictionem incerti ſine cauſa, vt liberetur, cùm poſſis tutus eſſe exceptione doli quoties conuenietur, præſertim cùm melius ſit rei partes ſuſtinere, quàm actoris? *l. fauorabiliores 125. de reg. iur.* Nec ſimile eſt, ſi quis obiiciat, eum qui exceptionem habeat non numeratæ pecuniæ, non eo minùs actionem quoque habere, per quam conqueratur de pecunia non numerata ſi vltro agere malit, quàm expectare, vt conueniatur *l. ſi quaſi 7. & ſeq. l. in contractib. 14. in princ. C. de non num. pecu. l. vlt. C. hoc tit. de cond. ex l. & ſin cauſ.* Ita enim ius conſtitui in illa ſpecie neceſſe fuit, quia exceptio nō numeratæ pecuniæ ſemper temporalis fuit, & olim quinquennio cōcludebatur, hodie biennio *d. l. in contract.* Non eſt autem in poteſtate illius cui competit exceptio nō numeratæ pecuniæ vt intra quinquennium, vel biennium conueniatur *l. petenda 6. C. de tempor. in integ. reſtit.* Ergo ne eſſet in poteſtate improbi creditoris adimere illi exceptionē, dilata in longius tempus actione æquiſſimū fuit dari ei actionē æquè temporalē de nō numerata pecunia, vt querelā ſuam quā iure exceptionis deferre nō poterat, antè quàm cōueniretur, deferret iure actionis. At doli mali exceptio quā in hac ſpecie cōpetere diximus, nō ſimiliter temporalis eſt, ſed perpetua *l. purè 5. §. vlt. de doli mali except.* Nullum ergo erat periculū amittendæ exceptionis propter quod etiā actio dari ei deberet, nam & dici ſolet, nihil intereſſe, an quis actionē nō habeat ipſo iure, an verò eam habeat quæ per exceptionē infirmetur *l. nihil intereſt 112. de reg. iur.* DEC. Intereſt eius qui obligatus eſt ſiue cum cauſa, ſiue etiā ſine cauſa, vt quàm citò fieri poteſt liberetur, aut ſoluendo ſi ſit verus debitor, aut citra ſolutionem ſi ſine cauſa ſe obligauerit, nec tantùm vt liberari poſſit oppoſita exceptione ſi conueniatur, ſed etiam propoſita vltro actione ne conueniri vnquam poſſit. Nam & cùm exceptio aliqua etiam perpetua competit, periculum adhuc ſubeſt ne per errorem & imprudentiam omittatur *leg. qui exceptionem 40. ſupr. tit. prox. l. ſi fideiuſſor 29. infr. mandat.* quo caſu condemnatio ſequitur ac ſi nulla exceptio competeret, quia nec diuinare eam iudex poteſt, nec ſi ſciat non oppoſitam ſupplere, cùm ſit facti. *Tit. C. vt quæ deſunt aduoc. part. iud. ſuppl.* & fieri poteſt, vt exceptione etiam iuſta & competente reus vſus ſit, nec eo minùs tamē condemnetur ſiue per iniuriam iudicis, ſiue quod iniuſtæ damnationis cauſam ipſe culpa ſua præbuerit vt in *l. exceptione 67. infr. de fideiuſſ.* Tutius ergo eſt, vt qui debitor dicitur, non tantum exceptionis, ſed etiam actionis iure liberationem vrgeat, ſi conſequi eam poſſit: quod commodè fit per acceptilationem, vt hæc lex docet, & *leg. ſi quis reum 5. infr. de liber. legat. §. 1. Inſtit. quib. mod. tollit. oblig.* Secuta enim acceptilatione, atque ita ſublata omni

obliga-

obligatione ſecutus eſt is, qui anteà debitor fuerat, cùm amplius conueniri non poſſit. Nemo enim ſine actione agere poteſt *l. ſi pupilli 6. §. vlt. ſupr. de negot. geſt. l. quoties 9. §. & generaliter infr. de admin. tutor.* Qui autem conueniri non poteſt, nec condemnari poteſt, quia omnis condemnatio actionem præſupponit *l. 1. infr. de re iudic.* ne quidem per iniuriam iudicis, quia nec ſine actione dari quiſquam iudex poteſt, cùm dari actionem à Prætore poſt litem conteſtatam & dari formulam, aut iudicem, aut iudicium paria ſint *l. 2. C. de pedan. iudic.* Denique tutius eſt liberari quem ipſo iure quàm ope exceptionis, licet in dubio tutius ſit, exceptionem ſibi competentem obiicere, quàm quaſi parta ipſo iure liberatione exceptionem omittere *l. qui ſeruum 34. §. 1. infr. de oblig. & action.* Quod ergo is qui ſine cauſa promiſit poteſt habere doli exceptionem perpetuam ſi ex ea ſtipulatione conueniatur, non debet facere, quominus etiam actio ei vltro danda ſit, id eſt condictio incerti ſine cauſa, per quam ad hoc agat, vt liberetur. Sic in *l. 3. C. de condict. indeb. l. ſi indebitam 15. C. de fideiuſſ.* Nec diſtinguendum eſt cum Bartolo, an cauſa nulla omnino in promiſſione expreſſa ſit, an verò aliqua quidem, ſed quæ in rei veritate, vt ipſe loquitur, erat nulla. Nam & cùm nulla prorſus expreſſa cauſa eſt in ſtipulatione, non eo minùs tamen ſtipulatio tenet ipſo iure vt ex ea conueniri promiſſor poſſit, adeóque condemnari, ſi non ſibi proſpiciat oppoſita doli mali exceptione *d. §. circa*, ſolam enim verborum ſolemnitatem requirit ſtipulatio, ad inducendam ipſo iure obligationem, non item aliquam obligationis cauſam. Porrò quo caſu doli exceptio prodeſſe poteſt promiſſori ſi conueniatur, eodem caſu etiam actio eidem accommodari poteſt & debet, vt liberationé vrgere vltrò, & conſequi poſſit: condicere enim quantitatem non poteſt, quam non dedit, ſed tantùm obligationem *l. 1. verſ. qui autem ſupr. hoc tit.* Ex quo loco iuncta hac lege apparet, effectum obligationis condicendæ, non alium eſſe, quàm vt liberatio ſequatur. Et longè aliud eſſe condici obligationem, ſi quis propriè ac pariter loqui velit, aliud verò condici liberationem. Tum enim liberatio condicenda eſt, cùm iam facta eſt, nec ad alium finem condicitur liberatio, quàm vt is qui verè liberatus eſt, reſtituat ſe in obligationem vt in *l. 4. ſupr. de condict. cauſ. dat.* Itaque ſunt iſta merè oppoſita, & contradictoria, condici obligationem & liberationem: in quo plerique errant.

a *Incerti condictione.* Quærit Accurſius & poſt eum Bartolus, an hoc ſit nomen actionis alicuius, quæ ſpecialiter dicatur *condictio incerti*, an verò qualitas quædam actionis ex eo nomen habens, quod detur ad rem incertam. Sed iam monui ſæpius præſertim ad *l. 1. ſupr. & ad l. ſed ſi me putem 12. §. 1. ſupr. tit. prox.* eſſe hanc tantùm qualitatem & differentiam actionis: eſſe enim omnes condictiones, ſiue indebiti, ſiue ob cauſam dati cauſa non ſecuta, ſiue ob turpem vel iniuſtam cauſam, ſiue hanc de qua agimus, *ſine cauſa* ſiue furtiuam, aliàs certi, aliàs incerti. Certi quoties certum petitur de quibus in *leg. certi condictio 9. ſupr. de reb. credit.* Incerti verò quoties incertum petitur, vt puta quanti actoris interſit, aut vt aliquid fiat, puta acceptilatio ad inducendam liberationem, vt in hac lege. Quicquid enim conſiſtit in faciendo per ſe incertum eſt *l. vbi autem 75. §. quis id quod de verb. oblig.* & obligatio faciendi, ſi factum non ſit, reſoluitur in obligationem & præſtationem eius quod intereſt *l. ſi quis ab alio 13. in fin. de re iudic.*

b *Nec refert omnem quis obligationẽ ſine cauſa ſuſcipiat.* Rat. dvb. Nõ ſemper idem de parte ad partẽ iuris eſt, quod de toto ad totum, vt in ſpecie *l. quandiu C. de diſtract. pignor.* vbi dicitur ſoluto quidem toto debito pignus totum liberari, ſed ſi quid vel minimum ſolutioni deſit aut ſortis aut vſurarum, nullo modo liberationem pignoris contingere, ne quidem pro ea parte pro qua ſolutio debiti facta eſt, quamuis & pecunia quæ debetur, diuidua ſit, & fundus qui pignori datus fuit. Quod & ſcriptum eſt in *l. 1. & 2. C. debit. vendit. pignor. impedi. non poſſ. l. 1. & 2. C. ſi vnus ex plurib. hered. debit. vel credit.* Similiter igitur & in propoſita ſpecie dicendum eſt, ſi quis maiorem obligationem ſuſceperit, quàm ſuſcipere debuerit, puta ſi decem promiſerit, cùm quinque duntaxat promittere deberet, aut in totum aut nulla penitus ex parte condicendam eſſe obligationem: ne alioqui eueniat, vt vnus idémque contractus diuerſo iure cenſeatur, quod iuris ratio non facilè admittit *vulg. leg. cum qui ædes 23. infr. de vſucap.* Dec. In his quæ omnino diuidua ſunt, vt Bartolus hîc loquitur, idem iuris eſt de parte quod ad partem, quod eſt de toto quod ad totum *leg. quæ de tota 76. ſupr. de rei vindic.* In hoc enim rerum genere vnaquæque pars efficit ſuum totum non vniuerſale ſed particulare. Atqui obligationes omnes, quæ in quantitate conſiſtunt, diuiduæ ſunt *l. 2. de verb. oblig.* quia & quantitas ipſa diuidua eſt, ſicut è contrario dicimus ſtipulationes non diuidi earum rerum quæ indiuiduæ ſunt *l. 2. l. 4. leg. ſtipulationes non diuiduntur 72. leg. in executione 85. §. pro parte eod. tit.* Poteſt enim fieri, vt ex decem promiſſis quinque promiſſa ſint ex iuſta cauſa, quinque verò ſine cauſa: nec eadem ſemper cauſa eſt debendi decem, quæ debendi tantùm quinque, cum in maiori quidem ſumma minor inſit, ſed non contrà *l. 1. §. ſi ſtipulanti eod. tit. l. in eo 110. in princip. de regul. iur. l. vnius furis 9. ſupr. de in lit. iurand.* Conſequens igitur eſt, vt in propoſita ſpecie, ſi is qui quinque tantùm debebat, decem ſine cauſa promiſerit, incerti condictione conſequi debeat, vt non in totis decem, ſed in quinque tantùm liberetur: cùm tamen ſi nullam cauſam promittendi habuiſſet, incerti condictione conſequeretur vt tota ſtipulatio acceptò fieret. Alia ratio eſt pignoris de quo in *d. l. quandiu C. de diſtract. pignor.* & aliis ſuprà in dubitandi ratione adductis. Eſt enim pignoris cauſa indiuiſa, vt Papinianus ait in *l. rem hereditariam 65. infr. de euict.* nam nec veriſimile eſt creditorẽ qui pignus accepit pro centum, vllam partem pecuniæ crediturum fuiſſe, ſi non ei pignus datum pro totis centum fuiſſet *l. heredes 25. §. idem obſeruatur ſup. Famil. erciſc. l. ſi rem alienam 9. §. omnis pecunia inf. de pignor. act.* Eadémque cauſa eſt cæterorum contractuum quos credibile eſt non fuiſſe contrahẽtes pro parte inituros, vt euenit in emptionibus & dationibus in ſolutum *l. cùm ex cauſa 139. inf. de verb. oblig.* nec enim credendus eſt vẽditor partem fundi vẽditurus fuiſſe ei cui totum vendidit, neque emptor partem fundi empturus quem totum emit, aut in ſolutum accepit *l. tutor 47. §. 1. ſupr. de minor. l. ſi quis aliam 46. infr. de ſolut.* ob incommoda nimirum communionis *l. ſi non ſortem 26. §. ſi centum ſupr. tit. prox. iunct. l. in re communi 26. vrban. prædior. l. cùm pater 77. §. dulciſſimis delegat. 2.* At non ſimiliter poſſis dicere, eum qui decem promiſit, cùm quinque duntaxat deberet, non æquè promiſſurum fuiſſe quinque, ſi ſtipulator quinque tantùm non etiam decem ſtipulari voluiſſet.

Papiniano in hac lege contrà reſponſum videtur, non ad mulieris ignorantiam & errorem ſiue facti ſiue iuris referendum eſt, (cùm tractet Papinianus eum caſum quo par delictum fuerit vtriuſque contrahentium, quod tamen nullum eſſet, interueniẽte facti errore, quia neque conſentiunt, neque delinquunt qui errant, idque ex ſequenti ſpecie clarius apparet,) ſed ad id quod non magis de facto, quàm de iure fuerat ſecutum matrimonium, quo ſecuto aliud ſanè Papinianus reſpondiſſet, non tantùm ratione turpitudinis (ea namque ratio mulieri tantùm adimeret condictionem, non etiam dotem marito) ſed ob id maximè quòd propter contractũ illicitè & dolo malo matrimonium dos caduca facta eſſet, & fiſco applicanda *d. l. inceſtæ d. l. dote l. 2. §. 1. d. l. Claudius 13. de his quæ vt indign.* niſi talem proponeres mulierem, quæ non poſſet videri deliquiſſe, quòd ab alio puta tutore ſuo decepta eſſet, vt in *l. vlt. de leg. 1.* loquimur enim de iis qui communem delinquendi cauſam habuerunt contrahendo prohibitas nuptias, vt in ſpecie huius legis. Alioqui cõpeteret mulieri quæ aut ius aut factum ignoraſſet condictio ob cauſam dati cauſa non ſecuta, quoniã ad condictionem illam impediendam non ſufficit cauſam ſecutam eſſe de facto, ſi iure non habuerit effectum *l. 3. §. ſi liber homo de condict. ob cauſ.* Sed tamẽ hoc etiam niſi fallor, æquè malè, quia id intelligi debet, quoties ea cauſa ſaltem aliquo caſu ſequi poteſt, vt in *d. §. ſi liber homo.* nec enim per ſe impoſſibilis eſt cauſa manumittendi, ſed tãtùm in homine iam libero. Cæterùm ſi abſolutè ſit impoſſibile cauſam ſequi, ob quam aliquid datum eſt, non eo minus ceſſat repetitio, vt diſertè ſcriptum eſt in *l. dictam legem 8. C. de condict. ob cauſ. dator.* quia imputare ſibi debet, qui vltro dedit ob cauſam aliquam, quam ſciebat ſequi nullo modo poſſe quaſi & hic donaſſe videatur ex regula *l. cuius per errorem 53. de regul. iur.* eiuſmodi autẽ eſt ſi ſororis filia quaſi auunculo nuptura, ei dotem dederit, cùm matrimonium illud ſequi nunquam poſſit. Impoſſibiles enim cõdiciones cenſentur, non minus eæ quæ de iure, vt loquuntur, impoſſibiles ſunt, quàm quæ de facto, vt iam diximus ex *d. l. filius 15. & præced. de condict. inſtit.* quia quod honeſtè facere non poſſumus, nec faceſe nos poſſe credendum eſt, vt eleganter Papinian. loquitur in *d. l. filius.* Quòd ſi de facto impletæ ſint, nec pro impletis habendæ ſunt ad vtilitatẽ & commodum eius qui impleuit, ſed tantũmodo in ipſius damnum & pœnam, vt quod turpiter, & contra leges factum eſt, earũdem legum ſeueritate vindicetur, & auferantur omnia quæ per occaſionem illiciti matrimonij ad alterum ex coniugibus ab altero peruenerunt. Quod etiam iure vetere obtinebat *l. vxori maritus 27. infr. de vſufr. legat.* Nec ad rem pertinet, quod in ſpecie huius legis ſponſalia quoque prohibita ſunt, non minùs quam nuptiæ *l. oratio 16. infr. de ſponſal. l. ſi quis tutor 60. §. quamuis de rit. nupt.* ſiue per verba de præſenti facta ſint, ſiue per verba de futuro: quam diſtinctionem iuri ciuili incognitam ius canonicum primùm induxit, nam neq; Papinianus ponit cõtracta fuiſſe vlla ſponſalia: & quãuis contracta eſſent, omni tamen caſu admitterent iure ciuili locum pœnitentiæ, quam ipſæ etiam inceſtæ nuptiæ interdum admittunt: ſcilicet ſi aterrimo facti errore factæ ſint, & coniuges errore comperto ſtatim & ſine vlla procraſtinatione coniunctionem diremerint *d. l. qui contra in fin.* Quod intelligo nõ modò quantum ad lucra nuptialia duntaxat, ſed etiam quantum ad dotem, ne cum Bartolo meliorem facias cõdicionem dotis, quaſi quæ cauſam habeat, vt ille ait, oneroſam, quam lucrorum quæ lucratiuam habent, nam è contrario lex Iulia, quæ dotem ob illicitum matrimonium caducam fecit, indiſtinctè locuta eſt *d. l. inceſtæ & d. l. dote.* propter quod videri potius poſſet, nõ eſſe adhibendam in dote illam diſtinctionem, quam adhibuerunt Imperatores, qui pœnam legis Iuliæ ad lucra etiam nuptialia extenderunt in *d. l. qui contra.* niſi abſurdũ eſſet, meliorem facere condicionem lucrorum nuptialium, quàm dotis, & iacturam dotis inducere tum quoque cùm nullum delictum interceſſiſſet, quod per iuſtum errorem facti ſemper excluditur *d. l. 38. §. 1. de adult.* Ergo tunc applicari eam fiſco & caducam fieri neceſſe eſt, cùm illicitum matrimonium contractum eſt dolo malo & à delinquentibus, *l. ſi quis 6. C. de in. eſt. & inutil. nupt. d. l. vlt. de leg. 1. d. l. 2. d. l. Claudius 13. de his quæ vt indign.* non etiã ſi contracta ſint tantùm ſponſalia, quia lex Iulia de ſponſalibus locuta non eſt, ſed tantum de nuptiis, neq; quantum ad pœnam amittendæ dotis ad ſponſalia extendi debuit, non modo tanquã odioſa (nec enim odioſæ leges adiuuandæ ſunt interpretatione *leg. cùm quidam 19. de liber. & poſthum.*) ſed etiã & illa potiſſimùm ratione, quòd ſponſalia non poſſunt facere dotem, ſed ſolum matrimonium. Vt taceã quod addit Bartolus, quamuis fortaſſe nimis generaliter, quoties delictum ideo non perficitur, quia is qui delinquere cœperat, non vult perficere, pœnam delicti ceſſare, quaſi ſuffragio iuſtæ pœnitentiæ abſolutus, vt loquitur Paulus in *leg. qui falſam 19. infr. de leg. Cornel. de falſ. l. Papinianus 8. §. meminiſſe ſup. de in ff. teſtam. l. qui cùm maior 14. §. accuſaſſe l. in ſeruitutem 16. § petiſſe inf. de bon. libert.* Planè vt Bartolus monet, poteſt iuſta ignorantia etiam alterutrius coniugum illicitas & prohibitas nuptias contrahentium ei prodeſſe, non quidem quod ad hoc vt eo minus illicitę ſint nuptiæ (legum enim authoritatem ruſticitatis & imperitiæ velamentis circũueniri non oportet, vt ait *l. 1. C. de interd. matrim.*) ſed quantum ad hoc, vt ex patre ignorantis filij legitimi dici poſſint, & ſucceſſionis capaces, vt in ſpecie *l. qui in prouincia 57. §. 1. inf. de rit. nupt.* vbi de ea muliere tractatur quæ in matrimonio auunculi ſui per multos annos fuerat, & in eo collocata ab auia, & plures in ea matrimonij figura liberos ſuſceperat. Quamquam hac de re ius Pontificium conſulendum potius, & ſequendum eſt: item vt ſi in contrahendo illicito matrimonio nullum delictum admiſſum ſit, puta ſi mulier libera ſeruo nupſerit, cuius ſtatum ignorabat, nihilominus repetere dotẽ poſſit, & quidem cum eodem priuilegio quod veris dotibus dari ſolet *l. ſicut dotem 22. §. vlt. infr. ſolut. matrim. l. 3. C. eod.* Idem enim priuilegium etiam condictioni datur, quod fauoris ratione tribui ſolet actioni de dote inter actiones perſonales *l. ſi ſponſa 74. infr. de iur. dot. l. quæſitum 17. §. vlt. & legib. ſeqq. infr. de reb. author. iudic. poſſ. d. aliàs l. 2. 3. & 4. de priuileg. credit.* Et ad hos nimirũ caſus reſtringi debet, quod ſcriptum eſt in *l. 1. C. de condict. ob cauſ. dat.* non autem ita intelligi, vt quidam putant, quaſi iure nouo nõ fiat dos caduca, propter inceſtuoſum matrimonium, quomodo fiebat olim *d. l. dote & d. l. ſi quis 6. C. de inceſt. nupt.* non enim quodlibet illicitum matrimonium faciebat caducam dotem, ſed illud demũ quod delicti cauſam admixtam habebat, vt diximus: nec enim pœna vlla ſine delicto eſſe potuit aut debuit, præſertim per quam amiſſio dotis

infligeretur: quia multùm intereſt, an errore matrimonium illicitè contrahatur, an verò contumacia iuris & ſanguinis contumelia concurrant *d. l. ſi adulterium* 38. §. 1. *de adult.*

1 ¶ Nouerca priuigno, nurus ſocero pecuniam dotis nomine dedit, neque nupſit. ceſſare condictio prima facie videtur: quoniam iure gentium inceſtum committitur. atquin magis in ea ſpecie, nulla cauſa dotis dandæ fuit. condictio igitur competit.

*Ad §. 1. Nouerca.*

Eſt hæc ſpecies ſimillima ſuperiori, eaſdémque ferè rationes recipit dubitandi, & decidendi, niſi quod maior hîc ratio ſubeſſe videbatur, propter quam dicendum eſſet condictionem ceſſare, quoniam cùm nouerca priuigno, aut nurus ſocero nubit, inceſtum iure gentium committitur, quemadmodum & quoties ex gradu aſcendentium, vel deſcendentium quis vxorem ducit *l. vlt. infr. de rit. nupt.* vbi additur hoc crimen, quia ignorari non poteſt, cùm ſit contra ius gentium, quod gentibus & perſonis omnibus patet, excuſari non poſſe, neque adhibendam eſſe hoc caſu diſtinctionem illam, quæ adhiberi aliàs ſolet, cùm non niſi ex iuris Romani obſeruatione contrahitur, vt cùm quis ex latere eam ducit, quam vetatur, aut adfinem, quam impeditur, an palàm & publicè, an verò clam cõtractum ſit matrimonium, vt palam delinquentes tanquam errantes pœna maiore excuſentur, clam verò committentes, vt contumaces plectantur: etſi namque inter nouercam & priuignum, ſocerum & nurum non niſi adfinitatis præteritæ veneratione prohibitæ ſunt nuptiæ §. *adfinitatis Inſtit. de nupt.* (vnde Accurſius & Ioannes occaſionem ſumpſerunt exiſtimandi perperam, matrimonium hoc iure tantùm ciuili eſſe illicitum & interdictum, illud verò, de quo in principio huius legis etiam iure naturali vtrumque aduerſus expreſſa illa Papiniani verba *quoniam iure gentium inceſtum committitur*) ſunt tamen hæ perſonæ ex gradu aſcendentium & deſcendentium, cùm ſocer patris loco ſit, & nurus loco filiæ *l. quia parentis* 14. *infr. ſolut. matr.* itémque nouerca loco matris, & priuignus loco filij *d. §. adfinitatis.* quod nemo dixerit de ſororis filia nupta auunculo. Sunt enim iſti ex latere, licet auunculus quoque parentis loco eſſe dicatur in *l. ſororis* 39. *infr. de rit. nupt.* ratione ſcilicet officij & proximæ coniũctionis, non gradus: ideóque excuſari aliquomodo poteſt mulier, quæ auunculo nupſit etiam quem eſſe auunculum ſciuit *d. l. vlt. & l. qui in prouincia* 57. §. 1. *eod. l. ſi adulterium cum inceſtu* 38. §. 1. *verſ. quare mulier infr. ad leg. Iul. de adult.* non etiam nouerca quę priuigno, aut nurus quę ſocero. Sic in *l. ne cum filiofamilias* 16. *infr. de furt.* Paulus ſcribit non tantùm iuris ciuilis conſtitutionem, ſed etiam naturam ipſam impedimento eſſe, ne cum filiofamilias agere pater poſſit, non magis quàm cum ſeipſo, tametſi tota eius iuris ratio pendeat à patria poteſtate, quæ facit, vt eadem patris & filij perſona eſſe exiſtimetur: & quæ ipſa tamen patria poteſtas tota iuris ciuilis eſt non naturalis *Inſtit. de patr. poteſt. in princip. iunct. l. Imperator* 50. *ad SC. Trebell.* Idque proculdubio eſt, quod Papinianus noſter ſignificare voluit ſupradictis illis verbis, *quoniam iure gentium inceſtum committitur*, quod ſequentia illa oſtendunt, *atquin vel magis in ea ſpecie.* Vt intelligamus, quanto magis prohibitum eſt matrimonium inter ſocerum & nurum, nouercam & priuignum, quàm inter ſororis filiam & auunculum, tanto minùs quidem excuſari poſſe eas perſonas, quæ inceſtum iure gentium commiſerunt, quàm ſi iure tantùm ciuili id cõmiſiſſent, quia ius gentium, hac parte ius naturale eſt, quod natura ipſa & naturalis ratio atque honeſtas omnes homines docuit, ſed tamen tanto magis verum eſſe nullam dandæ dotis cauſam fuiſſe, eo caſu quo matrimonium ſine inceſtu contrahi non potuit, ideóque non minùs in hac ſpecie, quàm in ſuperiore, imò longè magis dandam eſſe mulieri condictionem eius pecuniæ, quæ non propter inceſtum, ſed propter futurum matrimonium data eſſet, condictionem, inquam, ſine cauſa, dummodò non ſint ſecutæ nuptiæ. Hoc enim omnimodo addendum eſt, quod nec Papinianus prætermiſit: alioqui omnino dos caduca fieret, nec allegatio vlla erroris admitti poſſet contra inceſtum, quod iure gentium admiſſum probaretur, ſiue error iuris eſſet *d. l. vlt. de rit. nupt. & dict. l. ſi adulterium* 38. *verſ. quare ſi mulier*, ſiue error facti in ea perſona, quę vel nouerca, vel nurus fuit, neque enim condicionem ſuam ignorare potuit, vt nec priuigni vel ſoceri, cuius aut nouerca aut nurus fuit, nec ad hunc caſum aptari poteſt exceptio poſita in fine *l. qui contra* 4. *C. de inceſt. nupt.* Dicendum igitur eſt contrà quàm Ioannes & Accurſius ſenſerint, in ſuperiore ſpecie admiſſum fuiſſe inceſtum iure duntaxat ciuili: in hac verò poſteriore etiam iure naturali & gentium, vtriuſque tamen caſus, quod ad hanc condictionem ſine cauſa pertinet, eandem prorſus eſſe rationem nullis ſecutis nuptiis, quæ tamen diuerſa eſſe poſſet, ſi nuptiæ ſecutæ eſſent, nec niſi de delicto excuſando, & grauioribus aut leuioribus pœnis coercendo quæreretur.

ANTO-

# ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI, SERENISS. SABAVDIÆ DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV Præſidis Primarij

# RATIONALIA IN LIBRVM TERTIVM DECIMVM PANDECTARVM

## Ad TIT. I.

### *De condictione furtiua.*

VLPIANVS libro 18. ad Sabinum.

IN furtiua re ſoli domino condictio competit.

*Ad l. 1. In furt.*

RAT. uva. Condicere nihil aliud eſt, quam intendere dari ſibi ab aduerſario aliquid oportere *§. appellamus. 6. inſt. de act.* dare autem nihil niſi dominium transferre *leg. vbi autem 75 §. vlt. inf. de verb. oblig. l. non videntur data 167. de reg. iur.* Atqui quod iam meum eſt, non magis fieri meum poteſt *leg. in bello 12. §. ſi quis ſeruum 7. infr. de capt. & poſtlim.* adeòq; nec meum eſſe ex plurib. cauſis, ſed ex vna tantùm, quamuis ex plurib. cauſis deberi quid nobis poſſit *l. non vt ex plurib. 159. de reg. iur.* Ergo fieri nequit, vt cõdictio furtiua, de qua in hac lege agitur & in toto hoc tit. detur domino, ne quidem contra furem, præſertim cùm domino poſſit dari contra furem vindicatio, vt & aduerſus alium poſſeſſorem quemlibet, ſicuti actio quoq. ad exhibendum *l. ancilla 12. C. de furt. §. ſic itaque 14 Inſt. de act.* Eſt enim condictio non modò contraria, ſed etiam contradictoriè oppoſita vindicationi, quandoquidem vindicatio ſoli domino competit *l. in rem 23. & paſſ. de rei vind. l. quintus 27. §. argento inf. de aur. & argent. legat.* Condictio autē ſoli non domino, vt diximus. Sunt autem hæc cõtradictoria, eſſe quem eiuſdem rei dominum, & non eſſe: allegans porrò contraria non eſt audiendus, maximè ſi actiones contrarias cumulare velit, multo minus, ſi contradictorias *leg. 3. C. de furt.* Nec ad rem facere videtur, ſi quis reſpondeat cum Iuſtiniano in *d. §. ſic itaque,* odio furum ita cõparatum eſſe aduerſus ſtrictū iuris rationem, quò pluribus actionibus teneantur: non enim poteſt odium ſatis facere, vt res furtiua quæ iam eſt actoris magis fieri eius poſſit, aut vt fur cõdictione furtiua conuentus dominium rei furtiuæ, quod ipſe non habet, transferat in actorem, contra regulam *l. nemo plus iuris 54. de regul. iur.* cùm furtum non ſit legitimus modus acquirendi, aut amittendi dominij. Fruſtra igitur & nulla iuris aut neceſſitatis ratione condictionem furtiuam comparatam eſſe fatendum eſt, ſed & certum eſt, condictionem hanc dari etiam tutori pro re furtiua pupilli *l. interdum 56. §. qui tutelam infr. de furt.* cùm tamen conſtet tutorem non eſſe dominum rei pupillaris, ſed tuitorem duntaxat & defenſorem. ergo nec illud verū eſt, quod Vlpianus hîc ſcribit, in re furtiua ſoli domino condictionem competere. Sed neque illud etiam verum eſt, dari eam contra ſolum furem, cùm detur etiam contra prædonem fundi & rei immobilis *l. 2. infr. de condict. tritic.* cuius tamen certum eſt furtum fieri non poſſe *§. quod autem Inſtit. de vſucap. l. quam rem 38. infr. eod. ult. tit.*

DEC. Qui rem alienam furatur, id agit quantum poteſt, vt eius dominiū ſibi acquirat: & verò ſibi acquireret proculdubio, ſi furtū eſſet legitimus modus dominij acquirendi. quod enim dicitur furtum nihil aliud eſſe, quàm interuerſionem poſſeſſionis *l. 1. §. vlt. infr. de furt.* eam rationem habet, quòd poſſeſſio quæ facti magis, quàm iuris eſt, interuerti facilè poteſt, inuito etiā & inſcio poſſeſſore ac domino, dominiū verò nõ item, quia iuris eſt *l. id quod noſtrum 11. de reg. iur. l. ſi ego 9. §. ſi res inf. de iur. dot.* Ergo quāuis fur non ideò fiat dominus rei furtiuæ, nullā tamen querelę occaſionem habet ſi ea actione conueniatur, qua conueniri iure poſſet, ſi volontas eius effectum habuiſſet, id eſt, ſi per furtum factus dominus fuiſſet. Atqui eo caſu nemo dubitat, quin condictione poſſet conueniri, quia ex turpi & iniuſta cauſa nec ſine ſcelere alienæ rei dominium habere cœpiſſet, ex generali regula *leg. perpetuò 6. ſupr. de condict. ob turp. vel iniuſt. cauſ. l. 2. §. vlt. ſupr. tit. prox. l. verum*

Digitized by Google

25. *infr. rer. amot.* Meritò igitur condictione tenetur, nō illa quidem quæ datur ob turpem, vel iniuſtam cauſam, quia ex turpi & iniuſta illa cauſa dominus factus non eſt, ſed ſpeciali condictione in eam rem comparata, quæ furtiua dicitur, ob hoc ſolùm, quia fieri dominus voluit. Ideò autem vindicatione tenetur, quia poſſeſſor tantùm non etiam dominus eſt, quòd ſi non magis poſſeſſor ſit, quàm dominus, puta ſi res furtiua perempta ſit, vindicatione conueniri vtique non poteſt, quæ non datur niſi contra poſſeſſorem *l. officium 9. l. is qui deſtinauit 24. & paſſ. ſupr. de rei vindic.* cùm naſcatur ex præſenti poſſeſſione *l. non aliàs 24. §. ſed ſi poſtulatur ſupr. de iudic.* neque rurſus actione ad exhibendū, quæ ſimiliter non datur niſi contra poſſidentem, aut eum qui dolo malo deſiit poſſidere *l. 3. § vlt. l. ſi ad exhibendum 8 l. de eo 12. §. vlt. & paſſ. ſup. ad exhib.* Eſt igitur hoc ſaltē caſu non ſolū vtilis, ſed etiam neceſſaria cōdictio furtiua ad rem ipſam perſequendam, quę extare deſiit, ne alioqui fur impunè rem furtiuā domino abſtulerit, nec eius recuperandæ ratio vlla ſuperſit, quamuis ſi pœnam perſequi dominus velit, paratam habeat in eam rem furti actionem *leg. ſi pro fure 7. §. 1 & vlt. infr. hoc tit.* Nec ad rem pertinet, ſi quis dicat, perempta re furtiua, nō magis condictionē eius poſſe cōpetere, quàm vindicationem, cùm non magis fieri poſſit, vt rei peremptæ dominium detur, quàm vt poſſeſſio eius reſtituatur *leg. vtique 16. ſupr. de rei vindic.* differentia nāque condictionis & vindicationis hac parte in eo eſt, quòd per vindicationē non poteſt peti niſi res præſens, & quæ demōſtrari digito poſſit per vulgarem hanc vindicationis formulam, *hanc rem ex iure Quiritium meam eſſe aio, l. 1. eod. tit.* Per cōdictionē verò quæ actio perſonalis eſt, peti res debita poteſt etiam quæ perempta ſit, ſi modo aliqua mora præceſſerit, quæ facere poſſit, vt ea ipſa res quæ periit, adhuc extare, & debita eſſe videatur *l. ſi ſeruum 91. §. ſequitur & §. vlt. inf. de verbor. oblig.* Atqui ſemper in fure id euenit, vt non modò ſit debitor rei furtiuæ quouſque illam reſtituerit, ſed etiam perpetuā moram in ea reſtituenda facere intelligatur *leg. in re furtiua 8. § 1. inf. hoc tit.* quia nec eam auferre ab initio debuit *l. vlt. eod.* Ergo quod furtiua res perempta ſit etiam caſu fortuito, & citra vllam ipſius culpam, non debet eum liberare, quominus perinde condictione teneatur, ac ſi res adhuc extaret. Nec furtiuam condictionē impedire illud debet, quòd furti actionem ſaluam habeat contra furem, aut in duplū, ſi furtum nec manifeſtum fuerit, aut in quadruplū ſi manifeſtum: nam cùm furti actio pœnam petat legitimam, condictio autem furtiua rem ipſam, neque furti actio per condictionem, neque condictio per furti actionem conſumi poteſt *d. l. ſi pro fure 7. §. 1. infr. l. ſi pignore 54. §. cùm furti infr. de furt.* non enim eſſet pœna quadrupli vel dupli mera pœna, ſi furem à rei furtiuæ etiam peremptæ reſtituendæ neceſſitate liberaret; ea verò reſtituendæ rei furtiuæ etiam peremptæ neceſſitas, non niſi per condictionem furtiuam induci poteſt. Condictio igitur furtiua merè rei perſecutoria eſt, & quidem ſui natura, & in prima ſua intentione, non vt aliæ pleræque actiones arbitrio tantùm iudicis *l. 4. §. vlt. ſupr. de alienat. iudic. mut. cauſ. fact. l. ſi cùm dos 8. §. 1. infr. rer. amot.* pœnalis nullo modo eſt, quia licet odio furis comparata ſit, vt diximus *d. §. ſic itaque Inſtit. de action.* non tamen vt pœnam aliquam perſequatur, ſed vt rem ipſam ſolam, tota pœnà in furti actionem collata. Neque igitur famoſa eſt, cùm ſit condictio: ceſſat enim ignominia in condictionibus omnibus, licèt ex turpi & famoſa cauſa pendeant *l. ceſſat 36. infr. de obligat. & action.* cuius nec accommodatius, nec certius exemplum adferri poteſt, quàm in hac condictione furtiua quæ haud dubiè pendet ex delicto, id eſt, ex furto *l. ſi duo 13. §. idem Iulianus ſupr. de iureiur. l. ſi ambo 10. §. quoties infr. de compenſat. l. ſed ſi damnum 9. aliàs l. peculium §. ſiue autem infr. de pecul. l. ſi mulier 21. §. hac actio infr. rer. amot.* Furti enim cauſam famoſam eſſe nemo ambigit *l. 1. l. furti 6. & paſſ. ſupr. de his qui notant. infam. l. infamem 7. infr. de public. iudic.* negari tamen non poteſt, quin actio turpis ſit, quia furti mentionem & exprobrationē quandam cōtinet *l. nec quicquam 56. iunct. l. præced. infr. pro ſocio.* ideòq; non datur coniugi in coniugem ob reuerentiam prætexti matrimonij, niſi à Triboniano perperam in *l. 3. §. ſed & cum vxore rer. amot.* fuítque ob eam cauſam inducendum ſingulare iudicium rerum amotarum *l. 1. & 2. l. pen. & paſſ eod. tit.* In quo grauiter meo iudicio errauit Iacobus Cuiacius, & qui eum ſecuti contra nos ſcripſerunt, condictionē hanc & pœnalem eſſe, & famoſam: vt inferant, quod abſurdius eſt, non dari eam in ſolidum aduerſus heredem, contrà quàm ab Vlp. diſertè ſcriptum eſt in *l. in cōdictione 9.* vbi dicemus *inf.* Etſi autem veriſſimum eſt quod in hac lege Vlp. ait, condictionem furtiuam ſoli domino dari, datur tamē etiam tutori pro pupillo, quia tutor dominus quidem non eſt, ſed tamen domini loco eſt *d. l. interdum 56. §. qui tutelam de furt. l. is qui in puteum 11. §. an ignoſcitur infr. quod vi aut clam.* ſcilicet quandiu ex bona fide adminiſtrat, nec pupillum ſpoliat *l. qui fundum 7. §. ſi tutor inf. pro emptor.* Datur autem nō ſolùm contra furem, ſed etiam contra furis heredem *l. prox. l. ex furtiua 5. inf. hoc tit.* itémque contra raptorē, qui etiam fur eſt, ſed improbior *l. item ſi tùm 14 §. qui vim intulit ſupr. quod met. cauſ. l. 1. l. 2. §. ceterùm & §. vlt. infr. vi bonor. rapt.* item contra prædonem *d. l. 2. infr. de condictio. tritic.* Cur enim melior cauſa ſit prædonis quàm furis? Nam & prædo fur eſſet, ſi rei immobilis furtum fieri poſſe. Illud certè non probo, quod Iacobus Cuiacius in Paratitlis ſcripſit, poſſe hanc actionē dari etiā cōtra mulierē, quæ mariti res amouit. Tenetur enim actione rerum amotarum, non condictione furtiua, niſi ſi tanquam heres furis cōueniatur, aut ex furto quod ei fecerit, cui heredes ſimus, aut etiam nobis priuſquam nuberet *d. l. 3. §. ſed & cum vxore rer amot.* Non enim actio rerum amotarum condictio eſt, vt docui pluribus in poſtrema parte *Chiliadis de error. pragmat.* Planè quin heredi mulieris condici poſſit etiam condictione furtiua, ſi malit maritus contra eum agere condictione, quā actione rerum amotarum, non ambigitur *l. contra 6. §. item heres & ſeq. eod. tit.* non tamen datur condictio hæc cuilibet domino, ſed ei demum cui ſubrepta res eſt, vel heredi eius, ideóque non datur legatario rei ſubreptæ, ſiue ante ſiue poſt mortem defuncti ſubrepta ſit, quamuis dominium rei legatæ trāſeat recta via in legatariū, ſatiſq. ei eſſe debet, quod habeat vindicationem *l. ſed nec legatarius 11. infr. hoc tit. iunct. l. legatum 80. de leg. 2. l. à Titio 64. inf. de furt.* Cùm autem duæ ſint ſpecies condictionis furtiuæ, vt & aliarum condictionum omniū, vna certi per quā res ipſa furtiua petitur, quæ ſemper certa eſt, alia incerti per quā agitur ad id quod intereſt, (tametſi Accurſ. hanc poſteriorē furtiuā eſſe malè neget) ſola ea quæ certi eſt, datur domino ſoli contra furē heredémve eius. Et ita intelligi hæc lex debet, itémque *lex vltim. ſup. vſufruct. quemadmod. cau.* Quæ verò incerti eſt, datur

etiam

Digitized by Google

etiam non domino, ſi modò eius interſit ex honeſta cauſa, puta creditori pignoratitio *l. & ideo* 12. §. *vlt. infr. l. ſi pignore* 22. *in princ. infr. De pignor. action.* Et hoc bene Cuiacius in Paratitlis ad hunc titulum.

2. POMPONIVS libro 16. ad Sabinum.

CONdictione ex cauſa furtiua & furioſi, & infantes obligantur, cùm heredes neceſſarij extiterunt: quamuis cum eis agi non poſſit.

*Ad l. Condictione 2.*

RAT. DVB. Condictione ex cauſa furtiua non alius teneri poteſt, quàm qui ipſe furtum fecit, aut heres eius *leg. ex cauſa* 5. *infr. hoc titul.* Atqui neque furioſi neque infantes poſſunt ipſi furtum facere, cùm furtum ſine affectu furandi non fiat §. *placuit Inſtitut. De oblig. quæ ex delict. naſc.* huiuſmodi autem perſonæ omni affectu careant, quæ nec animum nec ſenſum ferè vllum habere intelliguntur *l. ſi tibi* 8. §. *vnius D. de opt. legat. l. Fulcinius* 7. §. *planè interdum* 11. *infr. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eat.* neque rurſus hereditatem furis ſibi acquirere, ne quidem tutore vel curatore authore, cùm hereditas ſine animo acquiri non poſſit, nec per tutoris aut curatoris perſonam *l. pupillus* 9. *l. gerit* 88. *& paſſ. infr. de acquir. hered. l. potuit* 5. *Cod. de iur. delib.* Ideóque neceſſaria olim erat decretalis bonorum poſſeſſio quæ tutori dabatur nomine infantis, & curatori nomine furioſi, cùm neque hereditas, neque bonorum poſſeſſio edictalis acquiri aliter eis poſſet, *l. 1. infr. de bonor. poſſeſſ. infant.* Ergo nullo modo fieri poteſt, vt furioſi & infantes condictione ex cauſa furtiua teneantur.

DECID. Etiam furioſi & infantes ſui & neceſſarij heredes ſunt patri, cùm æquè ac cæteri ſint in poteſtate patris mortis tempore, primúmque in ea gradum teneant in cauſa ſuccedendi, quæ ſuorum & neceſſariorum heredum deſcriptio eſt *l. ſcripto* 7. *infr. vnd. liber.* nec minùs quàm alij liberi ſunt domini rerum paternarum, etiam viuo adhuc patre *l. in ſuis* 11. *infr. de liber. & poſt.* Ideóque nulla indigent aut aditione aut immixtione *l. in ſuis* 14. *infr. de ſuis & legit.* cùm ipſo iure exiſtant & appareant heredes *leg. vltim.* §. *ſin verò perpetuò C. de cur. furioſ. leg.* 1. §. *qui ſunt in poteſt. infr. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* Nec quod ſe poſſint abſtinere quidquam facit, vt inquit Vlpian. ibid. & rectè. Abſtentio enim tum quoque cùm iam eſt ſecuta, nihil aliud efficere poteſt, niſi vt ſuus heres in iis omnibus, quæ ad commodum vel incommodum pertinent, heredis loco non habeatur apud Prætorem *l. neceſſarius* 57. *infr. de acquir. hered. l. ſi filius* 12. vbi diximus *ſupr. De interrog. in iur. faciend.* Cæterùm etiam poſt abſtentionem remanet hæres, qui ſemel heres fuit, & verè dicitur non eſſe ſine herede eum qui ſuum heredem habet, quamuis ſe abſtinentem *leg. cùm quaſi* 30. §. *ſed & ſi ſuus infr. De fideicomm. libert.* Tantum abeſt vt verum ſit, quod Bart. docere ſolet, poſt introductum à Prætore beneficium abſtinendi, non aliter habendum ſuum heredem pro herede ſiue iure ciuili ſiue prætorio, quàm ſi probetur ſe immiſcuiſſe, & hîc locutum eſſe Pomponium ſecundùm rigorem iuris ciuilis non conſiderato beneficio abſtinendi: quæ omnia certè falſa ſunt. Nam ſi quo caſu neceſſaria poſſet eſſe immixtio ad hoc, vt ſuus heres poſſet tanquam heres conueniri, vtique maximè in caſu huius legis probanda eſſet, ne tam facilè furioſi & infantes turpi actione ex perſona furis conuenirentur, cùm tamen è contrario tanto magis conueniri poſſint, quod abſtinendi licèt ius habeant, facultatem non habent. Eſt enim abſtentio etiam animi & conſilij, non minùs quàm immixtio *dict. leg. neceſſarius leg. impuberibus* 11. *& ſeq. leg. cum bonis* 87. *& paſſ. eod. titul. De acquir. hered.* quamuis poſſit tutor vel curator eos abſtinere perinde ac immiſcere, *leg. penultim. infr. De author. tutor. leg. tutores* 61. *ſupr. De condict. indeb. leg. ex contractu* 44. *infr. De re iud.* Nam licet cùm furioſis ipſis & infantibus agi non poſſit, vt ſequitur in hac lege, quia legitimam perſonam ſtandi in iudicio non habent ne quidem authore tutore vel curatore, cùm ipſorum tamen tutoribus vel curatoribus agi poteſt *leg. 1.* §. *ſufficit de admin. tutor. leg. Lucunnius* 48. §. 1. *de leg.* 2. Nec à Bartoli errore longè diſtat noſter Accurſius, cùm ad hanc legem aduerſatiuè notat *ſed hodie poſſe ſuos heredes abſtinere.* Quaſi verò iam temporibus Pomponij cuius eſt hæc lex, non potuerint, aut quaſi ſufficiat, quòd poſſint abſtinere, ne conueniantur condictione furtiua, quod vtrumque falſum eſt. Planè vbi tutor infantem abſtinuit, aut curator furioſum, conſtat non poſſe illis teneri condictione furtiua, vt nec alia actione hereditaria, quantum ad hoc vt conueniantur ipſi vel eorum tutores, vel curatores, tametſi adhuc ipſo iure teneantur *dict. leg. neceſſarius.* Ergo ſi furioſi & infantes non ſui heredes ſint, ſed extranei, id eſt, ab alio quàm à patre inſtituti non poſſunt teneri condictione furtiua, quia nec heredes eſſe poſſunt niſi nouo iure ex *leg. ſi infanti* 18. *Cod. de iur. delib. & dict. leg. vltim.* §. *ſin autem ex alia &* §. *penult. Cod. de curat. furioſ.*

3. PAVLVS libro 9. ad Sabinum.

SI condicatur ſeruus ex cauſa furtiua, id venire in condictionem certum eſt, quod interſit agentis, veluti ſi heres ſit inſtitutus, & periculum ſubeat dominus hereditatis perdendæ, quod & Iulianus ſcribit. Item ſi mortuum hominem condicat, conſecuturum ait pretium hereditatis.

*Ad l. Si condicatur 3.*

RAT. DVBIT. Non poteſt eadem condictio ſiue furtiua ſiue alia eſſe certi ſimul & incerti, ſunt enim hæ qualitates & denominationes non modò contrariæ, ſed etiam contradictoriæ. Atqui cùm ſeruus condicitur ex cauſa furtiua, condictio furtiua certi eſt, quia ſeruus certus eſt *leg. certum 7. ſupr. De rebus credit.* Cùm verò petitur id quod intereſt agentis, puta ſi ſeruus ille ſit heres inſtitutus, & dominus periculum ſubeat perdendæ hereditatis, quia iam non poſſit impetare ſeruo ſubrepto, vt hereditatem adeat, condictio incerti eſt, quandoquidem id quod intereſt, ſemper incertum eſt *leg. vltim. ſuprà de præt. ſtipulation.* Ergo ſi condicatur ſeruus ex cauſa furtiua, dicendum eſt in condictionem non poſſe venire id quod intereſt agentis, præſertim cùm furtiua condictio ſit ſtricti iuris, vt & cæteræ condictiones omnes, quarum nulla eſt quæ numeretur in §. *actionum Inſtitut. de action.* In quo actionum genere certum eſt, non venire id quod intereſt, ſed tantùm in bonæ fidei iudiciis, in quibus condemnatio fit ex bono & æquo §. *In bona fidei eodem titul. leg. ex empto* 11. §. *vltim. infr. De action. empt. leg. ſi in venditione* 60. *& paſſ. infr. De euiction.*

DECID. Id quod intereſt, æſtimatur ex eo quod actori abeſt, aut quod is lucrari potuit *leg. ſi commiſſa* 13. *infr. rat. rem haber.* ideoque in ipſa rei perſecutione continetur §. *rei perſequendæ Inſtitut. de action. leg. in honorariis trigeſima quinta infrà. De obligation. & action.* Atqui condictio furtiua rem perſequitur, & eſt ſui natura rei perſecutoria *leg. ſi pro fure ſeptim. §. prim. infrà hoc titulo.* Nec minùs plenam quàm meram rei perſecutionem continet, non tantùm quod ad fructuum reſtitutionem, ſed etiam quod ad æſtimationem quanti plurimi res fuit, *leg. in re furtiua octaua. §. prim. & vltim. infrà.* Non autem contineret plenam rei perſecutionem, niſi in eam veniret etiam id omne, quod agentis intereſſet, tanquam hæc etiam cauſa ipſi corpori cohæreat, vt Paulus loquitur in *leg. proinde §. prim. iunct. leg. ſequentib. in princip. & leg. ſequen. §. Iulianus ſuprà ad leg. Aquil.* Tanti enim ſeruus ſubreptus fuiſſe intelligitur, quantum lucri afferre domino ſuo potuiſſet, ſi ſubreptus non fuiſſet, quia hereditatem adeundo iuſſu domini heredem eum feciſſet. Idque adeò verum eſt, vt quamuis in actione furti, non id quod intereſt, dupletur, vel quadrupletur, ſed tantummodo verum rei pretium *leg. in furti actione quinquageſim. infrà. De furt.* nec detur actio furti ad rem, ſed ad pœnam, vt diximus ex *leg. ſi pignore quinquageſim. quart. §. cùm furti eodem titul.* tamen etiam furti iudicio actor hereditatem conſequatur, ſi modò mortuus ſit ſeruus antequam iuſſu domini adierit *leg. ſi quis vxori quinquageſim. ſecund. §. penultim. eodem titul.* Itaque præſtatur hoc caſu id quod intereſt, iure & vi ipſius actionis, nec tanquam quid diuerſum à ſeruo, ſed tanquam cauſa cohærens corpori & æſtimationi ſerui. Nec proinde mutatur qualitas & denominatio actionis. Semper enim eſt condictio certi, quia ſeruus ipſe condicitur, nec fit incerti ob id quod etiam id quod intereſt, præſtetur. Denique ſerui furtiui æſtimatio poteſt ex poſtfacto creſcere, ſed decreſcere nunquam poteſt *dict. leg. in furti actione in princip. eodem.* Quare nec eſt, quod quis obiiciat, condictionem hanc furtiuam eſſe ſtricti iuris, cùm id quod intereſt, petatur hoc caſu, non tanquam acceſſio, vt in iudiciis bonæ fidei, nec tanquam quod per ſe ſolum & ſeparatim debeatur, vt in actione ex ſtipulatu interdum euenit *leg. quoties* 81. *leg. cùm ſtipulatus centeſim. decima tertia, §. vltim. & leg. ſequent. infr. De verbor. obligationib.* ſed tanquam pars quædam ipſius rei furtiuæ ac debitæ, eique cohærens, vt ex eo apparet, quòd actiones furti & legis Aquiliæ perinde ſunt ſtricti iuris, in quibus tamen idem obſeruari oſtendimus. Notandum autem eſt, quod in hac lege Paulus ſcribit, multum referre, an ſeruus ex cauſa furtiua condicatur viuus, an mortuus. Nam ſi viuus, non venit omnimodo in actionem pretium hereditatis, in qua fuerat ille inſtitutus, ſed quanti æſtimabitur periculum quod ſubibit dominus hereditatis perdendæ, ſi fortè contingat mori ſeruum ante aditam iuſſu domini hereditatem. Nam nec pluris intereſt agentis, cùm quandiu ſeruus viuit, fieri poſſit vt reſtituatur, & adeat hereditatem: quo caſu nihil poterit videri intereſſe actoris ratione hereditatis, quæ amiſſa non erit, nam nec locupletior factus intelligitur dominus ob hoc ſolùm quòd ſeruus eius inſtitutus ſit, cùm multis de cauſis accidere poſſit, ne iuſſu domini adeat *leg. pretia rerum ſexageſim. tert. §. eadem cauſa eſt infrà ad leg. Falcid.* Itaque periculum duntaxat hoc caſu æſtimandum eſt, quod dominus ſubit hereditatis perdendæ, vt Paulus loquitur, non autem hereditatis perditæ, vt malè Accurſius interpretatur, quaſi Paulus hîc tempus ſumpſerit pro tempore. At cùm mortuus homo condicitur, qui neque reſtitui amplius domino, neque hereditatem adire poteſt, pretium hereditatis omnimodo venire debet in æſtimationem, quia certum eſt tanti agentis intereſſe *leg. inde Neratius §. idem Iulianus, ad leg. Aquil. §. illud Inſtitut. eod. dict. leg. ſi quis vxori* 52. *§. penultim. De furt.* Venit autem eo caſu pretium hereditatis ſimul cum pretio ſerui mortui, quod neceſſariò præſtandum eſt, cùm corpus ipſum præſtari non poſſit *dict. leg. ſi pro fure* 7. *§. condictio & dict. leg. in re furtiua* 8. *infr. hoc titul.* Quamquam ipſum etiam corpus mortuum condici poteſt, quaſi adhuc viuum propter moram quam fur in re furtiua reſtituenda ſemper facere intelligitur *dict. leg. in re furtiua & leg. vltim. hoc titul.* vt dixi ad *leg. prim. ſupr. ex leg. ſi ſeruum* 91. *§. vltim. De verbor. obligation. leg. penultim. ſupr. de condict. ob cauſ.* In eóque errat Bartol. ad hanc legem & ad *dict. leg. in re furtiua*, diſtinguens obligationem rei dandæ ab obligatione rei reſtituendæ, quaſi in hac tantùm non illa peti poſſit æſtimatio, quaſi verò condictio furtiua competat ad rem reſtituendam, non etiam ad dandam. Quod vtique falſum eſt, quia in condictione furtiua, vt & in alia qualibet actor, quamuis dominus intendit aduerſarium dare ſibi oportere §. *ſic itaq. Inſtit. de actionib.* verũ tamẽ eſt, eũ qui condictione furtiua cõuenitur, non dare rem ſed reſtituere, quia dominiũ quod non habet, trans-

Digitized by Google

tianſferre in alium non poteſt, præſertim verò cùm iam ſit dominus, & dare nihil aliud ſit quàm dominium transferre *l. vbi autem 75. §. vltim. infrà de verborum obligationibus.*

4. VLPIANVS libro 41. ad Sabinum.

SI ſeruus, vel filiusfamilias furtum commiſerit: condicendum eſt domino id, quod ad eum peruenerit. In reſiduum autem, noxæ ſeruum dominus dedere poteſt.

*Ad l. Si ſeruus 4.*

RAT. DVB. Nunquam alius condictione furtiua tenetur, quàm fur ipſe, aut heres eius, vt ſctipium eſt in *leg. proxim. ſequent.* Atqui dominus furis neque fur ipſe eſt, neque furis heres, niſi eo ſenſu quo veteres heredem dicebant pro domino *§. vltim. Inſtitut. de hered. qualitat. & different.* Ergo quod ſeruus ſubripuit, condici domino non poteſt.

DECID. Cum ſeruo nulla actio eſſe poteſt *leg. cum ſeruo 107. de regulis iuris*, quia cùm iure ciuili pro nullo babeatur *leg. quod attinet 32. de regulis iuris*, legitimam perſonam ſtandi in iudicio habere non poteſt, *leg. ſerui decimaquarta de obligationibus & actionibus.* Neceſſitas ergo iuris facit, vt is cui furtum factum eſt, non alij poſſit condicere quàm domino, cui nec vlla in eo ſit iniuria, cùm ex delicto ſerui quolibet teneatur hactenus, vt vel damnum decidat vel ſeruum noxæ dedat *leg. prima & paſſ. ſuprà de noxal. action.* Ergo ita res temperanda eſt, vt quod ad dominum peruenit, condici ei poſſit, pro reſiduo verò quod non peruenit, noxæ ſeruum dedere dominus poſſit; ſi non indemnitatem pleniſſimam actori præſtare dominus malit, vt in *leg. quoties 29. infrà de contrah. emptio. leg. ſeruus quem 30. de action. empti leg. ſi heredis ſeruus 48. de legat.* ne grauiore damno ſeruus delinquendo afficiat dominum, quàm quanti ſeruus ipſe eſt. Quæ ratio ſola fuit inducendarum actionum noxalium *§. ſumma autem ratione Inſtitut. eodem.* Alia igitur cauſa eſt filiifamilias, qui furtum fecit, quoniam ei ipſi condici poteſt, non etiam patri, vt ſcriptum eſt in *leg. proxim. ſequent.* In quo Accurſius, Bartolus & alij interpretes paſſim decipiuntur, exiſtimantes eandem hac parte rationem eſſe filiifamilias & ſerui, itémque patris & domini ſcilicet, quia vident primis verbis huius legis proponi quæſtionem de ſeruo vel filiofamilias promiſcuè, nec animaduertunt ex coniunctione huius legis cum ſeq. aliter tamen reſponderi in ſeruo hac in lege, aliter verò in filiofamilias in *leg. ſequent.* vbi dicemus. Quamquam illud etiam probabile eſt, verba illa huius legis *vel filiusfamilias* irrepſiſſe ex gloſſa imperiti alicuius interpretis, vt docuimus in *Error. 2. Decad. 78. de error. pragmat. & in Error. 9. decad. 79.*

5. PAVLVS libro 9. ad Sabinum.

EX furtiua cauſa filiofamilias condici poteſt. nunquam enim ea condictione alius, quàm qui fecit, tenetur, aut heres eius.

*Ad l. Ex cauſa 5.*

RAT. DVBIT. Solet eadem eſſe cauſa patris & domini, ſicut filiifamilias & ſerui, præſertim verò in iis quæ ex facto filiifamilias, vel ſerui, ad patrem aut dominum peruenerunt, & peculium auxerunt, vt ſaltem quatenus peculium locupletius factum eſt, teneantur: nec enim magis æquum eſt locupletari patrem ex delicto filij, quàm dominum ex facto & delicto ſerui *leg. 3. §. ex furtiua infrà de pecul.* Atqui cùm ſeruus furtum fecit, condicendum eſt à domino id quod ex furto illo peruenit, vt ſcriptum eſt in *leg. proxim. præced.* Ergo & cùm filiusfamilias furtum fecit, etiam patri condici poteſt, quod ad eum peruenit ex furto filij: atque ita Accurſius & Bartolus ad *dict. leg. proxim. præced.* ſentiunt quaſi hac parte nulla ſit differentia inter patrem & dominum, filiumfamilias & ſeruum.

DECID. Fliusfamilias cùm ſit ciuis Romanus, & caput habeat in ciuitate, non minùs quàm paterfamilias *leg. nam ciuium 4. ſuprà de ſtat. hom.* ex omnibus cauſis ſiue ex contractibus ſiue ex delictis conuenire & condemnari poteſt *leg. filiusfamilias 39. de obligationibus & actionibus l. tam ex contractibus 57. ſuprà de iudic.* In quo differt à ſeruo, qui neque caput neque ſtatum habet quandiu ſeruus manet *leg. 3. §. vltim. & leg. 4. ſuprà de cap. min.* Ideoque nec agere nec conueniri poteſt *leg. vix certis ex cauſis 53. ſuprà de iudic. leg. cum ſeruo 107. de regulis iuris.* Ergo quamuis cùm ſeruus furtum fecit, condicendum ſit domino id quod ad eum peruenit ex mera iuris neceſſitate, quia ipſi ſeruo condici non poteſt, ſi tamen filiusfamilias idem admiſerit, condicendum ipſi eſt, non etiam patri, quia ille ipſe eſt, qui furtum fecit, non pater. Nunquam enim hac condictione furtiua tenetur alius, quàm qui ipſe qui furtum fecit, aut heres eius: pater autem furis adhuc viuentis neque ipſe fur eſt neque heres furis. Et ita hæc lex intelligi debet & coniungi aduerſatiuè legi præcedenti, ad indicandam differentiam, quam tollunt interpretes, inter patrem & dominum, filiumfamilias & ſeruum, ac ſi ſcriptum hîc eſſet, *Ex cauſa verò furti-*

*ua,&c.* Nam cùm in ſuperiore lege propoſita eſſet quæſtio filiofamilias & ſeruo promiſcuè [ſi tamen adiectio illa *vel filiusfamilias* oon eſt interpretis, vt ad ſoperiorem legem monuimus] nihil tamen ibi reſpondetor de filiofamilias & patre, ſed taotùm de ſeruo & domino: hîc verò è contrario de ſolo filiofamilias & patre, nihil verò de ſeruo & domino. Illa oamque ratio Pauli *nunquam enim ea condictione alius quàm qui furtum fecit tenetur, aut heres eius*, non tantùm probat filiofamilias condici poſſe, ſed etiam & hoc maximè, patri verò ipſi condici non poſſe, quia cùm negatiua ſit ratio, concluſio quoque, quæ ex ea infertor, negatiua eſſe debet, iunge *l. quòd ſi minor 24. §. ſi ſeruus ſuprà de minor.* Nec obſtat quod contra ſcriptum putant in *l. Iulianus penultim. infrà hoc tit.* Non enim ibi agitur de condictione furtiua, ſed de actione rerum amotarum, quæ nec condictio, nec furtiua eſt, vt dicemus ad illum locum. At neque de directa actione rerum amotarum lex illa loqoitur, ſed de vtili tantùm, vt conſtat ex *l. viua quoque filia 5. infrà rerum amotarum.* Denique de actione de peculio, quæ contra patrem & dominom perinde datur, non de condictione furtioa, quæ nullo caſu cootra patrem dari poteſt. In ſumma quantum hac parte interſit inter filiumfamilias & ſeruum, iterùmque inter patrem & domioum vel ex eo maximè apparet, quòd ex delicto ſerui dominus tenetur ſaltem noxali actione, pater verò ex delicto filiifamilias nullo modo, ſed tantùm ex contractu de peculio *l. 1. §. ſi filiusfamilias ſuprà de his qui effud. vel deiecer.* niſi hactenos oe ex delicto filiifamilias vel ſerui peculium locupletetur *d. §. ex cauſa.* Iunge quæ ſcripſimus *lib. 4. coniect. cap. 1.*

*6.* VLPIANVS libro 38. ad Edictum.

PRoinde, & ſi ope, & conſilio alicuius furtum factum ſit, condictione non tenebitur: & ſi furti teneatur.

*Ad l. Proinde 6.*

RAT. DVB. Is cuius ope & conſilio furtum factum eſt, licèt ab initio fur noo ſit, facilè tamen poſtea fur eſſe incipit, ſcilicet ſi rem ſubreptam vel minimum contrectet, cùm id faciat inuito domino, & eo affecto, vt furtum committatur: opem enim ferre is demum dicitur, qui miniſterium atque adiutorium ad ſubripiendas res præbet. Hoc verò ſine earum contrectatione fieri vix poteſt: quod in eo qoi duntaxat conſilium dat, id eſt, qui perſuadet & impellit atque inſtruit conſilio aliquem ad furtum facieodum, diuerſum eſt *leg. in furti actione 50. §. 1. & ſeqq. iunct. leg. qui ſeruo 36. §. vltim. infr. de furt.* Ob eámque nimirum cauſam furti ſemper tenetur is coius ope & conſilio furtum factum eſt, vt in hac lege ſcriptum eſt & ſuprà dictis locis, furti ioquam nec manifeſti: nam manifeſti teneri nooquam poteſt *l. is qui opem 34. infrà de furt.* Ergo & condictione furtiua teneri poteſt, vt ſcriptom videtur in *leg. ſæpe 53. §. vltim. infrà de verborum ſignificationibus.* Et verò còm grauior ſit actio furti, quæ pœnam legitimam petit, quàm condictio furtiua, quæ rem ipſam tantùm perſequitur *leg proxim. §. 1. infrà leg. ſi pignore 54. §. 3. infrà de furt.* Abſurdum ſanè videtur coodictione furtiua non poſſe eum conueoiri, qoi etiam furti actione teneatur, oimirum ſi rem ipſam furtioam poſſideat, qua de cauſa etiam vindicatione conueniri poſſet.

DECIO. Nunquam alius furtiua condictione tenetur, qoàm qui ipſe furtum fecit, aot heres eius, vt in ſuperiore lege ſcriptum eſt. Nam cùm furtiua condictio non niſi odio furis aduerſus commuoes iuris regulas comparata ſit, vt diximus ad *leg. primam ſuprà ex §. ſic itaque Inſtitut. de actionibus.* conſeqoens eſt, vt non aduerſus alium dari debeat, quàm contra furem ipſum, adeò vt neque contra heredem furis dari deberet, oiſi meram rei perſecutionem ſui natura cootineret *leg. proxim. §. condictio infrà.* Atquin is cuius ope & conſilio furtum factum eſt, licèt furti actione teneatur, perinde acſi furtum feciſſet, niſi coonſiliom duntaxat non etiam opem præbuerit, ita conſtituto iure per leg. duodecim tabularum fur tamen noo eſt *§. interdum Inſtitut. de obligationibus quæ ex delicto naſcuntur*, niſi præterea rem furtiuam contrectauerit *dict. leg. qui ſeruo 36. §. vltim. de furt.* Ergo nec condictione furtiua teoeri poteſt, niſi in eo ipſo caſu, io quo fur eſſe probaretur: ad quem caſum poto reſtringi debere quod ſcriptum eſt in *dict. leg. ſæpe in fine*, ſi duo ſint, qoorum vnus opem, alius conſilium præbuerit ad faciendum furtum, poſſe interdum alij condici, alij non poſſe: poſſe ſcilicet coodici ei qui etiam fur fuerit. Idque eſt quod ait *lex in duobus 28. §. penultim. ſuprà de iureiur.* eum qui iurauit furtum ſibi factum eſſe, non ſtatim etiam condictionis cauſam nanciſci, quamuis furti actiooem ex eo ipſo iureiurando ſine dubio nanciſcatur. Scio ab interpretibus noſtris alias afferri reſpooſiones ad *dict. leg. ſæpe* vt videre eſt apud Accurſium & Bartolum: ſed nobis noſtra magis placet. Quod verò idem Accurſius obiicit ex *leg. peculium 4. §. ſi peculium 4. §. ſi opem infrà de pecul.* ad rem non facit. Ibi enim tractator dontaxat de deductiooe ex peculio facieoda contra dominom, cuius ſeruus furi opem tulit, noo autem de condictione furtiua aduerſus dominom ſerui, qui opem tolit, coocedenda.

*7.* IDEM libro 42. ad Sabinum.

SI pro fure damnum deciſum ſit, condictionē non impediri certiſſimum eſt.

Deciſione

Deciſione enim furti quidem actio, non autem condictio tollitur.

*Ad l. Si pro fure 7.*

RAT. DVB. In condictione furtiua venit omne id quod intereſt agentis, ita vt non tantùm emergens damni ratio habeatur, ſed etiam lucri ceſſantis *leg.3.* vbi diximus *ſupr. hoc tit.* Ergo ſi damnum pro fure deciſum ſit, id eſt ſi indemnitas actori ſit præſtita, non minus condictio furtiua tollitur, quàm actio furti, imò tanto magis, quòd furti actio pœnam petit legitimam, condictio verò furtiua rem ipſam perſequitur *§. prox. infr.* vt proinde improbus videatur actor, qui bis eiuſdem damni æſtimationem conſequi velit *l. ſi quis dolo 51. in fine infrà de re iudic. l. bona fides 57. de regulis iuris.* Quod non magis odio furis permittendum eſt, quàm in alia qualibet cauſa: alioquin dicendum eſſet ne quidem per condictionem furtiuam tolli vindicationem, vel contrà, quod tamen falſum eſt *l. ſi pignore 54. §. cùm furti infrà de furt.*

DEC. furti deciſio, id eſt, conuentio per quam æſtimatur damnum quod à fure datum eſt, proficiſcitur ex lege duodecim tabularum verbis illis *Duplione damnum decidito.* Ideóque dicitur legitima conuentio *l. legitima 6. & l. ſi tibi 17. §. 1.* vbi diximus *l. ſi vnus 17. §. pacta quæ turpem ſuprà de pact.* Cuius conuentionis ea poteſtas eſt vt tollat ipſo iure actionem ex eadem lege competentem, & quidem ipſo iure *l. poſt deciſionem 13. & Cod. de furt. dict. l. ſi tibi §. 1.* vbi duo exempla proponuntur de pacto furti & iniuriarum. Nec enim alia de cauſa huiuſmodi pacta comparata ſunt, quàm ne alioqui nulla ſupereſſet ratio euitandæ actionis furti aut iniuriarum, atque ita ſedandarum litium & diſcordiarum, quarum materiam hæ actiones præbent.

Atqui lex duodecim tabularum furti tantùm actionem pœnalem in duplum induxit pro furto nec manifeſto, ad cuius exemplum poſtea prætor actionem furti manifeſti in quadruplum comparauit *§. 1. Inſtitut. de perpet. & temp. action.* At de condictione furtiua nihil in lege duodecim tabularum expreſſum eſt, quam poſtea induxit media Iuriſprudentia per interpretationem ad legem duodecim tabularum odio ſcilicet furum, vt eorum audaciam magis ac magis coerceret, *§. ſic itaque Inſtitut. de action.* Ergo verum eſt quod in hac lege Vlpianus ſcribit, ſi pro fure damnum deciſum, lege 12. tabul. ita permittente, furti quidem actionem, quæ ex eadem lege eſt, tolli ipſo iure, condictionem verò furtiuam non impediri, quippe quam certum eſt dari ad rem ipſam furtiuam, quæ in furti actionem pœnalem nunquam venit *l. qui vas 48. in princip. infrà de furt.* quamuis etiam in furti actione damni & eius quod intereſt, ratio habeatur *l. in furti 50. in princip. l. ſi quis vxori 52. §. penult. eodem titul.* Nec eſt contrarium quod idem Vlpianus dixit in *leg. ſi duo 13. §. Idem Iulianus ſupr. de iureiur.* eum qui iurauit ſe furtum non feciſſe, de toto iuraſſe videri, & ideò non magis condictitia, quàm furti actione teneri. Nam cùm furtiua condictio, perinde ac ipſa furti actio, ex furto naſcatur, & iuſiurandum pro veritate habeatur, fieri certè nequit, vt qui iurauit ſe furtum non feciſſe, non liberetur à condictione furtiua, perinde atque à furti actione, vt diximus. At ex furti deciſione confeſſio non negatio furti inducitur. Condictionem igitur furtiuam nihilominus manere fatendum eſt.

1 ¶ Furti actio pœnam petit legitimam, condictio rem ipſam. ea res facit, vt neque furti actio per condictionem, neque condictio per furti actionem conſumatur. is itaque, cui furtum factum eſt [a], habet actionem furti, & condictionem, & vindicationem: habet & ad exhibendum actionem.

*Ad §. 1. Furti.*

RAT. DVBIT. In furti actione etiam ratio damni habetur, adeóque lucri ceſſantis, vt proximè diximus ex *leg. ſi quis vxori 52. §. penult. infrà de furt.* Quamuis id quod intereſt, neque dupletur neque quadrupletur, ſed verum duntaxat rei pretium *leg. in furti 50. in princip. eodem.* Ergo furti actio non tantùm pœnam petit legitimam, ſed etiam rei perſecutionem continet, ſicut & condictio furtiua, & conſequenter dicendum eſt, vna actione propoſita tolli alteram: ne alioqui actor bis idem conſequatur, quod ne quidem contra furem quantocunque flagret odio recipiendum eſſe docuimus proximè ad initium huius legis.

DEC. Furti actio ſiue manifeſti ſiue nec manifeſti merè pœnalis eſt: quia nihil niſi pœnam perſequitur: actio quidem furti nec manifeſti pœnam legitimam quam lex duodecim tabularum in duplum inflixit, furti verò nec manifeſti pœnam honorariam, quam prætores in quadruplum introduxerunt *§. ex maleficiis. Inſtitut. de action. & §. 1. de perpet. & temp. action.* Rem verò ipſam quæ ſubrepta eſt, furti actio nunquam perſequitur *l. qui vas 48. in princip. infrà de furt.* E contrario autem condictio furtiua ſui natura eſt merè rei perſecutoria, nec niſi rem ipſam ex ſe perſequitur, & id quod intereſt tanquam quid rei furtiuæ cohærens, vt diximus ad *l. 3. ſuprà ex leg. proinde 22. ſuprà ad leg. Aquil.* pœnam verò nullo modo, tanquam quæ nec pœnalis, nec famoſa actio ſit, vt manifeſtè probatur ex hoc *§. & ſeq. tract. l. ceſſat 36. infrà de obligationibus & actionibus.* Conſequens igitur eſt, vt neque furti actio per condictionem conſumatur, nec condictio per furti actionem, cùm nihil commune habeat pœna cum rei perſecutione *leg. ſi pignore 54. §. cùm furti infrà de furt.* pœna, inquam, legalis, vt Accurſius loquitur, aut honoraria. Nam ſi ſit conuentionalis, ſiue iuſſu prætoris, aut iudicis interpoſita conuentio ſit, ſiue nuda voluntate contrahentium, non tam pro pœna habetur, quàm pro rei perſecutione, tanquam

interpoſita in vicem & taxationem eius quod intereſt vt in *dict. l. vltim. de prætor. ſtip.* Ideóque ſi is qui iam rem habet, eiuſmodi pœnam adhuc petat, doli mali actione repellendus eſt *l. apud Celſum 4. §. Labeo ait 7. infr. de doli mali except.* Ex hac autem differentia quæ in hac lege ponitur inter actionem furti & condictionem furtiuam, illa etiam naſcitur, quod quamuis heredes furis actione furti conueniri non poſſint, rectè tamē conueniuntur condictione furtiua *§. prox. infr. & l. 1. infr. de priuat. delict.* quia rei perſecutio extra pœnam eſt, inquit *l. ancilla 12. C. de furt.*

a *Is itaque cui furtum factum eſt.* RAT. DVB. Vindicatio & condictio non poſſunt in eandem perſonam pro eadem re, & regulis iuris concurrere. Vindicans enim dicit ſe dominum, qui autem condicit, fatetur dominum eſſe aduerſarium. Ergo is cui furtum factum eſt, licèt habeat actionem furti contra furem, condictionem tamen & vindicationem habere non poteſt: nunquam enim audiendus eſt qui allegat cōtraria, multo minus contradictoria etiā contra furē *l. 1. C. de furt.* DEC. Speciale eſt in fure, & ſingulari eius odio inductū, vt non tantū vindicatione, ſed etiā cōdictione furtiua cōueniri poſſit *§. ſic itaq; Inſtit. de act. & l. vlt. ſup. vſufr. quem. cau.* ſed aliter vindicatione, aliter cōdictione: nam vindicatione non aliter tenetur quàm ſi rem furtiuam poſſideat, adeò vt ſi dolo fecerit, quo minus poſſideat, prius agendum ſit contra eum ad exhibendum, vt res ab eo exhibita vindicari demum poſſit *leg. 1. infr. de priuat. delict.* at condictione furtiua tenetur omnimodo, etiamſi rem furtiuam neque poſſideat neque exhibeat *dict. l. 1. & §. prox. infr.* Verum tamen eſt, ſi actor alterutra actione ſiue condictione, ſiue vindicatione rem ſuam recuperauerit, alteram actionem tolli, quia cùm vtraque detur ad rei recuperationem, vt ſcriptum eſt in *d. l. ſi pignore §. cùm furti*, non poteſt eadem res bis recuperari. Eligere igitur actor debet, an vindicatione agere malit, an condictione *d. l. ancilla & l. vltim. Cod. de noxal. act. §. vltim. Inſtit. de act. quæ ex deli. naſcunt.* ex quibus probatur actiones iſtas electiuè & alternatiuè non cumulatiuè competere, quomodo & actio furti competit cum actione mandati in ſpecie *l. 1. Cod. de furt.* variis enim actionibus contra furem agere permiſſum eſt, vt in omnibus condemnetur, ſed vt arbitrium eligendi relinquatur, vt in *l. cùm filius 76. §. variis de leg. 2. l. quod in herede 9. §. eligere de tribut. act.* Quod autem pertinet ad actionem ad exhibendum, certum eſt eam quoq; competere contra furem, ſiue poſſideat ſiue dolo malo deſierit poſſidere: itémque contra heredem furis, ſed tanquam præparatoriam vindicationis non cōdictionis. Scripſi latiùs ad *l. 1. ſup.*

2 ¶ Condictio rei furtiuæ, quia rei habet perſecutionem, heredem quoque furis obligat: nec tantùm, ſi viuat ſeruus furtiuus: ſed etiam, ſi deceſſerit [a], ſed & ſi apud furis heredem diem ſuum obiit ſeruus furtiuus, vel non apud ipſum, poſt mortem tamen furis: dicendum eſt, condictionem aduerſus heredem durare. Quæ in herede [b] diximus, eadem erunt & in cæteris ſucceſſoribus.

*Ad §. 2. Condictio.*

RAT. DVB. Solus fur condictione furtiua tenetur *l. ſi duo 13. §. Idem Iulianus ſupr. de iureiur.* Atqui heres furis fur tamen non eſt, niſi rem furtiuam denuo contrectet inuito domino, & animo furandi: quo caſu perſona poſſeſſoris mutata, naſcitur noua furti actio, itémque condictio, priore tamen manente *l. interdum fur 56. in princip. infr. de furt.* Imò verò fieri non poteſt, vt heres furis rem furtiuam contrectet, ſeque eo nomine & propria perſona obliget, aut actione furti aut condictione furtiua, cùm res periit viuo adhuc fure. Et tamen hoc etiam caſu apertè ſcribit hîc Iulianus condictione furtiua teneri heredem: non ergo tanquam furem, ſed tanquam heredem furis, neque ex proprio, ſed ex alieno delicto. Ergo pugnat hæc Vlpiani ſententia cum iuris ratione, ſed multo magis cum ea propoſitione quam habent plerique pro certiſſima iuris regula, actiones, quæ ex delicto proficiſcuntur, etiamſi ſint merè rei perſecutoriæ, nunquam tamen dari contra heredem, niſi de eo quod peruenit, in eóque conuenire cum pœnalibus mixtis, differre autem à merè pœnalibus, quas iidem negant dari vllo modo debere contra heredem, nec ſi locupletior ex defuncti ſcelere factus ſit. In quo probando mirum eſt quantopere ſe torſerit non ita pridem vir quidam magni inter ſuos nominis pereruditus ſanè nec inſubtilis, qui ex profeſſo contra nos ſcripſit Benedictorum per antiphraſim libros quatuor, vt probaret non quod prius pro Cuiacio contra Vlpianum verius quàm contra nos, tam pertinaciter defenderat condictionem furtiuam, quia ſit ex delicto, non poſſe dari in ſolidum contra heredem, ſed inuerſa iam ſententia, planéque peruerſa Iuriſprudentia, condictionem furtiuam quam fateri vel inuitus cogitur, dari in ſolidum contra heredem, non naſci ex delicto, ſed ex ſua, inquit, ſuæ cauſæ figura, quaſi fieri nequeat vt naſcatur ex delicto & detur nihilominus in ſolidum contra heredem. In quo non tantùm nos habet aduerſarios, & omnes quotquot vnquam prudentes aut prudentum interpretes de condictione furtiua ſcripſerunt, ſi vnum Accurſium excipias ad hunc §. ſed ipſum etiam Doctorem ſuum Cuiacium, qui maluit aduerſus expreſſam Vlpiani ſententiam in hoc §. & in l. 9. infr. negare condictionem furtiuam dari in ſolidum contra heredem, quàm in tam abſurdum errorem incidere, vt diceret condictionem furtiuam non naſci ex delicto, contrà quàm apertiſſimè ſcriptum eſt in *l. ſi ambo 10. §. quoties infr. de compenſat. l. ſi mulier 71. §. hæc actio infr. rer. amot. d. l. ſi duo 13. §. idem Iulianus ſupr. de iureiur. l. ſed ſi damnum alias l. peculium §. ſiue autem de pecul. infr. & l. ſi ſeruus 4. ſupr. tit.* vbi dicitur ex hac cauſa condictionis furtiuæ dari noxalem actionem in dominum, quæ tamen non datur niſi cùm actio ex maleficio naſcitur *l. 1. §. cùm ſeruus ſupr. de his qui deiec. vel eff. & tot. ti. de noxal. act.* Sed decidendi ratio quam adfert Vlpian. in hoc §. errores iſtos omnes aut potius ineptias euidenter profligat. Ait enim Vlpianus dari condictionem furtiuam etiam aduerſus heredem filiis, quia, inquit, rei habet perſecutio-

ſecutio-

ſecutionem, vt intelligamus nihil hac in re fieri iure ſingulari, quod tamen etiam Bartolus & alij malè crediderunt, ſed ex iuris communis regula, quę ſi aliunde non probaretur, vel ex hoc vno tamen loco confirmaretur, actiones omnes ciuiles quę ſui natura ſunt merè rei perſecutoriæ, licèt naſcantur ex delicto, dari tamen in ſolidum contra heredem. Non enim dantur quatenus ex delicto ſunt nec ſub illa præciſè formalitate, ſed quatenus rei perſecutionem ſui natura continent. In quo actionum genere nihil habet heres quod cauſari poſſit, cur ex iis conueniri non debeat, cùm defuncti perſonam repræſentet. Probatúrque hæc noſtra ſententia aut potius ratio ab Vlpiano hîc allata ex pluribus aliis locis, ad quos dum reſpondere vult aduerſarius, nihil niſi aerem verberat, aliíſque mille ſe innoluit erroribus. Ac primùm probatur ex §. *his verbis. Inſtit. de lege Aquil.* vbi ſcriptum eſt actionem legis Aquiliæ non dari contra heredem, ideò quòd ſit pœnalis, quòd in ea fiat æſtimatio ſupra quam damnum datum ſit: tum ſubiicitur *Quæ actio tranſitura fuiſſet*, ſcilicet in heredem, & in ſolidum, ſi vltra damnum nunquam lis æſtimaretur: nec enim aliter is locus intelligi poteſt, quàm vt eo caſu tranſitura fuerit actio in ſolidum contra heredem, quandoquidem tum quoque cùm pœnalis eſt, tranſit nihilominus in heredem de eo quod ad ipſum peruenit quamuis pœnalis ſit *l. inde Neratius 23. §. hanc actionem ſupr. ad legem Aquil.* Cur verò tranſiret in ſolidum contra heredem, ſi lis in ea nunquam ſupra damnum æſtimaretur, niſi quia eſſet merè rei perſecutoria, ex parte tam actoris quàm rei? Et tamen an eò minùs obſecro eſſet ex delicto? An verò etiam dicerent aduerſarij fore illam eo caſu ex quaſi contractu aut ex ſua ſuæ cauſæ figura, vt illi de condictione furtiua ſomniant? Daretur ergo in ſolidum contra heredem ex mera ratione iuris: nec tamen ex alia regula, quàm ex ea quę ponitur hîc ab Vlpiano, quòd actiones ciuiles quæ ſunt ſui natura merè rei perſecutoriæ ex parte tam actoris quàm rei, dandæ ſint in ſolidum contra heredem, id eſt, etiamſi aut nihil aut minus ad eum peruenerit. In quarum numero eſſet vtique actio legis Aquiliæ, ſi in ea lis nũquam vltra damnum æſtimaretur. Nec ſanè ad textum illum reſponderi poteſt quicquid aduerſarij cauillentur. Nam quod aiunt ex vno & altero loco tam obſcuro & controuerſo non debere ſumi generalem iuris regulam, ridiculum certè eſt: quid enim eſt *in dict. §. his autem verbis*, quod tam obſcurum vel per inſcitiam & imprudentiam interpretis videri aut fieri poſſit? Tolerabilius eſt quod vulgares interpretes iactare ſolent, quoties textu aliquo vrgentur ad quem non habent quid reſpondeant, non eſſe faciendum fundamentum ſuper textu qui recipiat varios intellectus. Quamquam ne id quidem aduerſariis noſtris effugium præbere aliquod poſſit: quem enim alium intellectum ſupradicta Iuſtiniani verba poſſent admittere? niſi fortè illum quem iidem aduerſarij ſubtiliter ſi diis placet inuenerunt, exiſtimantes actionem quidem legis Aquiliæ tranſituram fuiſſe in heredem in ſolidum, ſi vltra damnum nunquam lis æſtimaretur: at nó quòd actiones ex delicto merè rei perſecutoriæ in ſolidum competant aduerſus heredem, vt nos cum Vlpiano defendimus, multò minùs quòd actio merè rei perſecutoria tunc eſſet, ſed quòd eo caſu quo nunquam vltra damnum lis æſtimaretur, ea æſtimatio, inquiunt, ſimilis foret venditioni, in quam quaſi venditionem ſuccedere heres toleraretur iuſtiùs, quàm in delictum vere procreans actionem merè rei perſecutoriam *arg. l. ſed & ſi 7. §. 1. ſupr. de Public. in rem act. l. ſi propter 22. infrà rerum amotarum. l. 5. infr. pro emptor.* Quaſi verò iam occiſus homo & mortuus poſſit vendi, quod certè ridiculum eſt dicere, cùm in hominum commercio non ſit, qui nec in rerum natura eſt, ne ſpe quidem *l. nec emptio 8. l. & ſi conſenſum 15. infr. de contrah. empt. l. ſi homo mortuus 69. infr. de verborum obligationibus. l. 4. ſupr. qui ſatiſdar. cog.* Quamuis interdum æſtimari hominem mortuum neceſſe ſit, vt actori ſatisfiat, vt in hac ipſa actione legis Aquiliæ, de qua tractamus & in condictione furtiua ſi furtiuus homo perierit *l. proxim. infr. hoc tit.* & in ſpecie *l. in actionibus 5. verſ. planè ſupr. de in litem iur. l. ſi ſeruum 91. §. vltim. de verborum obligationib. infr.* Non enim omnis æſtimatio facit venditionem, ſed eius tantùm rei quæ extat & vendi adhuc poteſt, vt in *dict. l. ſi propter*, & aliis contra nos adductis, quibus poſſis iungere *l. eius rei 46. cum ſeq. ſupr. de rei vindic.* Nimirum id agunt aduerſarij ſubdolè, quantum poſſunt, vt actionem quoque legis Aquiliæ comminiſcantur ex contractu vel quaſi contractu deſcendere potius quàm ex delicto, perinde atque condictionem furtiuam: ita variantes pro arbitrio contractum, vel quaſi contractum in delictum, & delictum in contractũ vel quaſi contractum, quod nec quidem eos pudet tandem adfirmare: quam tamen mirabilem metamorphoſim iidem ipſi nec immeritò alibi vocant. Alia enim contrahendi cauſa eſt, alia delinquendi, inquit Vlpianus in *l. 1. §. ſed ſi cum quolibet. infr. de exercit. action.* Rideamus ergo iſta & contemnamus, non refutemus, quamquam non poſſumus prætermittere nimis abſurdum eſſe, ſi quis dicat tranſituram fuiſſe actionem legis Aquiliæ contra heredem, ſi nunquam vltra damnum lis æſtimaretur tanquam ſuccedente hoc caſu herede in quaſi venditionem potius quàm in delictum: nec enim illa quaſi venditio vlla eſſe poſſet ante præſtitam æſtimationem, quam tamen præſtari omnimodo neceſſe eſſet propter delictum. Obligaretur ergo heres in ſolidum quatenus heres delinquentis, non quatenus heres emptoris, nam qui ſeruum occidiſſet, nec eius æſtimationem adhuc præſtitiſſet, delinquens tantùm nunquam verò emptor fuiſſet, inciperet ſiquidem emptio ab herede qui primus & ſolus litis æſtimationem præſtitiſſet, non à defuncto, quamuis præſtandæ æſtimationis neceſſitatem ex delicti ſui cauſa heredi reliquiſſet. Neque rurſum poſſet ea quaſi venditio impediri eo quoque caſu, quo ſupra damnum lis æſtimaretur. Nam & cùm in rei vindicatione actor in infinitum, & ſine vlla taxatione iurauit, vt in *l. qui reſtituere 68. ſupr. de rei vindic.* præſtita litis æſtimatio à poſſeſſore nolente per contumaciam rem reſtituere, non eò minùs facit emptionem & venditionem, adeóque transfert dominium rei æſtimatæ in poſſeſſorem ſi res ſit præſens *dict. l. eius rei & ſequ. eodem tit.* Nihil ergo facit ad inducendum in actione legis Aquiliæ commentum hoc quaſi venditionis, an vltra damnum lis æſtimetur, an non. Itaque prudenter faciunt aduerſarij qui hanc ſuam interpretationem ita concludunt *ſaltem ita nobis videtur donec explicatio ſuggeratur non melior*, niſi quod feciſſent prudentius ſi meliorem à Deo mentem precati fuiſſent, meliorem enim explicationem fruſtra

expectant, quamuis peiorem certè afferre non potuerint.

Tertia probatio noſtra eſt ex *l. Gaius Seius inſr. de Senatuſconſulto Syllaniano*, vbi tractans Paulus de ſorore herede inſtituta à fratre, qui cùm langueſceret queſtus fuerat occidi ſe veneno à ſeruo ſuo, & quæ neglecta vltione deceſſerit. Quærit, an, ſi extiterit aliquis qui bona defuncti nunciaret fiſco, morte ſororis extinctum ſit crimen? Et reſpondet cauſam de qua quæritur, cùm ſit pecuniaria, morte ingratæ heredis extinctam nõ videri. Senſus enim eſt, actionem quam Senatuſconſultum Syllanianum induxit contra heredem, qui defuncti necem vltus non eſt, quamuis deſcendat ex crimine heredis, qui necem defuncti omnimodo vlciſci debuit, ne ingratus videretur *l. cùm fiſco 9. eod tit.* quia tamen merè pecuniaria & rei perſecutoria eſt, quę ſcilicet non ad irrogandam heredi pœnam aliquam datur, ſed ad hoc tantùm vt ei tanquam indigno bona auferantur *l. 1. inſ de iur. fiſc l. 1. & 3. Cod. de his quib. vt indign.* morte heredis non extingui, licèt crimen ipſum extinctum ſit: ſed perinde contra heredis heredem, quamuis innocentem competere. Atque contra primum heredem competeret qui ingratus fuiſſet. Eſt igitur hoc tertium exemplum actionis ciuilis (introducta enim eſt SC. Syllaniano) ex delicto, id eſt, heredis ingratitudine proficiſcentis, & quæ tamen, quia ex ſui natura merè rei perſecutoria eſt ex parte tam actoris quàm rei, datur contra heredem heredis in ſolidum, etiamſi minus ex occiſi bonis ad eum peruenerit quàm ad primum heredem perueniſſet, ne quis fortè cum aduerſariis reſpondeat, teneri hoc caſu heredis heredem quaſi poſſeſſorem quemlibet non tanquam heredem. Nam cùm bona defuncti auferenda ſint heredi, tanquam indigno, & poſt aditam ab ipſo hereditatem *l. neceſſarios 5. §. non alias, & l. Senatuſconſulto 8. §. 1. de SC. Syllan l. cum fratrem 9. C. eod.* nec is cui tanquam indigno bona auferuntur ideò deſinat heres eſſe *l. ex facto 43. §. vlt. inſr. de vulg. & pupill. ſubſt.* omnino conſequens eſt, vt cauſa perſecutionis bonorum ob inultam mortem defuncti non alio iure contra heredis heredem tractari poſſit, quàm quaſi contra heredem, & eo prorſus modo, quo contra heredem ipſum primum tractaretur, quaſi bonis illis per primum heredem ſcelere acquiſitis, ac proinde heredi ſecundo extorquendis, vt ſolent cætera lucra turpia *l. in heredem 5 ſup. de calumniat.* quę licèt non extorqueantur heredibus, quatenus ad eos peruenerunt, extorquentur tamen tanquam heredibus non tanquam poſſeſſoribus quibuſlibet, quoniam & ad eos pertinet defunctorum famam & innocentiam, ſi qua ſit, defendere, ne quid ſcelere quæſiiſſe videantur. Eáque ſententia eſt *l. Lucius 9. inſr. de iur. fiſc.* vbi dicitur extincto crimine non ideo perſecutionem eorum quæ ſcelere quæſita ſunt, eſſe denegãdam. Et quod aduerſarij obiiciunt, fiſco vindicationem bonorum competere, verum quidem eſt poſt cauſam bonorum publicationis peractam, ſi in ea fiſcus obtinuerit, quem tamen plerunque contingit ſuccumbere, ſed cauſam publicationis præcedere & ante peragi neceſſe eſt, quod neque cum poſſeſſore quolibet, neque cum alio quàm cum heredis herede fieri certè poteſt. Et verò teneri heredis heredem hoc caſu non quaſi poſſeſſorem, ſed quaſi heredem, & ſupra etiam quàm ad eum ex ſcelere defuncti peruenerit, ex eo apparet, quod cùm heres ipſe qui defuncti necem vltus non eſt, ex eo manifeſtè apparet, quòd quemadmodũ heres indignus omnes fructus quos percepit & conſumpſit, adeóque fructuum in hereditate inuentorum, & exinde perceptorum vſuras cogitur reddere *d. l. 1. C. de his quib. vt indign.* Ita & heres heredis, ne meliore condicione ſit, quàm defunctus: cùm tamen neque ex fructibus à primo herede conſumptis, neq; ex vſuris fructuum aut exactarum pecuniarum, quarũ vſuras nullas fortaſſe primus heres perceperat, ad ſecundum heredem perueniſſe videri poſſit. Item ex eo quod fideicommiſſum, quod ex bonis fiſco reſtituendis heres indignus deducere alioqui potuiſſet, ſicut heres ipſe indignus non poteſt deducere *l. propter 21. §. 1. inſr. de SC. Syllan.* quia dolus eius punitus eſt, vt inquit ibi Papinianus: ita neque heredis heres deducit. Atque ea ratione plus certè reſtituit fiſco quàm ex ſcelere hęredis ad eum peruenerit ex bonis occiſi. Nec enim antiquius illud fideicommiſſum, quod deduci poterat, de bonis occiſi fuerat, ſed de bonis alterius qui occiſum grauauerat *l. coheredi. §. cùm filia, de vulg. & pupill. ſubſtit l. ſequens quæſtio 68. l. cùm pater 77. §. Titio fratri antepen. de leg. 2. l. an imponenda 6. & l. irritam 8. C. ad leg. Falcid.* Nec proinde ex ſcelere primi heredis fideicommiſſum illud ei quæſitum fuerat, ſed ex liberalitate primi teſtatoris. Abſurdum namque eſſet deductionem, quam primus heres ex bonis fiſco reſtituendis facere non potuit, permitti ſecundo heredi facere, qui tanquam heres conuentus non plus iuris habere poteſt quàm is à quo cauſam habeat.

Quarta probatio eſt ex *l. fraudati 8. in princ inſ. de public & vectigal.* vbi ſcriptum eſt fraudati vectigalis crimen ad heredem eius qui fraudem contraxit transmitti, id eſt, perſecutionem rei quæ ob fraudatum vectigal in commiſſum incidit licet deſcendat ex crimine fraudati ſcilicet vectigalis, dari tamen in heredem, & quidem in ſolidum, quia quod ad commiſſum attinet, merè rei perſecutoria eſt actio. Nec diſſimiliter in *l. cotem 11. §. illicitarum eod. ti.* Paulus ſcribit, illicitarum mercium perſecutionem heredem quoque affligere. Vbi notandum eſt quòd perſecutionem dicit non vindicationem. De hoc ipſo enim ſemper & ante omnia cognoſcendum & agendum eſt, an illicitæ merces fuerint, priuſquàm ſciri poſſit, an commiſſo locus ſit. In eámque rem neceſſaria eſt actio & facti cognitio & pronunciatio, cùm ex pleriſq; cauſis fieri poſſit, vt vel in commiſſum merces nõ ceciderint, vel excuſandus ſit ille qui vectigal fraudaſſe dicitur, vt in *l. vlt. § ſi propter neceſſitatem 8. & ſeqq. vſque ad fin. eod. tit.* Dicitur autem hæc actio perſecutio, quia in perſonam eſt, nec tamen iuris ordinarij habet executionem, vt in *l. pecunia 178. § actionis de verbor. ſignif.* ſolus enim Procurator Cæſaris de commiſſis cognoſcit, vt de aliis cauſis ad fiſcum pertinentibus quamuis non de crimine *l. 1. & 2. l. cùm aliquid. Cod. vbi cauſ. fiſcal l. 3. C. de his quib. vt indig.* ſicut nec alius, quàm Cæſar ipſe legem facere poteſt, quæ cõmiſſi pœnam irroget, aut quæ vectigalia imponat *l. vectigalia 10. l. Cæſar 15. eodem tit.* Vlpianus denique in *l. commiſſa 14. eod. tit. de public. & vectig.* diſertè ſcribit commiſſa vectigalium nomine etiam ad heredem, id eſt, contra heredem transmitti, & cõmiſſi perſecutionem ſicut aduerſus quemlibet poſſeſſorem, ita & aduerſus heredem competere, quod procul dubio non aliter accipi poteſt quã vt competat contra heredem etiamſi non ſit poſſeſſor. Alioqui nihil adderet Vlpianus, cùm addit dari etiam contra heredem, ſi, vt putant aduerſarij, non

alia

alia de cauſſa, quàm quia poſſeſſor eſſet, teneretur. Nam & illa inter poſſeſſorem commiſſi & heredem fraudatoris differentia admittenda eſt, quòd poſſeſſor ſicuti non aliam ob cauſam tenetur, quàm quia poſſeſſor eſt, ita nec in plus quàm quod poſſidet, quandoquidem nec niſi vindicatione conueniri poteſt, quæ datur contra poſſidentem, & quatenus poſſidet. At heres fraudatoris, quia perſonali quoque actione & perſecutione tenetur *dict. §. illicitarum*, vt ſcilicet defuncti qui fraudaſſe dicitur, innocentiam poſſit defendere, probãdo nihil in fraudem legis commiſſum eſſe, tenetur proculdubio in ſolidum probata fraude defuncti, etiamſi nihil ad eum ex commiſſis rebus peruenerit, quia ſcilicet mera rei perſecutione tenetur ex ſententia nimirum & ratione huius noſtri §. alioqui nihil differret ab herede publicani, qui contra edictum prætoris illicitè aliquid exegiſſet, nam & in eum heredem quatenus factus eſſet locupletior, actio danda eſſet *l. 4. in princ. eodem tit. de public.* Denique ſi non teneretur heres fraudatoris, niſi quatenus poſſeſſor eſſet, vt volunt aduerſarij, vtique ſuo nomine non quaſi heres teneretur, & inepta eſſet quæſtio, an in heredem dari deberet, quæ non daretur niſi contra poſſidentem *l. de eo 12. §. vlt.* vbi eſt tex. elegans *ſupr. ad exhibend.* Et mala eſt aduerſariorum ratiocinatio, cùm inferunt heredem fraudatoris perſonali actione teneri non poſſe ex eo, quod in *dict. l. commiſſa 14.* dictum eſt commiſſum ſtatim deſinere eius eſſe qui crimen contraxit, dominiumque rei vectigali acquiri: id enim tacitam conditionem neceſſariò recipit, ſi modò crimen admiſſum eſſe probetur, de quo ante omnia cognoſci & pronunciari oportet. deinde & fraudatorem & rem commiſſam tradi ad pœnam, vt Marcianus loquitur in *l. vlt. §. 1. in fin. eod. tit.* ne aliter poſito iure accideret, vt fiſco crimen obiicienti omnimodo credi oporteret, & ad criminis probationem ſufficeret accuſatio, quod tamen nec in crimine læſæ Maieſtatis receptum eſt, quod etiam ab heredibus purgari poteſt antequam hereditas fiſco vindicetur *l. vlt. infr. ad legem Iul. Maieſt. l. ex iudiciorum 20. infr. de accuſ.* vbi à generali regula quæ habet, ex delictis etiam publicis pœnam incipere ab herede non aliter poſſe, quàm ſi viuo reò accuſatio mota ſit. Excipit Modeſtinus crimina repetundarum, & maieſtatis, quæ etiam mortuis reis, cum quibus nihil actum eſt, placuit tamen exerceri poſſe contra heredes vt niſi defunctorum innocentiam probauerint, & crimen purgauerint, bona fiſco vindicentur. Nec quod interim reus nihil ex bonis ſuis alienare poſſit, nec ſeruum vllum manumittere, vt in *ead. l. ſequitur* facere poteſt, vt iam pro condemnato haberi debeat, ſed vt fiſci commodis conſulatur, ſi condemnationem tandem ſequi contingat, quam præcedere ſemper oportet, vt fiſcus vindicationẽ habere poſſit, quomodo eadem lex probat: itémque *lex poſt contractum 15. infr. de donat. l. quæſitum 15. infr. qui & à quib. manumiſſ. liber. non fiant l. eius qui 29. infr. de iur. fiſc.* Quiſquis enim accuſat, crimen deferat, delatum adprobet, cùm probauerit, & victoriam reportaturus & gloriam, vt Impp. loquuntur in *l. iubemus 4. C. ad legem Iul. repetund.* Iunge duas poſtremas leges, quæ ex Paulo & Marciano additæ ſunt in *tit. C. ad legem Iul. Maieſt.* Hinc verò quintam ſumimus concluſionis noſtræ probationem, nam ſi qua actio eſt, quæ ex delicto ſit, & quidem atrociſſimo, & quæ idcirco ſecundùm aduerſariorum ſententiam dari non deberet in heredem, niſi quatenus ad eum perueniſſet, hę maximè actiones eſſent, quæ ex criminibus læſę Maieſtatis, peculatus, & repetundarum proficiſcuntur, & tamen quia ſunt rei perſecutoriæ, & quatenus meram rei perſecutionem continent, dantur in heredem, & quidem in ſolidum, etiamſi aut nihil, aut minus ex defuncti ſcelere ad eum peruenerit: alioquin nihil haberent ſingulare huiuſmodi actiones, cùm ex cæteris quoque publicis iudiciis omnibus ſicut & ex priuatis, quæ à delicto trahunt originem ſemper, & omni caſu turpia lucra heredibus extorquentur *dict. l. in heredem ſupr. de calumniat. l. ſicuti 38. de regul. iur. l. vnic. Cod ex delict. defunct.* Sed & cùm ex quo quis aliquod ex ſupradictis cauſis crimen contraxit neque ex bonis ſuis alienare quidquam neque manumittere poſſit *dict. l. ex iudiciorum, & dict. l. quæſitum 15. qui & à quibus man.* apparet ſi quid reus malè alienauerit quod poſtea perierit, ita vt neque res, neque pretium in hereditate inueniatur, condemnandum nihilominus heredem, vt conuicto reo ęſtimationem fiſco præſtet, ergo etiam id quod ad eum non peruenit. Ac proinde fatendum eſt, teneri hoc caſu heredem non quatenus poſſeſſor ęſt, vt volunt aduerſarij, ſed quatenus heres eſt, nec ſola rei vindicatione, vt iidem exiſtimant, ſed actione ipſa ex crimine, quatenus tamen meram rei perſecutionem non pœnam corporalem continent. Id enim eſt quod Papinianus ſcribit in *l. donationes 31. §. vlt. infr. de donat.* ratas eſſe donationes non poſſe quæ poſt crimen perduellionis contractum factæ ſunt, *cùm*, inquit, *crimen illud heredem quoque teneat etſi nondum poſtulatus vita deceſſerat.* Quamquam, meo iudicio, ſeparandum eſt crimen læſæ Maieſtatis à cæteris repetundarum, peculatus & de reſiduis, quia in crimine læſæ Maieſtatis bonorum ademptio ſiue ipſi reo ſiue heredi eius infligatur, mera pœna eſt non rei perſecutio: nec enim bona eius qui Maieſtatem læſiſſe dicitur, fuerũt vnquam fiſci aut reipublicæ aut Cæſaris, niſi fortè eo ſenſu quo Seneca ſcripſit omnia eſſe Cæſaris, ſed imperio ſcilicet, non dominio. At in criminibus repetũdarum, peculatus & de reſiduis nulla quæſtio eſt, niſi de ablata & ſubrepta pecunia publica, vt ea nimirum reſtituatur *l. vlt. infr. ad leg. Iul. pecul.* Vbi ratio hæc redditur cur tria illa iudicia ſimiliter in heredem, vt in defunctum exerceantur, quia, inquit Papinianus, in his tribus iudiciis quæſtio principalis pecuniæ ablatæ moueatur. Etſi enim cùm repetundarum vel peculatus pecuniariè agitur, pœna eſt quadrupli *l. 1. C. ad legem Iul. repet. l. ſacrilegij 6. in fin. l. pen. inf. ad leg. Iul. pecul.* & lege de reſiduis damnatus amplius tertia parte, quàm debeat, punitur *l. 4. §. qua lege eod. tit.* quæ pœna quadrupli etiam in heredem datur (alioquin non ſimiliter exerceretur in heredem, vt in defunctum *dict. l. vlt.* niſi quod contra heredem duntaxat datur in heredes intra annum ex verbis ipſis legis Iulię repetundarũ *l. 2. infr. ad leg. Iul. repet.*) ea tamen pœna non venit niſi in conſequentiam principalis quæſtionis cuius reſpectu actio eſt merè rei perſecutoria, ideóque ex ipſa iuris ciuilis regula tranſiret in ſolidum aduerſus heredem, & quidem etiam poſt annum & in perpetuum, ni verbis legis Iuliæ contrà cautum fuiſſet. Ex quo magis intelligimus dari actionem repetundarum contra heredem quatenus heredem & in ſolidum, non vt aduerſarij volunt, quatenus contra poſſeſſorem quemlibet, & de eo tantùm quod ad eum peruenerit: nam ſi daretur tanquam contra poſſeſſorem, & de eo tantùm quod ad eum

peruenisſet, vtique daretur poſt annum, & perpetuò ex regula *legis 4. infr. de interdict. l. 1. in princ. l. 3. §. 1. infr. de vi & vi arm.* Ceſſante enim poſt annum lege Iulia repetundarum attamen quod ſcelere defuncti quæſitum eſſet, heredi ſemper auferre oportet *l. cùm falſi 12. infr. ad leg. Cornel. de falſ.* Nunquam enim permittendum eſt vt heres ex defuncti ſcelere ditetur *dict. l. 5. ſupr. de calumn. dict. l. ſicut 38. de reg. iur. d. l. vnic. C. ex delict. defunct.* & aliis ſexcentis. Nam quod aduerſarij ſuo ingenio contrariam regulam aſtruũt, ex maleficiis merè pœnales actiones in heredem rei protſus non competere etiamſi aliquid ad eum peruenerit, apertiſſimè falſum eſt, & repugnans legibus omnibus, quæ dicunt turpia lucra heredibus eſſe extorquenda ſine vlla actionum diſtinctione. Imò verò, quo magis actio pœnalis eſt, eò minùs æquum eſt turpe lucrum defuncti apud heredem remanere, licèt pœna in heredem non tranſeat *d. l. cùm falſi. dict. l. in heredem 5. de calumn.* Actionem enim de calumniatoribus quæ in quadruplum datur, merè pœnalem eſſe non mixtam appareteuidenter ex *l. ſi quis 7. in princip. & §. 1. eodem titul.* vbi is qui pecuniam dedit ne calumnia mihi fieret, pecuniã quam dedit, repetit, & ego nihilominus ago in quadruplum, quod proinde hoc caſu totum pœna eſt. Et falſi accuſationem criminalem ex lege Cornelia de falſis deſcendentem totam merè pœnalem eſſe nemo dubitat, & tamen finita accuſatione & extincto crimine morte rei, conſtat heredem teneri, vt turpe lucrum omne reſtituat *dict. l. cùm falſi.* Neque verò in tot legibus quas aduerſarij aduerſus nos congerunt, & quibus integras onerant paginas, ex quibus probari non negamus actiones merè pœnales in heredem non tranſire, vlla tamen lex eſt quæ adiiciat quod illi comminiſcuntur, *etſi aliquid ad heredem peruenerit*. Qua de re ſi vel vnam legem proferant, libenter cedimus, & victos nos agnoſcimus. Nec mouemur ex *dict. l. 2. ad legem Iul. repet.* quæ actionem repetundarum quamuis rei perſecutoriam, vt ſuprà diximus, anno tamen finiri vult aduerſus heredem. Id enim ſpeciali quodam iure verbis ipſis legis Iuliæ ita conſtitutum eſt, miſeratione heredis contra quem iudicium ſimiliter, vt contra defunctum exerceri ſolet, *dict. l. vltim.* id eſt, vt interpretati ſumus, etiam cum pœna quadrupli (vt tantùm poſſit in his iudiciis priuilegium criminis & accuſationis, quantum in aliis poteſt litis conteſtatio *dict. l. ex iudiciorum*) qua tamen in perpetuum teneri heredem eo prætextu, quòd principalis quæſtio ſit de rei perſecutione, duriuſculum ſanè eſſet: ſed illud tamen multò durius, vt heres de eo quod ad ipſum ex ſcelere defuncti perueniſſet, poſt annum non teneretur, cùm in eo nullus heredis fauor eſſe poſſit & debeat, cur in minus teneatur, quàm defunctus. Quod tamen Accurſius cæterique interpretes ad *dict. l. 2.* non videntur percepiſſe, exiſtimantes non teneri heredem actione illa repetundarum; ne quidem de eo quod peruenit niſi intra annum. Sed longè imperitius faciunt aduerſarij, qui quod ſcriptum eſt in *dict. l. vltim. ad legem Iul. pecul.* heredem ſimiliter teneri in tribus illis iudiciis peculatus, repetundarum, & de reſiduis, ſic intelligunt, vt non teneatur niſi tanquam poſſeſſor, quaſi verò nec defunctus teneretur, niſi quatenus poſſeſſor, non autem quia deliquiſſet. Vnde & tandem eò amentiæ deueniunt, vt bonorum defuncti vindicationem, quæ fiſco datur poſt condemnatam defuncti memoriam, dicant procedere ex lege ipſa Iulia magis quàm ex delicto, quaſi accuſationes & actiones quæ ex legibus publicorum iudiciorum deſcendunt, non ſint ex delicto, niſi fortè putant crimina ipſa publica non eſſe crimina nec delicta. Confirmatur ergo noſtra regula optimè ex *dict. l. vltim. pecul.* quæ vult tria ſupradicta iudicia ſimiliter dari in ſolidum contra heredem, propterea quòd in principali quæſtione quę eſt de ablata pecunia, meram rei perſecutionem contineant, licet perſecutionem illam pœna quadrupli concomitetur intra annum: quaſi in omni actione non tam acceſſorium ſpectandum ſit, quàm principale prædominans, cuius naturam ſequitur ſemper acceſſorium. Quod ſi tota quæſtio eſſet de ablata pecunia non etiam de pœna, darentur proculdubio tria illa iudicia contra heredem, etiam poſt annum tanquam merè rei perſecutoria, quamuis non eò minùs futura eſſent ex delicto.

VI. concluſionis noſtræ PROBATIO eſt ex *l. pupillum 111. §. 1. de regulis iuris.* Vbi Caius ſcribit in heredem non ſolere tranſire actiones pœnales ex maleficio, veluti furti, damni iniuriæ, vi bonorum raptorum, & iniuriarum. Ex quibus exemplis apparet ſic intelligi Caium, vt actiones illæ pœnales non tranſeant in ſolidum aduerſus heredem: nam de eo quod ad heredem peruenit, tranſire in eum actionem damni iniuriæ, id eſt, legis Aquiliæ iam ſuprà diximus ad *l. inde Neratius. §. hanc actionem ſupr. ad legem Aquil.* Ita ergo ſcripſit Caius de actionibus ex maleficio pœnalibus, vt comprehenderet omnes quidem actiones pœnales ſiue merè pœnales, qualis eſt actio furti, ſiue mixtas, quales ſunt damni iniuriæ & vi bonorum raptorum *§. vi autem 19. & præcedenti. Inſtit. de act.* Nam & mixtæ ex pœnalibus dicuntur abſolutè pœnales & pœnalium naturã habent, vt non magis dentur contra heredem quàm merè pœnales *d. §. hanc actionem.* ſed ad excluſionem actionum ex maleficio, quæ non ſunt pœnales, ac proinde quæ ſunt merè rei perſecutoriæ, vt ſcilicet dentur contra heredem, ergo in ſolidum licet ſint ex maleficio. Alioqui ſi non darentur niſi de eo quod ad heredem peruenit, nulla eſſet prorſus hac parte differentia inter actiones ex maleficio pœnales ſaltem mixtas (ne de merè pœnalibus iterum cum aduerſariis diſputemus) & merè rei perſecutorias. Atque ita debuiſſet Caius regulam concipere de actionibus omnibus ex maleficio explicitè & indiſtinctè, non de actionibus ex maleficio pœnalibus. Item ad excluſionem & differentiam actionum ex contractu pœnalium, quæ non dantur niſi dolo interueniente, & ad puniendum dolum quæ licet ſint pœnales, dantur tamen aduerſus heredem in ſolidum, quia ex contractu reíque perſecutione deſcendunt *l. ſi hominem 7. §. datur*, vbi dicemus latius *infrà depoſ. l. ex depoſiti ta. l. ex contractibus 49. de obligationibus & actionibus, l. ad ea 157. §. in contractibus, de regulis iur.* licet aliter Tribonianus ſcripſerit in *§. aliquando. Inſtit. de perpet. & temp. act.* Quod ſi actiones ex contractu pœnales tranſeunt in ſolidum aduerſus heredem, multò facilius admittendum eſt, actiones ex maleficio quæ non ſunt pœnales, ſed meram rei perſecutionem continent, in ſolidum quoque aduerſus heredem competere, in quo numero certè eſt condictio furtiua ſi qua vſquam alia *dict. l. in condictione 9. infr. hoc tit.* Septima eiuſdem noſtræ concluſionis probatio ſumi poteſt ex *l. liberum 9. de relig. & ſumptib. funer.* vbi tractans Caius de actione in factum quæ datur contra eum, qui pro-

hibuit mortuum eò inferre quò inferendi ius fuit, aut mirari ſe cur conſtare videatur eam neque heredi, neque in heredem dari, nec dubitat quin & heredi & in heredem danda ſit : quod & ſcriptúm eſt ab Vlpiano in *l. ſi filiusfamilias 31. §. 1. eod. tit.* ſcilicet in ſolidum non de eo tantùm quod peruenit, vt malè aduerſarij noſtri interpretantur. Rationem enim Caius adfert, quia ſola pecuniariæ quantitatis ratio in eam deducitur, nulla prorſus pœna, adeò vt nec pœnæ nomine concepta ſit ad puniendum dolum aut factum eius qui prohibuit, nó magis quàm interdictum quo prohibetur vis fieri, & quod ex eadem cauſa competere lex ait. In quo valde ſingulare ius eſt huius actionis, vt quamuis ſit & ex delicto & prætoria & valde ſimilis actioni iniuriarum (quæ ad eum locum erat ratio dubitandi) nullomodo tamen ſit pœnalis ne quidem ex parte rei, ſed meram rei perſecutionem ex vtraque parte contineat. Vnde fit, vt vel ex ipſa iuris prætorij non minus quàm iuris ciuilis ratione etiam poſt annum dari debeat, & in ſolidum contra heredem, ex regula *l. in honorariis 35. de oblig. & action.*

a *Nec tantùm ſi viuat ſeruus furtiuus, ſed etiam ſi deceſſerit.* Rectè Vlpianus hunc verſiculum adiecit, vt oſtenderet præcipuam differentiam, quæ eſt inter vindicationem & condictionem furtiuam, quia vindicatio non datur niſi quandiu viuit ſeruus, cuius ſcilicet morte dominium amiſſum & extinctum eſt, quia vindicatio naſcitur ex præſenti poſſeſſione *l. non alias 24. §. ſed ſi poſtulatur ſupr. de iudic.* poſſeſſio autem nulla eſſe poteſt hominis mortui qui iam nullus eſt. At condictio furtiua ſerui furtiui durat etiam ſeruo mortuo *§. vlt. Inſtit. de oblig. quæ ex delict. naſc.* quia licèt rem perſequatur, in perſonam tamen non in rem actio eſt : actiones autem in perſonam non extinguuntur peremptione rei debitę quoties perit res poſt moram, quia præcipuus moræ effectus ille eſt, vt perpetuet obligationem & actionem *l. ſi ſeruum 91. §. ſequitur & §. vlt. de verb. oblig.* fur autem moram ſemper facere intelligitur, vt iam ſępius monuimus ex *l. prox. §. 1. & l. vlt. infr. hoc tit.* Apparet autem ex verſiculo ſequenti horum verborum ſententiam illam eſſe, vt cōdictio furtiua duret etiamſi viuo adhuc fure ſeruus furtiuus deceſſerit, ac proinde etiamſi ex furto illo nihil ad furis heredem peruenerit, neque enim perueniſſe quicquam poteſt, cùm ſeruus furtiuus viuo fure deceſſit: ſubiungit enim Vlpianus, *ſed etſi apud furis heredem diem ſuum obierit ſeruus furtiuus*, vt intelligamus eſſe caſum diuerſum à ſuperiore, & cùm quęritur, an condictione furtiua heres furis teneatur nihil penitus intereſſe, an viuat ſeruus furtiuus an deceſſerit, nec rurſus cùm deceſſit, an viuo fure, an poſt mortem furis deceſſerit, nec denique cùm poſt mortem furis deceſſit, quicquam referre, an apud heredem, an apud alium deceſſerit, vt ſequitur in hoc textu. Id enim agit Vlpianus, vt omnes caſus exprimat qui poſſunt incidere, quemadmodum bene Bartolus vidit. Itaque parum ſubtiles ſunt aduerſarij qui hæc verba, *ſed etiam ſi deceſſerit*, reſtringunt ad eum caſum quo ſeruus furtiuus deceſſerit poſt furis mortem non eo viuo ob id ſolùm quòd præcedentia illa, *nec tantùm ſi viuat ſeruus furtiuus*, intelligi debeant de ſeruo furtiuo qui viuat poſt mortem furis, quaſi verò ſint duo illi caſus oppoſiti & ſibi aduerſantes, *Si poſt mortem furis ſeruus viuat aut deceſſerit*, cùm tamen non poſſit ſeruus decedere poſt mortem furis quin poſt eiuſdem mortem vixerit, ita vt ſecundùm hanc interpretationem caſus mortis includat caſum vitæ. At erunt omnino caſus oppoſiti & pugnantes illi, *ſi ſeruus adhuc poſt mortem furis viuat, aut viuo adhuc fure deceſſerit.* quod perinde eſt ac ſi Vlpianus ſcripſiſſet, *ſiue poſt mortem furis viuus adhuc ſeruus furtiuus ſiue iam viuo fure mortuus proponatur.* Proinde qui contra Vlpianum potius quàm contra nos diſputant, condictionem furtiuam non dari niſi de eo quod ad ipſum peruenit, textum hunc effugere non poſſunt, in quo tam apertè Vlpianus ſcribit furis heredem teneri condictione furtiua etiam eo caſu quo conſtet nihil ad eum peruenire ex furto potuiſſe.

Rat. igitur dva. ad hunc verſiculum ex ipſorum aduerſariorum argumento petenda eſt, ſi generaliter verum eſſet quod illi volunt, actiones omnes ex delicto eſſe pœnales, actiones autem pœnales contra heredem in ſolidum non dari, ac ne quidem de eo quod peruenit ſi actiones merè pœnales ſint, ſed tantùm ſi mixtæ ex *d. l. pupillum 111. §. 1. de reg. iur.* Atqui condictio furtiua datur ex delicto, vt toties probauimus, & inculcauimus. Ergo non debuit dari in heredem eo caſu quo res furtiua viuo adhuc fure perierit, atque ita nec peruenerit nec peruenire potuerit. Sed Dec. rat. eſt, quòd imò verò actiones omnes quæ ſunt ſui natura merè rei perſecutoriæ, licèt ſint ex delicto, dantur nihilominus in ſolidum aduerſus heredem, qualis eſt condictio furtiua, & aliæ, de quibus ſuprà diximus. Falſum enim eſt quod aduerſarij pro vero ſupponunt, nec vllo iuris loco probare vnquam poſſint actiones omnes ex delicto eſſe pœnales, ſicuti nec actiones omnes pœnales ſunt ex delicto, cùm ex iis plurimæ ſint ex cōtractu, aliquo tamen dolo, & conſequenter delicto rei interueniente *d. l. ſi hominem. §. 1. infr. depoſ.* & aliis ſuprà citatis, nam & actio rerum amotarum ex delicto eſt *l. ſi mulier 21. §. hæc actio. infr. rer. amot.* Quod nec aduerſarij negant, & tamen non eſt pœnalis, quia non pœnam, ſed meram rei perſecutionem continet, vt ibidem ſcriptum eſt, licèt non niſi arbitrio iudicis tanquam quæ ſit arbitraria, vt & illa, de qua in *l. 4. alias l. non ſolum. §. 1. ſup. de alienat. iudic. mut. cauſ. fact.* Idque nos probauimus pluribus in *vlt. parte Chiliadis de error. prag.* vbi totam hanc quæſtionem fuſius tractauimus & melius quàm antè à nobis factum eſſet *lib. 4 Coniect. cap. 1.* Sed neque poſſint aduerſarij vllam actionem proferre quæ ſui naturâ ſit rei perſecutoria, cuiuſmodi eſt condictio furtiua, & quæ tamen non detur in ſolidū aduerſus heredem: vt neque vllam merè pœnalem quę non detur contra heredem de eo quod peruenit, excepta actione furti, quæ ita datur ad meram pœnam, vt contra heredem danda non ſit, nec de eo quod ad eum peruenit: nimirum iure ſingulari, quia contra furem nō tantùm actio furti comparata eſt, ſed condictio furtiua, quæ longè durior eſt in heredem, quàm de eo quod peruenit, cùm detur in ſolidum. An non enim ſtultus eſſet legiſlator ſiue ciuilis, ſiue honorarius ſi actionem furti daret in heredem de eo quod peruenit, cùm poſſit & debeat ille teneri in ſolidum ex condictione furtiua? Nam & eadem ratio facit, vt actio vi bonorum raptorum, quamuis nō ſit merè pœnalis, ſed mixta, & cæteræ mixtæ omnes, vel fatentibus aduerſariis dentur in heredē de eo quod peruenit, hæc tamen nullo modo detur in heredem ne in id quidem quo locupletior factus eſt *l. 2. §. vlt. infr. vi bonor. raptor.* vbi rationem Vlpian. addit, quia putauit prætor ſufficere condictionem furtiuam, quæ ſcilicet datur contra eum quoque qui vi bo-

norum raptorum tenetur *l. ſiue manifeſtus* 10. §. 1. *infr. hoc tit.* Ergo debuerunt aduerſarij vel negare eâdem audacia actiones mixtas dari in heredẽ de eo quod peruenit, propter actionem hãc ſolam vi bonorum raptorum, vel deſinere argumentari ex ſola actione furti, vt probent actiones merè pœnales omnino non dari in heredem, id eſt, ne de eo quidem quod ad ipſum peruenit.

b *Qua in herede.* RAT. DVB. & DEC. eadem eſt in honorariis ſucceſſorib. quam attulimus in herede: eſt enim hic verſiculus intelligendus nõ de ſucceſſorib. quibuſlibet, puta qui titulo aliquo ſingulari, vt emptionis ſuccedant in rem furtiuam (neq; enim iſti condictione furtiua tenentur *l. ex cauſa* 5. *ſupr.* vt nec alia vlla perſonali actione *l. æris alieni* 15. *C. de donat. leg. vltim.* §. 1. *de contr. empt. l.* 1. §. *ſi heres ad SC. Trebellianum. l. vlt. C. de heredit. action.*) ſed de ſucceſſoribus iuris ſiue ciuiles ſint, ſiue honorarij, vt bene Ioannes & Azo iam olim interpretati ſunt ex *l. nec legatarius* 11. *hoc tit. l. quædam ſunt* 8. §. *nihil intereſt ſupr. de edend.* At honorarij ſucceſſores iuris, & cæteri, qui heredum loco ſunt, licèt non ſint verè heredes, eodem tamen iure cenſentur in qualibet ferè iuris parte *l.* 1. 2. & 3. *infr. de bonor. poſſeſſ.* cum ſimilibus.

8. IDEM libro 27. ad Edictum.

IN re furtiua condictio ipſorum corporum competit. ſed vtrum tamdiu, quamdiu exſtent: an verò & ſi deſierint in rebus humanis? & ſi quidem obtulit fur: ſine dubio nulla erit condictio. ſi non obtulit: durat condictio æſtimationis eius [a]. corpus enim ipſum præſtari non poteſt.

*Ad l. In re furtiua* 8.

RAT. DVB. Condictio furtiua datur ad ipſius rei furtiuæ perſecutionem *l. proxim.* §. 1. *ſupr.* Ergo ſi res furtiua perempta ſit, non poteſt durare condictio neque corporis furtiui, quod iam nullum eſt, neq; æſtimationis, quia non fuit æſtimatio ſubrepta: aliud enim eſt res ipſa, aliud æſtimatio *l. ſi alij* 42. §. 1. *ſupr. de ventr.*

DEC. Res debita ſi poſt moram debitoris perierit, vtique perit debitor, in cuius pœnam & odium habetur pro adhuc extante *l. ſi ſeruum* 91. §. *ſequitur,* & §. *vltim. de verborum obligationib. l. in actionibus* 5. *verſic. planè. ſupr. de in lit. iur. l. pen. ſupr. de cond. cauſ. dat.* Atqui fur quatenus debitor rei furtiuæ, ſemper moram facere intelligitur in ea reſtituenda, quam nec ab initio auferre debuit §. *prox. infr.* & *l. vltim. hoc tit.* Ergo vel purgare moram illam debet per oblationem realem, nulláque condicione vel dilatione ſuſpenſam *l. qui decem in princ.* & §. 1. *infr. de ſolut. l. parui refert* 17. *infr. hoc tit. l. vltim. C. hoc tit. l. interdum* 73. §. *vltim. de verborum obligationib.* vel ſi fur non obtulerit, neceſſe eſt durare condictionem furtiuam hactenus ſcilicet, vt ipſa quoque corpora furtiua peti adhuc poſſint *dict. l. ſi ſeruum.* §. *ſequitur,* & §. *vltim. de verbor. obligationib.* ſed tamen vt præſtari debeat æſtimatio, quia corpus ipſum quod periit, præſtari amplius non poteſt, vt hîc Vlp. ſcribit. Corpus enim ipſum proculdubio in petitione eſt, æſtimatio autem in ſolutione tantùm, vt bene hic Accurſius notat ex *l. eum qui* 56. §. *vlt.* & *dict. l. ſi ſeruum* 91. §. *vlt. de verborum obligationib. iunct. l. ſi ſeruus* 14. §. *boue infr. hoc t.* Quamuis Bartolus etiam æſtimationem condici poſſe putet re furtiua perempta, quaſi obligatus ſit fur rem reſtituere, non rem dare, quod tamen iam refutauimus ad *l.* 3. *ſupr.* Ex eo autem quod hîc ſcriptum eſt durare condictionem, etiamſi res furtiua in rebus humanis eſſe deſierit, non adhibita diſtinctione an contra furem detur, aut contra furis heredem, nec rurſus an viuo fure, an poſt ipſius mortem res furtiua perierit, apparet verum eſſe quod ſupra docuimus, generaliter & indiſtinctè condictionem durare, aut contra furem, aut contra furis heredem, quamuis ſeruus furtiuus viuo fure perierit, atque ita nihil ad eum ex furto peruenerit. Et ſanè cùm heres teneatur cõdictione furtiua, etiamſi rem non poſſideat, vt Iuſtinianus ſcribit in §. *vlt. Inſtit. de oblig. quæ ex delict. naſc.* quid poteſt intereſſe, an ideo heres non poſſideat rem furtiuam, quòd ea iam viuo adhuc fure perierit, an quia poſt mortem furis? Quod autem in hac lege ſcriptum eſt, ſi quidem fur rem furtiuam obtulerit, nullam eſſe condictionem, conſtat ita debere accipi, vt idem tamen iuris ſit, ſi in aliud nomen aliúmque ſtatum obligationis nouandi animo res furtiua transferatur *dict. l. parui refert* 17. *infr.* itémque, ſi citra nouationem & delegationem res furtiua per ſtipulationem ſimplicem promittatur domino, vt in *dict. l. qui decem* 72. §. *item reſponſum eſt infr. de ſolut.* ſed hoc poſteriore caſu præſentem rem eſſe oportet, non etiam ſuperiore *dict. l. parui,* & *dict.* §. *item reſponſum eſt.* Obſerua tamen, quod Accurſius bene notat, oblatione rei furtiuæ tolli quidem condictionem furtiuam, ſed non pœnalem actionem furti *l. qui ea mente* 65. *infr. de furt. l. ſi pignore* 14. §. *cùm furti eod.*

a *Durat condictio æſtimationis eius.* RAT. DVB. Res quæ extare deſiit, etiam poſt moram non poteſt à Iudice æſtimari ſine delatione iuriſiurandi *l. in actionibus* 5. *verſ. planè ſupr. de in lit. iur.* Atqui nuſquam ſcriptum eſt in condictione furtiua iurari poſſe in litem, quamuis idipſum ſcriptum ſit in actione furti in *l. cùm furti* 9. *eod. ill. tit.* Ergo poſt peremptam rem furtiuam non poteſt durare condictio æſtimationis eius.

DEC. Tunc neceſſarium eſt iuſiurandum in litem ad æſtimandam rem peremptam in actionibus ſtricti iuris, cuiuſmodi ſunt condictiones omnes, cùm eius temporis æſtimatio præciſè ineunda eſt, quo agitur pro re iam perempta, vt in *d. verſ. planè* & *l. ſeq.* vbi diximus. At in cõdictione furtiua, cùm res perempta æſtimatur, nullius certi temporis ratio habetur, ſed eius quanti plurimi vnquam res fuerit §. *proxim. infr.* ita tamen vt æſtimatio nunquam egrediatur terrorſum iudicij accipiendi & litis conteſtatæ tempus *l.* 2. §. *quæſitum infr. de priuat. delict.* Quæ æſtimatio quanti plurimi facilè ſciri poteſt, etiam nullo delato iureiurando, non minùs quàm in actione legis Aquiliæ, in qua certum eſt nunquam iurari *l. ait lex* 21. & *paſſ. ſup. ad leg. Aquil.* Ergo nihil vetat etiam in condictione furtiua durare condictionem æſtimationis etiam poſt rem furtiuam peremptam: alioquin rei furtiuæ interitu etiam contingente poſt moram, quam fur ſemper facere intelligitur,

libera-

liberatio furis contingeret contra omnes iuris regulas *d.l.ſi ſeruum 91.§.vlt.de verb oblig l.pen.ſupr.de cōdict.cauſ.dat.cauſ.non ſecut.* atque ita melior eſſet cōdicio furis, quàm alterius debitoris cuiuſlibet in mora conſtituti, quæ tamen debet eſſe deterior, vt reuera eſt in eo, quod fur præſtat æſtimationem quanti plurimi quam cæteri debitores nunquam præſtant, vt dicemus in *d.§.prox.ſeq.*

1 ¶ Si ex cauſa furtiua res condicatur: cuius temporis æſtimatio fiat, quæritur. placet tamen id tempus ſpectandum, quo res vnquam plurimi fuit: maximè cum deteriorem rem factam fur dando non liberatur [a]: ſemper enim moram fur facere videtur.

*Ad §.1. Si ex cauſa.*

RAT. DVB. In æſtimatione ineunda rei debitæ ex iudicio ſtricti iuris inſpiciendum eſt præcisè tēpus litis conteſtatæ *l. vinum 22.ſupr.de reb. cred.leg.vlt. infr.de condict. tritic.leg. hominem 37.inf. mandat.* In quo differunt iudicia ſtricti iuris à iudiciis bonæ fidei, in quib. ſpectatur, vtro tempore res pluris fuit, an moræ, an rei iudicatæ *l. 3. § in hac infr.commod. l.3. § ſi per venditorem infr. de act.empt.* At æſtimari rem, quanti plurimi vnquam fuerit, ſiue in bonæ fidei iudiciis ſiue in ſtrictis nuſpiam ſcriptum eſt. Atqui condictio furtiua eſt ſtricti iuris, vt cæteræ omnes condictiones *§.actionum 25. Inſtit. de act.* Ergo nec in condictione furtiua ſpectandum eſt id tempus, quo res vnquam plurimi fuerit. DEC. Odium furis, vt alia pleraque induxit, ita & hoc inter cætera, vt res furtiua æſtimari debeat quanti plurimi vnquā fuerit, non quidem à die furti admiſſi, ſed à tempore litis conteſtatæ in tempus vſque ſententiæ, ne alioqui eueniret, vt per continuationem furti melior fieret condicio furis *l.infitiando 67.§.infans inf.de fur.* Quo exemplo etiam mulier, quæ mariti res amouit, tenetur actione rerum amotarum, quanti plurimi res amotæ fuerint: creſcit enim æſtimatio in illa etiam actione, vt in condictione furtiuæ rei, quia veritate furtū facit mulier, licèt lenius coerceatur *l. pe. inf rer. amot.* melior tamen eſt conditio furis, itemq; mulieris, quæ res amouit, quàm eius qui contra legem Aquiliam vulnerauit hominem vel occîdit. Hic enim tenetur quanti plurimi vnquam fuit homo ex die admiſſi delicti: in actione autem rerum amotarum & condictione furtiua æſtimatio quanti plurimi non egreditur retrorſum iudicij accipiendi tempus *dict.leg.2. §. quæſitum eſt inf. de priuat. delict.* Naſcitur autem differētia tum ex verbis legis Aquiliæ, quæ ſic habent, *Quanti id in eo anno plurimi fuit leg. 2. leg. ait lex 21. ſupr. ad leg. Aquil.* tum ex natura condictionis furtiuæ, itémque actionum ſtricti iuris omnium, in quibus nulla haberi poteſt ratio æſtimationis, quæ præceſſit litis conteſtationem: ſiue quia quale quid eſt cum petitur, tale dari debet, vt ait Papinianus in *leg.2.infr.de vſur.* ſiue quod imputare ſibi actor debeat, cur non citius egerit: iura enim diligentibus ſubueniunt non negligentibus *leg.non enim ſupr.ex quibus cauſ maior. leg. quod autem 6.§ ſciendum leg. pupillus 24.infr.quæ in fraud. credit.* Nec ad rem facit, quod fur ex die furti admiſſi ſemper moram facere intelligatur, vt ſcriptum eſt in *hoc §. & in leg.vltim infr.* Ea namque ratio eſt condictionum & iudiciorum omnium ſtricti iuris, vt in illis nulla penitus moræ ratio habeatur, quantum ad augendam obligationem, ſed duntaxat quantum ad eam perpetuandam *leg. ſi ſeruum 91. §. ſequitur & §.vltim.infr.de verb.oblig.* Ex quo apparet, quàm ridiculum ſit monſtrum illud æſtimationis quanti plurimi, quod interpretes noſtri inuexerunt, in omnibus bonæ fidei iudiciis à die moræ vſq; ad condemnationem, quod illi docent ad *dict.leg. vinum 22. ſup. de rebus credit. & ad dict. leg. 3. §. in hac infr. commod.* Nam ſi quo caſu odium moræ poſſet inducere æſtimationem quanti plurimi ex die moræ, proculdubio mora & odium furis hoc maximè induceret contra furem in condictione furtiua: nec maior eſſet ratio ſpectandi præcisè temporis litis conteſtatæ ad excludendam maiorem temporis præcedentis æſtimationem, quàm ad excludendam ſequentis: cum in vtroque violetur natura cæterarum condictionum & actionum ſtricti iuris, vt fur grauius coerceatur.

a *Maximè cùm deteriorem rem factam fur dando non liberatur.* RAT. DVB. Poteſt res furtiua fieri deterior ſolo curſu temporis, aut aliquo caſu fortuito, citra culpam vllam debitoris, quo caſu videtur ſpectare periculum ad creditorem, cùm nihil poſſit imputari debitori, nec quiſquam caſus fortuitos præſtare debeat *leg. contractus 23. in fin. infr.de reg. iur.* maximè verò ſi is qui creditor eſt idem dominus proponatur: tritum enim eſt caſus omnes fortuitos ad dominum pertinere *l. quæ fortuitis 6. l. pignus in bonis 9.Cod de pignor. act.* Atqui in condictione furtiua hoc euenit, vt quiſquis creditor & actor eſt, eundem eſſe dominum neceſſe ſit *leg 1. ſupr. hoc tit leg. vltim.ſupr. vſufr. quem. caueat. §. ſic itaque Inſtit.de act.* Ergo fur dando rem furtiuam licet deteriorem factam, dummodo ſine culpa ſua, liberari debet, præſertim cùm nec alia res ſit, quàm quæ ſubrepta fuerat, quæ hodie deterior redditur, adeò vt nec audiendus fur eſſet, ſi pro re furtiua deteriore facta meliorem aliam neque furtiuam vellet inuito domino reddere. Neque enim aliam rem perſequitur condictio furtiua, quàm illam ipſam, quæ furto ſubrepta eſt, vt ex initio huius legis apparet, & ex *§.1.leg prox.præced.*

DEC. Non videtur reddi ea res, quæ deterior redditur *dict leg.3.§.1. infr.commod.* nam qua parte facta eſt deterior, non tantùm vilior quoque facta fuit, ſed etiam periiſſe quodammodo intelligitur, *leg.3.infr.de cond.tritic.* Quid enim aliud eſt rem fieri deteriorem, quàm ex parte perire? Ergo non eſt permittendum furi, vt rem furtiuam deteriorem factam reddendo liberetur, maximè cùm non poſſit res facta eſſe deterior apud furem, quin poſt moram furis id contigerit, quandoquidem ex eo inſtāti, quo furtum admiſit, moram contraxiſſe intelligitur, eámque continuaſſe, quo vſque rem reſtituat vt ſequitur in hoc §. & in *l. qui furtum 16. & leg. vlt. inf.hoc tit.leg. vltim. Cod. de cond. ob turp.cauſ.* vbi dicitur hoc caſu moram in re ipſa fieri, id eſt, citra vllam interpellationem, vt in *l.3.Cod. in quibus cauſ. in integr.reſt.* Certum autem eſt, quicquid contingit rei debitæ poſt moram debitoris, id periculo debitoris cedere *l. ſi ex legati 23. & ſeq. infr. de verb. oblig.* Neque verò facile poteſt fieri, vt mora contrahatur ſine culpa *l. ſi cenaum 21. & ſeq.leg mora 32.infr.de vſur,* vbi latius Deo fauente dicemus.

2 ¶ Nouiſſimè dicendum eſt, etiam fructus in hanc actionem venire.

*Ad §. vltim.*

RATIONABVB. In cæteris condictionibus fructus noo veniunt niſi qui poſt acceptum iudicium percepti ſunt, idque ex æquitate, vt ex Caſſio Paulus ſcribit in *leg. videamus* 38. § *ſi actionem inſr. de vſur.* Ergo in condictione furtiua non poſſunt venire fructus quos à die furti admiſſi fur percepetit, de quibus tamen ſine dubio loquitur hîc Vlpianus, cùm ait, fructus quoque in hanc actionem venire. DEC. Cæteræ condictiones dantur non domino, qui tamen dominus fuit, & aduerſus dominum: hæc autem domino aduerſus non dominum, & quod magis eſt, aduerſus furem, & conſequenter malæ fidei poſſeſſorem, qui proinde lucrum facere fructuum ex re aliena non debet, cùm fructus acquirantur iure ſoli & dominij *l. & ex diuerſo* 35. §. 1. *ſupr. de rei vind. leg. qui ſcit* 25. §. 1. *infr. de vſur.* præterquàm ſi à bonæ fidei poſſeſſore percepti ſint *dict. leg. qui ſcit* §. *vltim. & leg. bonæ fidei* 41. *infr. de acq. rer. dom.* Mirum igitur non eſt, fructus omnes à fure perceptos ſiue extent, ſiue conſumpti ſint, venire in condictionem furtiuam, extantes quidem tanquam proprios actoris, & eodem iure quo res ipſa, quæ actoris eſt, quaſi qui ex nouo furto nouáque contrectatione ad furem peruenerint *leg. ſi ſeruus* 14. §. *boue ſubrepto infr. hoc tit. leg. ſi ſeruus* 61. §. *locani infr. de furt.* conſumptos verò, quia actoris eſſe deſierunt iure proprio condictionis. Nam etſi vindicatione ageret dominus aduerſus furem aliúmve quemlibet poſſeſſorem, extantes quidem vindicare poſſet, conſumptos verò cōdicere *leg. certum eſt* 22. *C. de rei vind.* & apud Iuſtin. *Inſtit. de off. iudic.* Porrò quicquid à fure poterat dominus vindicare, poteſt etiam iure ſingulari, id eſt, per condictionem furtiuam coodicere, quod verò vindicare non poſſet, id quia nec condicere iure ſingulari poteſt, cùm non ſit dominus, oeceſſe eſt vt condicat iure commnoi: & ita hîc locus intelligi meo iudicio debet. Ex quo præterea notari volo, longè differre fructus ab æſtimatione quanti plurimi contra pleroſque ex pragmaticis noſtris exiſtimantes eum, cui præſtatur æſtimatio quanti plurimi, nihil præterea ſiue fructuum, ſiue aliarum acceſſionum nomine conſequi debere, quaſi & ipſa æſtimatio quanti plurimi acceſſio quædam ſit cuius aliam acceſſionem dari non oporteat, nam & imò verò æſtimatio quanti plurimi res ipſa eſt quæ debetur, fructus autem ſiue principaliter, ſiue acceſſoriè debeantur, aliud quiddam ſunt à re ipſa ſeparatum, vt pluribus à nobis tractatum eſt. *Def.* 9. *Cod. Fabr. de vſur. & mor.* Iunge tamen quæ dicemus ad *leg. ſi ſterilis* 21. §. *cùm per venditorem infr. de act. empt.*

9. IDEM libro 30. ad Edictum.

IN condictione ex cauſa furtiua non pro parte, quæ peruenit, ſed in ſolidum tenemur, dum ſoli heredes ſumus. pro parte autem heres [a], pro ea parte, pro qua heres eſt, tenetur.

*Ad l. In condictione* 9.

Hæc lex eſt, quæ ampliſſimum à nobis tractatum exigeret ſi ad ea omnia reſpondere vellemus, quæ nobis obiecta ſunt ab iis qui pro tuenda Iacobi Cuiacij ſententia contra nos ex profeſſo ſcripſerunt ad impugnandam Vlpiani, quam nos hîc defendimus, ſeotentiam: exiſtimantes condictiooem furtiuam, quia ſit ex delicto, non poſſe dari in ſolidum contra heredem, ſed de eo quod ad ipſum peruenit niſi lis cooteſtata ſit cum defuncto, aut niſi heres furis rem furtiuam contrectauerit: aut, quod illi addunt de ſuo, ſi datur in ſolidum cootra heredem noo eſſe illam ex delicto, ſed vel ex quaſi contractu, vel ex variis cauſarum figuris, & vt ipſi loquuntur, ex ſua ſuæ cauſæ figura. Etſi autem errorem hunc ſatis ſupérque refutauimus in poſtrema parte Chiliadis noſtræ de *errorib. pragmat. & ad l. ſi pro fure* 7. §. *vltim. ſupr.* quia tamen video tantopere ſibi eos placere, & blandiri in hac ſua opinione comprobanda, quaſi nihil verius & ad iuris noſtri principia accommodatius excogitari à quo quam potuerit, conquiſitis vndequaque rationibus ad quatuor vſque & viginti, erit fortaſſe conſultius reſpondere hoc loco ex ordine ad ſingulas, ne aut ipſi, aut ſtudioſi iuris plerique quos audio exſpectare auidè, vt ad quatuor illos Benedictorum libros reſpondeamus, ſilentium noſtrum ſic accipiant, quaſi noo tam victos nos, quod parum eſſet, quàm Vlpianum & prudentes cæteros, quorum nemini in mentem vnquam venit vt contra Vlpianum ſentiret, deſipuiſſe hac in re fateamur. Cúmque nobis ad quatuor illos libros reſpondendi nec animus nec otium nobis ſit, quibus nec ferè fuit niſi curſim legendi, ne Rationalium noſtrorum inſtitutum aut deſeramus, aut interpolemus: hoc tamen aſſequemur, vt ex his quæ nunc dicemus, facile ſit cuique intelligere, quàm ſubtilia & elegantia ſint cætera, quæ illi in carpendis & lambendis paſſim ſcriptis noſtris quaſi inepta & reprehenſibiliora cumularunt, de quibus tamen etiam ſingulis dicemus aliquid, ſed ſuis locis, & cùm in eos textus inciderimus, quibus illi contra nos abutuntur, vt cuilibet appareat nec iſtis remoris poſſe nos detineri, quin nauigationem inſtitutam peragamus, nec tamen pati velle, vt quę ipſi tam audacter pro veris & Benedictis venditant, pro talibus habere quiſquam poſſit, niſi qui malit cum iis omnino deſipere quàm cum prudentibus benè ſentire.

I. Obiiciunt in ſola furis perſona certi odium illud legiſlatoris, quo effectum eſt, vt extra pœnam dupli, vel quadrupli, quæ per actionem furti manifeſti vel nec manifeſti petitur, etiam condictione furtiua teneatur §. *ſic itaque* 14. *Inſtit. de action.* Id autem quod taliter odioſum & perſonale eſt, non debere perſonam furis egredi, nec ad innocentem heredem tranſire *arg. l. vſus aqua* 21. *ſupr. de vſu & habit. l. in omnibus* 68. *de reg. iur. l. vitia* 11. *Cod. de acquir. poſſ.* Præſertim, inquiunt, cùm quod iſto modo odioſum eſt, ſuo modo aliquam pœnæ ſpeciem præ ſe ferat, *arg. l. qui exceptionem* 40. *ſup. de condict. indeb. l. ſed ſi paterfamilias* 9. §. *pen. infr. de SC. Maced.* Reſpondemus, odio quidem furis inductam eſſe condictionem furtiuam, quæ ex iuris ratione neque domino dari vnquam poſſet, neque cum vindicatione concur-

rere

rere, ſed non illud etiam, vt fur actione rei perſecutoria in ſolidum teneatur, etiamſi res furtiua extare deſierit. Eſt enim hoc ex ratione iuris communis, cùm ex die admiſſi furti moram ſemper facere videatur in reſtituenda re furtiua, quam nec auferre ab initio debuit *leg. vlt. infr. hoc tit.* Eadem ergo iuris ratio facit, non furis odium, vt eius heres in ſolidum quoque eâdem actione merè rei perſecutoria teneatur, non quia fur ſit aut aliquo dignus odio, ſed quia furis heres *d. leg. ſi pro fure 7. §. vlt. ſup.* nec in ſpeciem pœnæ alicuius, vt iſti cauillantur, cùm furtiua condictio nulla ex parte ſit pœnalis, ſed in conſequentiam aditæ hereditatis, quam adire non debuerat, ſi eodem iure quo defunctus cenſeri hac parte nolebat: furis enim hereditatem adeundo quaſi contraxit cum domino cui furtum factum eſt, vt iiſdem actionibus merè rei perſecutoriis teneatur, quibus defunctus tenebatur, id eſt, & condictione, & vindicatione, & actione ad exhibendum *d. leg. 7. §. 1. ſupr. l. 3. §. vlt. & l. ſeq. infr. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* non tamen actione furti, quæ quoniam merè pœnalis eſt, nihil niſi criminis pœnam perſequitur. Crimen verò ſimúlque pœna criminis morte furis extinguitur, in quo ſicut heredi prodeſt innocentem eſſe, ita eidem nocet furis nocentis heredem eum eſſe.

II. Obiectio huic non valde diſſimilis eſt. Aiunt enim in ſola furis non etiam in heredis eius perſona cerni odium facti, id eſt, delicti, ex quo condictio furtiua naſcitur & competit *leg. ſi ambo 10. §. quoties de compenſat.* delictum autem omne morte eius qui fecit extingui *leg. 5. de calumniat. leg. quod diximus 16. §. vltim. quod met. cauſ. l. Lucius 9. de iur. fiſc. leg. cùm falſi 12. ad leg. Cornel. de falſ.* Ergo ad heredem non tranſeunte cauſa, hoc eſt, delicto, neque effectum tranſire poſſe, id eſt, actionem ex delicto procreatam ad eius coercitionem *argum. leg. 2. de legib.* Reſpondemus furtum quidem morte furis extingui, & conſequenter actionem furti, quæ merè pœnalis eſt, ſed non æquè condictionem furtiuam, quia licèt deſcendat ex delicto, meram tamen perſecutionem rei continet *dict. leg. ſi pro fure 7. §. vltim. ſupr.* nec vllo modo pœnalis eſt, & ſtultam eſſe conſecutionem, vt quia delictum omne delinquentis morte extinguitur, ipſa etiam rei perſecutio extinguatur: quæ nec in pœnalibus actionibus extinguitur, quominus heres in id ſaltem quod ad eum ex defuncti ſcelere peruenit, teneatur, vt ex iis ipſis ſupradictis legibus apparet, quibus illi contra nos nituntur. Denique falſum eſt, quod iſti pro vero ſupponunt comparatam eſſe condictionem furtiuam ad furti coercitionem. Coercitio enim furti ſine pœna eſſe non poteſt, condictio autem ſolam rem petit non pœnam *d. l. 7. §. 1. ſupr. l. qui vas 48. in princip. l. ſi pignore 53. §. cùm furti inſt. de furt.*

III. Argvmentvm eſt, ante litis conteſtationem eo, qui aliquid deliquit, defuncto, ſucceſſores eius, in quantum ad eos peruenerit, conueniri debere, non in ſolidum *leg. vnic. Cod. ex delict. defunct.* furem autem qui rem alienam inuito domino contrectauit, non aliquid deliquiſſe, ſed multum. Eo igitur ante conteſtatam litem defuncto heredem ipſius non in ſolidum, ſed in quantum ad ipſum peruenerit, conueniendum eſſe. Dicimus propoſitionem generaliter veram eſſe in actionibus omnibus pœnalibus, nec tantùm mixtis, vt aduerſarij putant, ſed etiam meris, vt ſuprà probauimus ex *l. in heredem 5. ſupr. de calumniat. leg. cùm falſi 12. infr. ad leg. Cornel. de falſ. l. ficuti 38. de regul. iur.* Nulla enim lex eſt, quæ actiones merè pœnales à mixtis hac parte ſeparet. Excipienda tantùm eſt actio furti ex actionibus merè pœnalibus, & actio Vi bonorum raptorum ex mixtis, quia putauit prætor ſufficere condictionem furtiuam *leg. 2. §. vltim vi bonor. raptor.* tanquam quæ detur in heredem, non de eo tantùm quod peruenit, ſed in ſolidum *dict. leg. 7. §. vltim. ſupr. & hac lege.* Sicut & ex publicis iudiciis excipienda ſunt crimina læſæ maieſtatis, repetundarum, peculatus, & de reſiduis, quæ defuncto etiam reo ante litem conteſtatam perinde contra eius heredem exerceri poſſunt, ac ſi lis cum defuncto conteſtata fuiſſet *lig. ex iudiciorum 20. infr. de accuſat. leg. vltim ad leg. Iul pec.* Sed negamus ſupradictam propoſitionem pertinere ad actiones ciuiles merè rei perſecutorias ſui natura, licet ex delicto deſcendentes, cuiuſmodi eſt condictio furtiua *dict. leg. 7. §. vltim. ſupr.* Eſſet & actio legis Aquiliæ, ſi in ea nunquam lis vltra damnum æſtimaretur *§. his autem verbis 9. Inſtit. de leg. Aquil. leg. inde Neratius 23. §. hanc actionem ſup. eod. ill. tit.* Sunt & aliæ pleræque actiones, de quibus ſuprà diximus ex *leg. Caius Seius 22. infr. de SC. Silan. leg. fraudati 8. l. coſtum 11. §. illicitarum leg. commiſſa 14. infr. de public. & vectigal. leg. donationes 31. §. vltim. de donat. dict. leg. vltim. ad leg. Iul. peculat.* Ex quibus locis omnibus petendæ ſunt exceptiones ad ſupradictam regulam, ne quis eam à nobis ingenio noſtro euerti calumnietur, aut fingi à nobis regulam ex vnico exemplo condictionis furtiuæ, & ex hoc vnico iuris loco deſumptam. Quamquam nemo neſcit regulã æſtimandam eſſe ex iure, id eſt, ex vera rectáque iuris ratione, non ex exemplorum multitudine, præſertim ſi vt in propoſito exempla in contrarium nulla proferantur. Quodnam enim exemplum proferunt aduerſarij, aut quem etiam iuris locum, vt probent falſiſſimam illam ſuam concluſionem, quam vocant regulam, in actionibus ex delicto ciuilibus, & merè rei perſecutoriis defuncto ante conteſtationem reo ſucceſſores eius in ſolidum non teneri, ſed de eo tantùm quód ad ipſos peruenerit? Ego certè ex tot legibus quibus illi paginas integras in hanc rem onerant, nullam video, quæ de huiuſmodi actionibus loquatur, aut ad vllam earum aptari poſſit. Ideóque cautè illi & aſtutè, ſed non ſatis ex bona fide, vt gloriantur, regulam ſuam confusè, mixtim & in folle conceperunt de actionibus ex delicto tam mixtis quàm merè rei perſecutoriis, vt rudioribus imponerent facilius, allatis promiſcuè, & confusè quoque tot legibus: quæ omnes loquantur de actionibus criminalibus publicorum iudiciorum, quæ ſunt merè pœnales aut de prætoriis, quæ licèt ex parte actoris ſint, vt plurimum rei perſecutoriæ, attamen ex parte rei ſunt pœnales, tanquam à prætore conceptæ ad puniendum factum & dolum eius qui conuenitur, vnde & pœnales paſſim appellantur, quoties ſcilicet ex delicto & dolo proficiſcuntur *leg. huius actionis 9. §. 1. inf. quod falſ. tutor. author. leg. prætor ait 9. §. vlt. & leg. ſeq. infr. de reb. author. iudic. poſſid.* nulla penitus de actione ciuili deſcendente ex delicto, quæ ſui natura & ex vtraque parte tam actoris quàm rei ſit merè rei perſecutoria: actiones enim ciuiles tum quoque cùm ex delicto & dolo eius, qui conuenitur, deſcendunt, non tam comparatæ ſunt, vt puniant factum, & dolum eius, qui deliquit, quàm vt actoris indemnitati conſulant, in quo maximè differunt

à prætoriis: & idcirco nuſquam pœnales, aut quod idem eſt, pœnæ nomine conceptæ appellantur. Quòd ſi vel vnum exemplum proferrent aduerſarij alicuius actionis ciuilis ex delicto deſcendentis & merè rei perſecutoriæ, quam lex aliqua diceret non dari in ſolidum contra heredem, addita ratione illa *quia eſſet ex delicto* cederemus libentiſſimè, & regulam iuris contra nos eſſe fateremur propter illa verba *quia eſſet ex delicto*: ſignificarent enim regulam ex qua eſſet ſumpta ratio, eáque concepta per modum regulæ, quamuis exemplum aliud proferri nullum poſſet, nec alius iuris textus. Non enim ſol eo minus ſpeciem conſtituit apud Philoſophos, quòd ſit vnicus: quia ſufficit ſi plures ſoles eſſent, eandem fore omnium naturam & condicionem quæ huius ſolis eſt. Nam & D. Thomas ſenſit, ſingulos Angelos ſingulas ſpecies Angelorum conſtituere, licèt ſint ipſi ſingulares. Nec rurſus ignoro multa eſſe iuris noſtri principia, multáſque propoſitiones, quæ ex vno tantùm iuris loco probari poſſint, nec idcirco tamen ſuſpectæ veritatis eſſe debeant. Quale illud eſt fortaſſe quod Africanus reſpondit in *l. penult. ſupr. de reb. credit. in verſic. Neque enim*, non ſicut illud receptum eſt, vt debitores ſoluentes Sticho manumiſſo quem ignorauerint manumiſſum, liberentur, ita hoc quoque receptum, vt Stichus hic credendo nummos defuncti creditoribus ignorantibus, alienare eos poſſit. Item quod de vulgari tacita ſcriptum à Modeſtino creditur in *leg. 4. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Quonam enim alio loco vulgaris tacitæ mentionem à prudentibus factam eſſe reperias? Etſi ille quoque locus aliter longè intelligendus nobis videtur, vt docuimus in Chiliadis noſtræ ſecunda parte. Eodem ergo iure vtantur iam aduerſarij, & victos ſe agnuſcant in ea regula ſtabilienda quam nos conſtituimus, de actionibus ciuilibus ex delicto quidem deſcendentibus, ſed merè rei perſecutoriis contra heredem in ſolidum dandis, cùm eam non vno tantùm exemplo condictionis furtiuæ, vt illi criminantur, ſed aliis pluribus illuſtremus: neque ex hac ſola lege, vt Cuiacius credidit, qui auſus eſt ſcribere, ſi hæc lex non eſſet, neminem fore qui non admitteret condictionem furtiuam in ſolidum aduerſus heredem dari non debere, ſed de eo tantùm quod ad heredem perueniſſet, ſed etiam ex *dict. leg. ſi pro fure §. vlt. ſupr.* qui locus omnium optimè & apertiſſimè probat, non modò veriſſimam eſſe propoſitionem quæ in hac lege ponitur, ſed etiam propoſitionis rationem à regula quam nos conſtituimus dependentem, cùm Vlpianus ſcribit condictione furtiua obligari furis heredem ſcilicet in ſolidum, ideò inquit, *quia rei habet perſecutionem*. Quænam enim obſecro eſſet ratio illa, ſi non eſſet vera & generalis iuris ratio & regula, actiones quamuis ex delicto deſcendentes, ſi merè ſint rei perſecutoriæ, dari in ſolidum contra heredem? Ratio igitur ab Vlpiano allata, quamuis non faciat, probat tamen regulam, aut ridiculus certè fuit Vlpianus, cùm hanc rationem ſibi finxit, vt nobis falſam regulam inſinuaret.

IV. Argvmentvm eſt, toties in heredem dari actionem de eo, quod ad ipſum peruenit, quoties ex defuncti dolo conuenitur, ex iuris regula quæ ponitur in *l. toties 44. de regul. iur.* Heredem porrò qui ob furtum defuncti condictione furtiua conuenitur, ex defuncti furto conueniri *l. ſi duo 13. §. idem Iulianus ſupr. de iureiur.* & per conſequens etiam ex eius dolo, cùm citra dolum fieri furtum non poſſit, *l. merito 51. infr. Pro ſocio l. ſi quis inficiatus 13. §. 1. infr. depoſit.* Ergo non niſi de eo quod peruenit conueniri eum debere. Reſpondemus eſſe quidem illam iuris regulam, ſed ex eo deſumptam, quod regulariter actiones ex delicto deſcendentes ſunt pœnales, prætoriæ quidem omnes ſine vlla, vt puto, exceptione, ciuiles verò quàm plurimæ, ac proinde reſtringendam eſſe ad actiones merè pœnales & mixtas, ex quibus generaliter & indiſtinctè verum eſt, teneri heredem de eo tantùm quod peruenit, exceptis, vt ſuprà dixi, actionibus furti, & vi bonorum raptorum, itémque repetundarum, peculatus, & de reſiduis, ſed non eſſe extendendam ad actiones ciuiles merè rei perſecutorias, quæ licèt ſint ex delicto, nullo tamen modo ſunt pœnales, neque ex parte actoris, neque ex parte rei, cuiuſmodi eſt condictio furtiua, itémque aliæ actiones de quibus diximus. Nec tam inſpiciendum eſt in his actionibus quòd heres ex defuncti delicto conueniatur, quàm quòd actione merè rei perſecutoria. Hæc enim ſola ratio eſt, quæ heredem ſemper obligat in ſolidum, nec minus ſi actio ex delicto deſcendat *dict. leg. 7. §. vlt. ſupr.* quàm ſi ex contractu *l. ſi hominem 7. §. 1. infr. depoſit. l. ex depoſiti 12. l. ex contractibus 49. infr. de oblig. & act. l. ad ea 157. §. vlt. de regul. iur.*

V. Obiectio ſuperiori ſimilis & contigua eſt, toties in heredem dari actionem in ſolidum, quoties ex ſuo delicto conuenitur *d. l. toties 44. de reg. iur. l. quod in herede 9. §. vltim. infr. de tribut. act.* Furis verò heredem non conueniri ex dolo ſuo, qui ob eius furtum, cuius heres eſt, conuenitur. Dicimus veram eſſe regulam adfirmatiuè, ſed non ſi conuertatur, negatiuè, quaſi non poſſit in ſolidum teneri heres, niſi ex ſuo & proprio dolo conueniatur. Nam in ſolidum tenetur tum quoque cùm ex dolo defuncti conuenitur, ſi actio ſui natura meram rei perſecutionem contineat, ſiue ex delicto, ſiue ex contractu deſcendat, vt modò diximus & probauimus.

VI. Obiectio eſt, ex facinore defuncti heredem non debere damnum ſentire ex *l. 3. infr. de vi & vi armat.* Subiret verò damnum heres furis ex delicto defuncti, ſi in ſolidum teneretur eo caſu quo res furtiua ad eum in ſolidum non perueniſſet. Reſpondemus, heredem quidem furis ſubire hoc caſu damnum, at non ex facinore defuncti, ſed ex facto proprio, quòd furis hereditatem adeundo, quam repudiare aut aliter omittere potuerat, vltro ſe obligauerit omnibus oneribus hereditariis, & cum domino cui furtum factum eſt, ita quaſi contraxerit *leg. 3. §. vltim. & leg. ſequent. infr. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Nam qui ſciuit aut ſcire debuit, actiones ciuiles ſui natura merè rei perſecutorias tranſire in ſolidum aduerſus heredem, quamuis deſcendentes ex delicto, ea lege & condicione furis hereditatem adiiſſe videtur, *leg. ſi duo 38. infr. de acquir. hered.* Sibi ergo imputet ſi damnoſam hereditatem adiit *leg. ſi hereditatem 32. infr. mandat. leg. 4. ad SC. Trebell.* aut ſi lucroſa ſit, damnum illud cum lucro maiore compenſet: ſemper enim ſoluendo intelligitur eſſe hereditas, quæ inuenit heredem *leg. libertus 36. de bon. libert. leg. quæ dotis 33. ſolut. matrim. iuncl. reg. l. quod quis 203. de reg. iur.*

VII. Obiectio eſt, ſufficere heredem quoties ex defuncti ſcelere conuenitur non in lucro verſari, ideóque nec vltra id quod ad eum

peruenit,

peruenit, condemnari ipſum debere *d.l.3. de vi & vi armat.* non autem in lucro verſari hæredem, etiamſi in ſolidum non teneatur, ſi modò condemnetur in id quod ad ipſum peruenit. Reſpondemus, in actionibus quidem merè pœnalibus, aut mixtis ita eſſe, ſed non in ciuilibus merè rei perſecutoriis, licèt ex delicto deſcendentibus, à quibus non de eo quærendum eſt, an in lucro verſetur heres, an in damno, ſed an indemnitati actoris pleniſſimè ſatisfactum ſit, ſiue actio deſcendat ex contractu ſiue ex delicto.

Addunt VIII. Obiectionis loco illud, quod ad furis heredem peruenit, propterea ei condici poſſe videri, vt turpe lucrum ei extorqueatur *leg. in honorariis 35. de oblig. & action. d.l. ſicuti 38. de regul. iur.* Hanc verò rationem ceſſare in eo herede ad quem omnino nihil ex defuncti furto peruenerit. Reſpondemus ſimiliter (omnes enim hę obiectiones, vt nemo non videt, in idem ferè recidunt) rationem illã obligandi heredis de reſtituendo eo quod ad ipſum peruenit, vt turpe lucrum ei extorqueatur, ad actiones aut merè pœnales aut mixtas pertinere, ne prætextu criminis morte extincti heres ex ſcelere defuncti locupletetur *l.5. de calumn. l. vnic. C. ex delict. defunct. l. cùm falſi 12. infr. ad leg. Cornel. de falſ.* ſed in actionibus ciuilibus merè rei perſecutoriis, quamuis ex delicto deſcendentibus aliam eſſe rationem, quæ faciat, vti in ſolidum tranſeant in heredem, illam nimirum quam adfert Vlpianus *in d.l. ſi pro fure 7. §. vlt. ſupr.* quia rei perſecutionem continent, in quo proinde actionum genere neque de lucro neque de damno heredis quærendum eſt, ſed de eo duntaxat quid & quantum actori abſit, vt ei pleniſſimè ſatisfiat.

IX. Obiectio eſt, In contractibus ſucceſſores ex dolo eorum quibus ſucceſſerunt, in ſolidum teneri, hoc eſt, vnumquemque pro ea parte pro qua heres eſt *l. ad ea 157. §. vlt. iunct. l. hoc iure 152. §. vlt. de regul. iur. l. ex depoſito 12. l. ex contractibus 49. inf. de oblig. & action.* Ergo, inquiunt, aliud eſt in delictis *l. vnic. C. ex delict. defunct.* Atqui condictio furtiua videtur eſſe ex delicto (ſic enim loquuntur, ne abſurdè facere videantur, ſi cum prudentibus noſtris abſolutè & ſimpliciter dicant eſſe ex delicto) non ſolùm reſpectu contrectatæ rei furtiuæ, ſed etiam fallaciæ & doli mali, ſine quo furtum nullum committitur *d.l. meritò 51. pro ſocio.* Reſpondemus aliud quidem iuris eſſe in delictis, aliud verò in contractibus, ſicut & alia cauſa eſt contrahendi, alia delinquendi *l.1. §. 2. infr. de exercit. act.* quia actiones quæ naſcuntur ex delicto regulariter ſunt pœnales, aut meræ, aut mixtæ, prætoriæ quidem omnes ex parte rei, ciuiles autem quàm plurimæ. Actiones verò quæ ex contractib. naſcuntur, omnes ſunt rei perſecutoriæ etiam ex parte rei, nullæ prorſus pœnales niſi pro pœnalibus habere quis velit eas per quas pœna conuentionalis petitur, de quibus in *l. ſtipulatio iſta 38. § alteri de verb. oblig. l. vlt. de ſtipulat. prætor. l. ſi pacto quo pœnam 14. C. de pact.* Sed non ſunt hæ actiones pœnales eo ſenſu quo illæ de quibus nunc agimus. In his namque actionibus pœna iure conuentionis non vi & poteſtate actionis infligitur. Cæterùm ſi quæ ſint actiones ex delicto deſcendentes, quæ non minùs quàm actiones ex contractu merã rei perſecutionem contineant, eadem omnium ratio hac parte eſt, vt in ſolidum dari debeant contra heredem, quaſi non tam cauſa & origo actionis ſpectanda ſit, vt aliàs fieri ſolet *l. qui id quod 33. in princip. infr. de donat. l. tutor 69. de fideiuſſ.* quàm vis & poteſtas iudicij. Et verò parum refert, an actio naſcatur ex delicto, an verò ex contractu quidem, ſed ita tamen vt non aliter locum habere poſſit, quàm ſi dolus & delictum interueniat, vt in *leg. ſi hominem 7. §. 1. infr. depoſit.* Vtroque enim caſu delictum in actione verſatur, & dolus ſolus condemnationi cauſam præbet. Non igitur diſtinguendum eſt, an actio ex contractu naſcatur, an ex delicto, ſed an detur ad pœnam criminis, an ad meram rei perſecutionem. Et perpetuus aduerſariorum noſtrorum error in eo eſt, quod in actionibus ex delicto deſcendentibus meram rei perſecutionem habent pro pœna delicti, aut ſaltem cum delicti pœna confundunt, cùm tamen nihil commune habeat perſecutio rei cum perſecutione criminis aut pœnæ *d.l. qui vas 48. in princip. l. ſi pignore 54. §. cùm furtis infr. de furt. d. l. ſi pro fure 7. §. 1. ſupr. hoc tit.*

X. Argumentum eſt, Actionem, quæ in ſolidum ex dolo defuncti contra heredem datur, neceſſe eſſe ex contractu reique perſecutione deſcendere *d.l. ſi hominem 7. §. 1. depoſit.* Hoc verò, inquiunt, ecquid aliud eſt, quàm vt intelligamus aliud iuris eſſe, ſi actio deſcendat ex delicto, reique perſecutione? Negamus propoſitionem quatenus ita concepta eſt, vt neceſſe ſit actionem, quæ in ſolidum ex dolo defuncti contra heredem datur, deſcendere ex contractu, reique perſecutione. Nec enim ſic lex loquitur vt dicat eſſe hoc neceſſe, ſed rationem adfert, cur in actione depoſiti ex dolo defuncti heres in ſolidum teneatur, *quia* inquit Vlpianus, *hic dolus ex contractu, reique perſecutione deſcendit.* In quibus verbis non tam inſpiciendum eſt quod lex ait *ex contractu* quàm quod ſubiicit *reiq; perſecutione.* videntur enim addita præcedentia illa *ex contractu* non tam ad excludendam cauſam delicti, quàm quia cauſa contractus adiunctam ſemper & comitem habet rei perſecutionem; cauſa verò delicti pœnam, eámque non tranſitoriam in heredes, ſed ſi quando contingat (contingit autem non ſemel, nec in condictione furtiua tantùm, quemadmodum in ſuperioribus oſtendimus) vt actio nata ex delicto nihil niſi meram rei perſecutionem contineat; non eſt ſeparanda cauſa delicti à cauſa contractus, ſed actionis effectus magis inſpiciendus eſt qui in vtroque actionis genere totus in rei perſecutione conſiſtit. *dict. leg. 7. §. vlt. ſupr. & hac lege.*

XI. Argumentum eſt, Actionem de alienatione iudicij mutandi cauſa facta non eſſe pœnalem, ſed pertinere ad rei perſecutionẽ *l.4. §. vlt. ſupr. De alienat. iudic. mut. cauſ. fact.* & tamen quia videtur ex delicto dari, non eſſe dandam in heredẽ vel in ſimilem ſucceſſorem, vt neque poſt annum *d. § vlt. iunct. l.5.6. & 7. eod. tit.* Ergo multo minùs condictionem furtiuã aduerſus heredem dari in ſolidum debere, tanquã quæ ſi ex delicto eſt, magis ex delicto agnoſcatur dari quàm illa. Reſpondemus, Actionẽ illam de alienatione iudicij mutandi cauſa facta, quæ in factũ actio dicitur in *l.1. & paſſ. ill. tit.* nõ eſſe ciuilẽ, qualis eſt furtiua condictio, actio legis Aquiliæ, perſecutio commiſſi & accuſationes ex legibus publicorum iudiciorum peculatus repetundarum & de reſiduis, ſed prætoriã, edicto ſcilicet illo prætoris de quo in *d.l.1.* comparatam, ideóque non eſſe merè rei perſecutoriã ex vtraq; parte, qualis etiam eſt furtiua condictio, ſed ex parte actoris tantùm perſequentis quanti ſua intereſt, ex parte autem

rei eſſe pœnalem, exemplo cæterarum omnium prætoriarum quæ ex delicto naſcuntur (ſi excipias actionem illam in factum de qua in *l. liberum 9. ſupr. de relig. & ſumptib. funer.*) quia concepta eſt pœnæ nomine ad puniendum factum & dolum eius, qui alienauit iudicij mutandi cauſa, & vt duriorem aduerſarium aduerſario ſuo ſubiiceret, vt in *leg. huius actionis 9. §. 1. infr. quod fal. tutor. author. l. prætor ait 9. §. vlt. & l. ſeq. infr. de reb. author. iudic. poſſid.* Quod de condictione furtiua non ſimiliter dici poteſt, vt neque de aliis actionibus ciuilibus, quamuis ex delicto deſcendentibus, quia continent ex vtraque parte perſecutionem rei, nec tam ad puniendum factum & dolum delinquentis cõparatæ ſunt, quàm ad præſtandam actori pleniſſimam indemnitatem, vt ſuprà docuimus. Ideóque nihil cauſæ eſt, cur nõ in ſolidum aduerſus heredem quoque dari debeat, & perpetuo, id eſt, etiam poſt annum *l. ſi mulier 21. §. hæc actio infr. rer. amot.* De quo nec aduerſarij noſtri dubitant, quorum tamen obiectio, ſi vllius eſſet momenti, non minùs probaret condictionem furtiuam finiri anno exemplo actionis in factum *de alien. iudic. mut. cauſ. fact.* quàm illud probari putant, condictionem furtiuam non in ſolidum aduerſus heredem dari debere, ſed de eo tantùm quod peruenit. Ex eodem enim fonte vtrumque naſcitur, vt actio illa de alienatione iudicij mutandi cauſa facta, nec in heredem in ſolidum nec poſt annum detur: & vtriuſque propoſitionis vna eadémque ratio redditur in *l. quia 7. ill. tit.* quia licèt rei perſecutionem contineat, videtur tamen ex delicto dari: quæ tamen ratio manca certè, ac minùs bona eſt, niſi eam ita ſuppleamus, vt actio hæc, quia ex delicto datur, & prætoria eſt, pœnæ nomine concepta ſit, & ad puniendum dolum alienantis, ideóq; ex parte rei ſit pœnalis, quomodo coniunctim ſcriptum eſt in *d. l. prætor ait 9. §. vlt. & legib. ſeqq. de rebus author. iudic. poſſid.* Sed & alia inter actionem illam in factum, & condictionem furtiuam differentia, nec minoris momenti eſt, quod actio illa non ſui natura meram rei perſecutionem continet, vt condictio furtiua, ſed tantùm arbitrio iudicis, vt diſertè ait Vlpianus in *d. l. 4. §. vlt.* vt intelligamus actionem illam eſſe arbitrariam, ex qua proinde non aliter ſequi condemnatio poteſt, quanti actoris intereſt, quàm ſi conuentus reus iuſſus ſit à iudice, vel ſoluere quod debet, vel iudicium ipſe ſuſcipere, nec arbitrio tamen parere voluerit *leg. 3. §. vltim. leg. nam etſi 10. eod. tit. iunct. §. præterea Inſtit. de action.* Hinc namque fit vt in heredem dari non poſſit hæc actio niſi de eo quod ad ipſum peruenit: quia cùm arbitrium iudicis tale ſemper eſſe debeat, quale viri boni, id eſt, ſumma ſemper æquitate ſubnixum, non poteſt æquum videri, vt heres doloſi plus reddat, aut præſtet quàm ad eum peruenerit *argum. leg. mulier 22. §. ſed enim infr. ad SC. Trebellian.* Quod ſecus eſt in condictione furtiua quæ non arbitraria, ſed ſtricti iuris actio eſt, nec arbitrio iudicis, ſed ſui natura meram rei perſecutionẽ continet, vt toties inculcauimus.

XII. Aduerſariorum OBIECTIO eſt, eáque omnium vt creditur fortiſſima, & quæ virum doctiſſimum Iacobum Cuiacium ſola præcipitem egiſſe mihi videtur, quòd heres mulieris actione rerum amotarum teneatur, ſicuti heres furis tenetur condictionis nomine ex cauſa furtiua. hæc enim verba ſunt *leg. contra 6. §. item heres 4. infr. rer. amot.* Atqui heres mulieris tenetur actione rerum amotarum non in ſolidum, ſed de eo tantùm quod peruenit, vt ſcriptum eſt in *leg. vltim. Cod.* idque tam apertis & diſertis verbis, vt nulla alia interpretatione lex illa donari probabiliter poſſit. Ergo & in condictione furtiua idem iuris eſt, maximè cùm dici cæteroquin vix poſſit, inquiunt, cur actionem rerum amotarum condictioni furtiuæ Paulus compararet in *dict. §. item heres.* Reſpondemus dictionem *ſicut* qua Paulus vtitur in *dict. §. item heres:* & qua nituntur, qui loco illo contra nos abutuntur, non ſemper denotare omnimodam, vt aiunt, ſimilitudinem, ſed plerumque vnam tantùm aut alteram: in propoſito autem Paulum ita locutum eſſe ad differentiam actionis furti, in cuius locum præcipuè ſubſtituta eſt actio rerum amotarum, ne quis fortè ideò putaret, nõ debere illam dari contra heredem, ſicuti nec datur actio furti, ne quidem de eo quod peruenit: tritum ſiquidem eſt actionem quamlibet in alterius locum ſubrogatam, eius naturam ſapere in cuius locum ſubrogata eſt *leg. ſi quis eum 10. §. qui iniuriarum ſupr. leg. ſi quis caution. leg. 1. §. 1. de ſtipulat. prætor. leg. 1. rem pupill. ſalu. for. leg. 1. §. ſi quis ſub conditione infr. vt legat. ſeu fideic. ſeruand. cauſ. caueat.* Sed contrà voluit Paulus monere actionem rerum amotarum, quia non tantùm in locum actionis furti ſubſtituta eſt, ſed etiam in locum furtiuæ condictionis (eſt enim hæc turpis *leg. nec quicquam 56. infr. pro ſocio ſicut illa famoſa leg. 1. l. furti 6. & paſſ. de his qui not. infam.* in honorem verò tranſacti matrimonij, & propter eius pudorem, vt loquitur Iuſtin. in *leg. vltim. in fin. Cod. de furt.* non minùs turpis quàm famoſa actio coniugi aduerſus coniugem denegatur *leg. 2. infr. rer. amot. leg. 2. Cod. eod.*) ſimiliorem eſſe hac parte condictioni furtiuæ quàm actioni furti, ſimiliorem inquam hactenus, vt tranſeat contra heredem furis, contra quem tranſit etiam condictio furtiua, nullomodo autem furti actio, ſed non tamen vt tranſeat eodem modo. Condictio enim furtiua tranſit in ſolidum, vt ſcriptum eſt in hac lege, & in *dict. leg. ſi pro fure 7. §. vltim. ſupr.* Actio autem rerum amotarum non niſi quatenus ad heredem peruenit *d. l. vlt. Cod. rer. amot.* quam licèt alio ſenſu donare voluerimus *libr. 4. Coniect. cap. 1.* iam tamen in Chiliade noſtra monuimus erratum à nobis tum fuiſſe, quia Iacobo Cuiacio nimirum credebamus adfirmanti, nullam poſſe diuerſitatis rationem adferri inter condictionem furtiuam & actionem rerum amotarum, quòd vtraque ex delicto ſit, & rei perſecutionem contineat, & vna ſicut alia contra heredem detur: nam neque diuerſitatis rationem aut rationes, quas poſteà plures obſeruauimus, adhuc bene perſpexeramus. Nunc verò idipſum ferè reſpõdemus quod ad proximam obiectionem ſuperiorem reſpondimus, actionem rerum amotarum in pleriſque differre à furtiua condictione, ſed in tribus præcipuè. Primùm in eo, quòd non ciuilis actio eſt, vt condictio furtiua ſed prætoria, vt diſertè ſcriptum eſt in *leg. 1. Cod. rer. amot.* quamuis aduerſarij noſtri garriant, qui vt grauioribus ſe implicent erroribus ciuilem eſſe volunt, contra tam manifeſta legis illius verba, præſertim ſi cum Cuiacio ibi malis legere, quomodo legendũ puto *præmittitur* non vt vulgo *permittitur*. Secundò in eo quòd non ſtricti iuris actio eſt, vt condictio furtiua & cõdictiones cæteræ omnes, ſed arbitraria, nec ſui natura meram rei perſecutionem continet, ſed arbitrio tantùm iudicis, vt illa ſuperior de qua in *l. 4. §. vlt. ſup. de alien. iudic. mutand. cauſ. fact.*

*cauſ. fact.* Præcedere namque neceſſe eſt iuſſum & arbitrium de rebus amotis reſtituendis, vt ſi arbitrio non pareatur, & res amotæ non reddantur, ſequi poſſit condemnatio mulieris, quanti vir in litem iurauerit, vt diſertè ſcriptum eſt in *l. ſi cùm dos 8. §. 1. infr. rer. amot.* cùm tamen in condictione furtiua, vt & in aliis ſtrictis omnibus neque arbitrium vllum interueniat, neque in pœnam concepti arbitrij iuretur vnquam in litem. Tertiò in eo quòd condictio furtiua licet ſit ex delicto, non tamen concepta eſt pœnæ nomine ad puniendum furtum & factum furis, ſed ad obtinendam rem furtiuam quam ſolam perſequitur, actio autem rerũ amotarum, quia & prætoria eſt, & ex delicto, exemplo cæterarum actionum quæ ſimiliter & ex delicto ſunt & prætoriæ, (excepta actione illa in factum, de qua in *l. liberum 9. ſup. de relig. & ſumptib. funer.*) punit factum mulieris quæ res amouit, & introducta eſt, vt coerceatur mulier furti nomine, quod fecit, licet leniùs, quàm ſi furti actione conueniretur *l. pen. rer. amot.* ac proinde pœnalis quodammodo eſt, ex parte eius perſonæ quæ conuenitur. Vnde eſt fortaſſe, quod conſtante matrimonio non datur, ex regula *d. l. 2. C. eodem tit.* & conſequenter non poteſt dari aduerſus heredes mulieris quæ res amouit, niſi in quantum ad eos peruenit. Nec ob id ſolùm quod actiones etiam quæ ex parte actoris meram rei perſecutionem continent ſui natura, ſi tamen ex parte rei ſint pœnales, numquam dantur in ſolidum contra heredem *d. l. huius 9. §. 1. infr. quod falſ. tutor. auth. d. l. Prætor ait 9. §. vlt. & legib. ſeqq. de rebus author. iudic. poſſid.* ſed etiam, quia cùm ſit arbitraria, vt diximus, (nec enim bonæ fidei dici poteſt, cùm non ſit enumerata inter cæteras in *§. actionum. Inſtit. de action.* multò minùs verò ſtricti iuris, cùm in ea iuretur in litem *dict. l. 8. §. 1. rer. amot. iunct. l. alias 6. ſupr. de in lit. iur.*) nec niſi arbitrio iudicis meram rei perſecutionem contineat, vt illa de qua in *d. l. 4. §. vltim. de alienat. iudic. mut. cauſ. fact.* non poſſet arbitrium iudicis, niſi per iniquum tale eſſe, vt heres mulieris iuberetur reddere plus quàm ad eum perueniſſet *d. l. mulier 22. §. ſed enim ad SC. Trebell.* Qua etiam ratione dicendum eſſet actionem rerum amotarum non eſſe perpetuam, nec dari poſſe poſt annum, non magis quàm illam, de qua in *d. l. 4. §. vlt. & legib. ſeqq. de alien. iudic. mut. cauſ. fact.* niſi eſſet illa ſubſtituta in locum condictionis furtiuæ, quæ perpetua eſt *l. ſi mulier 21. §. hac actione rer. amot.* propter quod habet hoc quoque ſingulare, vt & alia tam multa *l. 1. eod. tit.* Quis ergo iam miretur, quod neque Cuiacius, neque ex Cuiacianis illi qui contra nos ſentiunt, percipere vnquam potuerunt, alio iure cenſeri condictionem furtiuam, quæ & ciuilis eſt, & ſtricta, & ſui natura meram rei perſecutionem continens, etiam ex parte furis, nec vllomodo pœnæ nomine ad furtum puniendum concepta, vt ſcilicet contra heredem furis, quamuis innocentem nec vlla tenus factum locupletiorem detur in ſolidum, non minùs quàm aduerſus furem ipſum? Quid verò ad hæc omnia reſpondent aduerſarij? Nimirum actionem rerum amotarum non eſſe prætoriam, ſed ciuilem; exemplo, inquiunt, actionum commodati & depoſiti, quæ licet edicto Prætoris perinde promittantur *l. 1. inf. commod. l. 1. infr. depoſit.* non eò minùs tamen ſunt ciuiles cùm naſcantur ex contractu. Item non eſſe arbitrariam, ſed ſtrictam & condictionem quandam quaſi furtiuam ex *l. rerum amotarum 26. infr. rer. amot.* Poſtremò dari in heredem de eo tantùm quod ad ipſum peruenit, non quia ſit arbitraria, aut pœnæ nomine concepta, ſed quia ſit ex delicto. In quibus omnibus falluntur miſerè: actionem enim rerum amotarum prætoriam eſſe non ciuilem iam probauimus ex *d. l. 2. Cod. eod. tit.* Et verò ſi eſſet ciuilis aut ex lege aliqua deſcenderet, vt actio legis Aquiliæ, & actiones publicorum iudiciorum, aut ex prudentum interpretatione, quæ tamen non potuiſſet facilè inducere vnanimi prudentum omnium conſenſu tam multa ſingularia, quæ concurrunt in iudicio rerum amotarum, quod ideo ſingulare dicitur in *l. 1. eod. tit.* vbi additur etiam hoc iudicium fuiſſe introductum, quod non poteſt intelligi ab alio quàm à Prætore: quæ enim à prudentibus recepta ſunt, ea non dicuntur introducta, ſed recepta, & commentitia quaſi quæ neſciri poſſit quo primum tempore fuerint inducta *leg. ſi pœna 20. infr. de pœn.* Præſertim verò cùm in eadem *l. 1. ad finem.* ſcriptum ſit ex Sabino & Proculo furtum quidem facere coniugem coniugi, quod & ſcriptum eſt in *l. pen. eod. tit.* ſed furti actionem non eſſe conſtituto iure. Cùm enim ius conſtitutum dicatur ad differentiam iuris recepti & commentitij, vt & in *l. ſi peculium 20. §. ſi ſeruus. infr. de ſtatuliber.* vt docuimus ad *l. non omnium 20. ſupr. de legib.* fatendum eſt, quemadmodum prudentum authoritate factum fuit, vt coniugi in coniugem furti actio dari non debeat, ita neque ab iis introductum fuiſſe ſingulare illud iudicium rerum amotarum, ſed à prætoribus, ad quorum maximè curam & iuriſdictionem pertinebat, vt prouiderent nè quo caſu actio deficeret, quam dari æquum eſſet. Qua ratione nec mirum videri debet actiones commodati & depoſiti eſſe prætorias licèt ex contractu naſcantur. Neque enim exiſtimandum eſt, ciuilium actionum tam plenum fuiſſe numerum, vt de ſingulis negotiis ſingulæ actiones eſſent proditæ, quæ proprium nomen haberent. Ideóque actiones præſcriptis verbis tanquam ſubſidiariæ erant introductæ, itémque actiones in factum tam ciuiles, quàm prætoriæ *l. 1. §. vlt.* cum tribus legibus ſequentibus *l. quia actionum 11. l. ſi gratuitam 17. in princip. infr. de præſcr. verb.* Quibus tamen actionibus cùm ſint ſubſidiariæ, locus nullus relinquitur in iis caſibus, in quibus ſpecialiores actiones ex prætoris edicto comparatæ ſunt. Sic factum videmus, vt quamuis vindicatio ſit merè ciuilis actio, attamen ad exhibendum actionem quæ præparatoria eſt vindicationis, neceſſe fuerit induci à prætore *l. 1. ſupr. ad exhibend.* vt quoties de rebus mobilibus occultatis agendum eſſet, vindicationis vſus aliquis eſſe poſſet, itémque publicianam pro rebus alienis nondum vſucaptis *l. 1. & paſſ. ſupr. de publicia. & §. namque Inſtit. de act.* Rurſum quod aduerſarij negant actionem rerum amotarum eſſe arbitrariam, faciunt apertè contra Pomponium in *l. ſi cùm dos 8. §. 1 rer. amot.* vbi ſcribit ex Sabino ſi mulier res quas ſubmouerit non reddat, æſtimari debere, quanti in litem vir iuraſſet, quia æquum non ſit inuitum dominum ſuo pretio res ſuas vendere, vt ex Paulo ſubiicitur in *l. ſequent.* Ideóque nec debere virum pro euictione promittere, quod ex contumacia mulieris id ita acciderit, vt idem Pomponius ratiocinatur in *l. ideoque 10. eod. tit.* vt intelligamus quoties vir in litem iurat contra mulierem, condemnari mulierem quanti in litem iurauerit, non quòd ipſa res amouerit, (nam actio rerum amotarum ſui natura nihil niſi rei amotæ perſecutionem arbitrio iudicis continet *l. 4. §. vltim. ſup. de alien. iud. mut. cauſ. fact.*)

ſed quia res amotas iuſſa reddere arbitrio iudicis noluerit illa per contumaciam patere, ita vt non tam amotionem & furtum mulieris quàm contumaciam puniri grauiùs æquum ſit, quæ arbitrariarum omnium actionum natura & condicio eſt *§. præterea. Inſtit. de act. l. qui reſtituere 68. ſupr. de rei vind. l. 1. & l. tutor 8. ſupr. de in lit. iur. l. vltim. infr. de fideiuſſor.* Porrò ſi actio rerum amotarum & prætoria & arbitraria eſt, vt eſt, negari iam non poteſt, quod nos in poſtrema Chiliadis noſtræ parte defendimus, non eſſe igitur condictionem: & ita negatione addita legendum eſſe in *dict. l. rerum 26. infr. rer. amot.* Certiſſimum enim eſt, quod nec aduerſarij poſſunt negare, condictiones omnes eſſe ciuiles, & ſtricti iuris, nullam penitus aut prætoriam aut arbitrariam. Et certè ſi qua poſſet eſſe arbitraria, ea maximè eſſet, de qua nunc tractamus, condictio furtiua, vel ob hoc ſaltem, vt æſtimatio rei furtiuæ poſſet ex contumacia in infinitum creſcere per iuſiurandum in litem, ſupra etiam quam ferret æſtimatio quanti plurimi, ex *l. 1. ſupr. de in lit. iurand.* Æquum enim eſt duriùs agi cum fure, quàm cum cæteris, qui alio cuiuſlibet condictionis genere tenentur. Neque verò tantopere inſultare aduerſarij, & cum illo ſuo, ô me, exclamare debuerunt aduerſus id quod in Chiliade ſcripſimus, actionem rerum amotarum nihil habere commune cum cauſa dominij, vel proprietatis, quia nec per eam tantùm intenditur dari quid, ſed tantùm reddi vel reſtitui oportere ex *d. l. 8. §. 1.* ideòque res nec viri proprias nec dotales, id eſt, verè & merè alienas, etiam actione rerum amotarum peti poſſe: cùm idipſum diſertè ſcriptum ſit in *l. ſi concubina 17. §. vltim. eod. tit.* teneri ſcilicet eo iudicio illam quoque mulierem, quæ res viro ſuo pignori datas amouerit, item in *l. ſi rem 20. eod. tit.* vbi Marcellus ſcribit, ſi rem alienam quam maritus bona fide emerat, vxor amouerit, vel opem furi tulerit, idque diuortij cauſa fecerit, rerum amotarum iudicio damnari eam debere, & meritò: nam etiamſi alienum quid maritus tenebat, quod in bonis eius non eſſet, titulo fortaſſis locati, vel depoſiti, vel commodati, aut in quo aliquod aliud ius ipſe haberet, ex bonis tamen eius erat, ipſiúſque intererat non amoueri, quod ſufficit vt actionem rerum amotarum habere poſſit, quomodo & de actione vi bonorum raptorum ſcriptum eſt in *l. 2. §. in hac actione. infr. vi bonor. raptor.* ex quo loco apparet quod ſcriptum eſt in *l. 1. in fin. C. rerum amot. doce tui iuris res ablatas eſſe*, non ad ius dominij reſtringendum eſſe, vt putant aduerſarij, ſed de iure quolibet quod maritus in rebus amotis habeat, intelligi debere: mei enim iuris eſſe dicitur, quicquid tale eſt, vt in eo ius aliquod habeam, licet dominium meum non ſit *d. §. in hac actione.* Et quod iidem addunt in actione rerum amotarum iurari in litem *dict. l. ſi cùm dos. §. 2.* alium autem quàm dominum vulgò ad iuſiurandum non admitti *l. non enim 9. eodem tit. & l. tutor 8. ſupr. de in lit. iur.* adhuc imperitius eſt. Non enim negamus poſſe maritum agere rerum amotarum de rebus propriis vel dotalibus, ſed dicimus poſſe etiam agere de alienis: neque tamen dicimus poſſe in litem iurare, ſi pro alienis agat, ſed tantùm ſi pro ſuis propriis vel dotalibus, ſicuti ſolet dici, in actione quidem furti iurari in litem *l. cùm furti 9. de in lit. iurand.* ſed non aliter tamẽ quã ſi iure dominij ea furti actio deferatur, vt ibi diximus ex *l. ſi vendidero 80. §. 1. infr. de furt.* Latiùs enim patet, quod ad res amotas pertinet, actio rerum amotarum, quàm earum vindicatio aut condictio. Nam ob res amotas vel proprias viri, vel etiam dotales vindicatio competit ſi extent *l. ob res proprias 24. infr. rerum amot. l. vltim. C. eod.* itémque condictio certi, ſi in rerum natura eſſe deſierint *dict. l. ſi concubina 17. § non ſolum eod. tit.* & in poteſtate viri eſt, qua actione velit vti *dict. leg. ob res proprias*, id eſt, an actione rerum amotarum, ſiue res extent, ſiue non extent, an potius vindicatione ſi extent, aut condictione certi ſi non extent, quomodo intelligenda eſt *d. l. ob res amotas.* non autem vt ſit in poteſtate viri an vindicatione vti malit, an condictione. Nam quemadmodum vindicatione vti non poteſt pro rebus non extantibus, ita neq; condictione pro extantibus, ſed rerum tamen amotarum agere poteſt pro vtriſque, adeòque quod magis eſt, etiamſi ad mulierem ipſam non peruenerint *l. ſed & ſi diuortij 19. in fin. eod. tit.* Ob res verò amotas quæ nec propriæ viri nec dotales fuerunt, ſola competit actio rerum amotarum *d. l. ſi concubina. §. vlt. & d. l. ſi rem 20. infr. eod. ill. tit.* non atiam vindicatio neque condictio niſi domino, cùm alienæ res fuerũt, quæ amotæ ſunt *l. ſed & domino 18. eod. t.* præterquam ſi de condicenda ſola earum poſſeſſione tractetur: nam iure gentium condici poſſunt res, id eſt, rerum poſſeſſio ab his omnibus, qui eas non ex iuſta cauſa poſſident *l. contra 6. §. ſed ſi morte, & l. rerum quidem 25. eod. tit. rer. amot.* vbi Martianus cùm ſcribit maritum ipſas res poſſe condicere, ea locutione poſſeſſionem ſignificare voluit non proprietatem: latet enim rerum proprietas, & ipſam rem cùm dicimus, id magis ſignificamus, quod ex re apparet, & in promptu eſt, ac proinde poſſeſſionem quæ corporalis eſt, & corporeis ſenſibus acquiritur, nam & condici poteſt ſola poſſeſſio *l. indebiti 15. §. ſed ſi nummus ſupr. de condict. indeb.* Cúmque lex dicat iure gentium condici poſſe, quod alius non ex iuſta cauſa poſſidet *d. l. rerum quidem*, aut quod apud alium ex iniuſta cauſa eſſet, vt in *d. §. item ſi heres, & l. perpetuò 6. ſupr. de condict. ob turp. vel iniuſt. cauſ.* omnino conſequens eſt, vt ſola poſſeſſio hoc caſu condici poſſit, quæ ſola eſt penes mulierem amouentem, non etiam dominium, quod neque apud eam eſt, neque apud maritum vnquam fuit. Ex quo magis intelligimus rerum amotarum actionem nullo penitus caſu poſſe dici condictionem, ſiue de proprietatis, ſiue de poſſeſſionis condictione intelligamus. Idq; probatur apertiſſimè ex *dict. l. rerum quidem 25.* vbi Martianus poſtquàm ſcripſit rerum amotarum iudicium ſic habere locum, ſi diuortij conſilio res amotæ fuerint, & ſecutum fuerit diuortium (dummodò diuortij cauſa eas quoque res amotas intelligamus, quas mulier non ſolùm poſt ſuſceptum diuortij conſilium, ſed etiam ante amouerit, ſi cùm poſtea diſcederet eas celauerit *d. l. ſi concubina. §. diuortij cauſa res amotas*, ſic enim legendum eſt *eod. tit.*) ſubiungit, ſed ſi in matrimonio res marito vxor ſubtraxerit, ceſſare rerum amotarum actionem, ſed poſſe maritum ipſas res condicere. Quid enim potuit ſcribi apertius, vt intelligeremus, rerum ergo amotarum iudicium condictionem non eſſe? Alioquin perinde eſſet ac ſi diceret ceſſare hoc caſu actionem rerum amotarum & non ceſſare, quod eſſet ridiculum, & contradictorium. Cui conſequenter ſubiiciendum fuit in *l. ſeq.* veluti rationis loco rerum amotarum actionem condictionem non eſſe. Nec ſanè putamus quicquã verius dici poſſe, quàm quod primi obſeruauimus addendam eſſe in ea lege negationem. Alioqui aut iuris ſententia, aut iu-

ris ca-

ris ratio conſtare nullomodo poterit. Sed hæc de rerum amotarum actione ſufficiant aduerſus reprehenſorum maledicta. Cætera enim quæ ad hunc tractatū & ad arbitrarias actiones generaliter pertinent, latiùs proſecuti ſumus in Chiliade, ex qua peti poſſunt, quæ ad aduerſariorum obiectiones, præſertim circa actiones arbitrarias reſpōderi poſſunt.

XIII. OBIECTIO eſt. Ex delicto oriri actionem rerum amotarum *l. ſi mulier 21. §. pen. eod. tit. rer. amot.* Quod nihil aliud eſt, inquiunt, quàm vt furtiua aliqua condictio ſit ex *l. rerum 26. eod. tit.* quia licet lenius ſit verbum *amouendi leg. pen. eod.* ac propter honorem matrimonij placitum magis quàm *furandi l. 1. & 2 eod. vlt in fine C. de furt.* ex vno tamen delicto & furto vtraque actio oritur *dict. leg. ſi mulier ſ. vlt.* hac tantùm differentia, quòd in actione rerum amotarum tegitur furtum, in condictione autem furtiua magis exprimitur. Ergo, inquiunt, ſi actio rerum amotarum non datur vltra id quod peruenerit ad heredes *l. vlt. C. eod.* quantò magis cōdictionem furtiuam non vltra dari æquum erit? vtpote quæ oriatur ex maiori adhuc furto quatenus matrimonij fauor in eo ceſſat: hæc enim ipſiſſima aduerſariorum verba ſunt. Ad quæ licet iam ſatis ſupérque reſponderimus in ſuperioris obiectionis cōfutatione, addendum tamen eſt graniore eos labi errore, cùm nunc aiunt actionem rerum amotarum non modò condictionem eſſe, quod iam dixerant, ſed etiam eſſe furtiuam aliquam condictionem, aut, vt alibi loquuntur, ſpeciem aliquam condictionis furtiuæ, quod longè ſtultius eſt. Quid enim erat neceſſe induci à prætore ſingulare iudicium rerum amotarum, ſi actio rerum amotarum eſſet condictio, & quidem quaſi furtiua? An non ſufficere condictio ipſa furtiua potuiſſet? Verùm quàm abſurdè hoc dicatur, vel ex eo maximè apparet, quòd condictio furtiua ſoli domino competit *leg. 1. ſupr. hoc tit.* actio autem rerum amotarum competit etiam non domino, vt proximè probauimus ex *leg. ſi concubina 17. §. vlt. & l. ſi rem 30. eod. tit. rer. amot.* & ideo in condictione furtiua intendit actor ſibi dari oportere *§. ſic itaque Inſtit. de act.* in actione autem rerum amotarum res amotas reddi & reſtitui *leg. ſi cùm dos 8. §. 1. eod.* Sed nec alia condictionis ſpecies competere poteſt coniugi, cuius res amotæ ſunt: non enim cōpetunt cæteræ condictiones niſi ei qui dominus nō ſit *leg. vlt. ſupr. vſufr. quem. cau.* maritus autem cuius res amotæ ſunt, non deſinit eſſe dominus, vt nec alius quiſquam per furtum. Conſequens ergo eſt, vt actio rerum amotarum neque furtum neque alia condictio dici poſſit, ac proinde vt addenda ſit omnino negatio quam nos addimus in *dict. leg. rerum 26. eod.* Fatemur tamen & condictionem furtiuam & actionem rerum amotarū naſci ex vno eodémque furto: indéque fieri vt mulier quæ res marito datas pignori amouit duplici actione, ſed diuerſis perſonis teneatur actione quidem rerum amotarū marito, cui reddi eas oportet, condictione autem furtiua domino qui eas pignori dederat, itémque furti actionem, quamuis non vtrique, ſed alterutri tantùm agere permittendum ſit *d. l. ſi concubina 17. §. vlt. cum leg. ſeq. & leg ſi vxor 28. eodem tit. rer. amot.* Nec bona conſecutio eſt, vt quoniam vtraque actio ex vno eodémque delicto oritur, vna proinde eadémque actio ſit, einſdémque naturæ & condicionis. Etſi namque in eo conueniunt, in aliis tamen pleriſque differunt, quæ nos ad ſuperiorem obiectionem attulimus, & quæ faciunt, vt quamuis actio rerum amotarum danda non ſit ad heredes vltra id quod ad eos peruenerit, quia nec rei perſecutionem continet niſi arbitrio iudicis, & pœnæ nomine concepta eſt ad coercendam mulierem in locum actionis furti, non minus quàm condictionis furtiuæ *d. l. pen. rer. amot.* in condictione tamen furtiua aliud dici oporteat, quæ & ciuilis eſt & ſtricta & ſui natura merè rei perſecutoria, etiam ex parte illius qui conuenitur.

XIV. Aduerſariorum OBIECTIO eſt, prætorem denegaſſe vi bonorum raptorū actionē in id quod ad heredem peruenit, vt ſcriptum eſt in *l. 2. §. vltim. infr. vi bonor. rapt.* Ergo condictione furtiua id duntaxat quod ad heredem peruenit, condicendum eſſe non ſolidum. Alioqui, inquiunt, quo colore dixiſſet Vlpianus ſufficere condictionem? Nos verò dicimus cum bona eorum venia, ſtultam eſſe conſecutionem. Nam ſicut in eo quod plus eſt, continetur quod eſt minus *l. in eo 110. de reg. iur.* ita & in eo quod amplius eſt quàm quod ſufficit, continetur proculdubio id quod ſufficit. Ergo cùm in ſolido contineatur id quod peruenit, quis non videt ei, qui actione vi bonorum raptorum vellet experiri aduerſus heredes raptoris de eo tantùm quod ad ipſos perueniſſet, ſufficere debere condictionem furtiuam quam contra eos in ſolidum exercere poteſt? Eo igitur ſenſu dicit Vlpianus ſufficere condictionem ei cui bona vi rapta ſunt, quoniam is qui ſolidum conſequitur, multò magis conſequitur id quod peruenit. Nec idcirco verendum eſt, vt actione deſtituatur is qui humanitate ductus id tantùm recipere vellet quod ad heredes raptoris perueniſſet. Qui enim poteſt ſi velit ſolidum exigere ab herede, an non poteſt ſi malit contentus eſſe eo quod ad heredem peruenit? Et verò niſi ita ius eſſet, malè prætor putaſſet ſufficere condictionem. Eſſet enim multo incommodior condictio furtiua cæteris paribus, quàm actio vi bonorum raptorum propter difficultatem probandi dominij *§. commodum Inſtit. de interd.* quæ probatio in furtiua condictione neceſſaria eſt *leg. 1. ſupr.* in actione autem vi bonorum raptorum neceſſaria non eſt: ſufficit enim probare actorem ſua intereſſe *dict. leg. 2. §. in hac actione de vi bonorum raptorum*, hæc autem probatio non eſt difficilis, licèt probare quanti interſit difficile ſit *leg. vltim. infr. de ſtipul. prætor.* Errant etiam aduerſarij in eo quod ſic loquuntur, vt dicant prætorem non ampliaſſe actionem vi bonorum raptorum in hunc caſum quo heres raptoris conueniendus ſit. Nec enim ita Vlpianus loquitur, nec loqui potuit, quia prætor hac parte naturam actionis vi bonorum raptorum reſtrinxit verius quàm non ampliauit, cùm cæteræ actiones pœnales & mixtæ & puræ dentur in heredem de eo quod ad eum peruenit, hac vna excepta ex prætoriis, & actione furti ex ciuilibus, vt ſæpius ſuprà diximus: vtraque propter condictionem hanc furtiuam, quæ hunc vtriuſque illius actionis defectum commodiſſimè ſupplet, ac cumulatiſſimè.

XV. OBIECTIO eſt, Morte furis interire poſſe condictionem furtiuam ex *l. ſi tutor 9. §. vlt. & l. ſequ. inf. de tutel. & ration. diſtr.* Quæ tamen non poſſet interire furis herede exiſtente ſoluēdo, ſi ita ius eſſet, vt daretur inſolidum contra heredem, ſiue tota res ſubrepta, ſiue pars, ſiue nihil ex defuncti furto ad eum peruenerit. Ego verò facere non poſſum quin mirer ingenia iſtorum qui vt ſibi blandiuntur, non erubeſcunt verba legum corrumpere, cùm tamen

Digitized by Google

adeò ſcrupuloſi ſint, vt nunquam velint emendari; lex enim decima non ita loquitur, vt dicat condictionem furtiuam, quæ contra tutorem furem competit, morte tutoris interire poſſe: ſed ait Paulus præciſè *quamuis enim morte tutoris intereant*, cùm Vlpianus in *§. vlt. legis præcedentis* de actionibus furti, & damni iniuriæ contra eundem tutorem competentibus locutus eſſet. Proinde ſi verbum illud pluralis numeri *intereant*, non minùs ad condictionem furtiuam, quàm ad furti & damni iniuriæ actiones referre quis cum aduerſariis velit, fatendum eſt abſolutè Pauli eam eſſe ſententiam, vt condictio furtiua morte furis intereat, non minùs quàm actiones furti & damni iniuriæ, quas conſtat morte furis non ſolùm interire poſſe, vt iſti loquuntur, ſed etiam vſque adeo interire, vt nec poſt furem poſſint viuere. Idque in actione quidem furti expeditiſſimum eſt quæ morte furis ita extinguitur, vt in eius heredem nullomodo detur, ne quidem de eo quod peruenit, de quo nec ipſi dubitant. In actione verò damni iniuriæ, id eſt, legis Aquiliæ, etſi aliud quiddam eſſe videtur, quia datur in heredẽ de eo quod ad ipſum peruenit *l. inde Neratius 23. §. hanc actionem ſupr. ad leg. Aquil.* idem tamen iuris eſt quod in actione furti, vt ea quoque morte furis intereat *d. l. 10.* quia non eo minùs interire dicitur actio morte furis aut alterius, qui damnum dedit, quòd ſalua ſit contra heredem de eo quod ad ipſum peruenit. Id enim fit non tam vi & poteſtate actionis quaſi adhuc viuentis, quàm quòd turpia lucra heredibus extorqueri oporteat *l. in heredem 5. ſupr. de calumniat. l. 4. l. cùm falſi 12. infr. ad leg. Cornel. de falſ. l. ficius 38. de regul. iur. l. vnic. Cod. ex delict. defunct. l. in honorariis 35. de oblig. & act.* vbi pro eo quod aduerſarij ſolent dicere actiones pœnales & ex delicto deſcendentes non tranſire in heredem niſi de eo quod peruênit, Paulus ait actiones honorarias, quæ poſt annum non dantur nec in heredem dari abſolutè, ſed addit ſtatim *vt tamen lucrum ei extorqueatur.* Vnde fit vt quoties prudentes noſtri ſic loquuntur, dicant actionem aliquam, quæcunque tandem illa ſit, dandam eſſe in heredem, ſic intelligi debeant, vt danda ſit in ſolidum, non autem de eo ſolo quod peruenit: & contrà vbi negant tranſire actionem contra heredem, ſic exaudiri debeant, vt non tranſeat actio in ſolidum, quamuis tranſeat de eo quod peruenit, vt omnium manifeſtiſſimè probatur ex *dict. leg. 10. de tutel. & rat. diſt. iunct. dict. leg. 23. § hanc actionem ſupr. ad leg. Aquil.* Quò etiam pertinet quod nos monuimus in præcedentibus, tam multas leges quæ dicunt, actiones rei perſecutorias, quamuis ex delicto deſcendentes dari contra heredem *dict. leg. ſi pro fure 7. §. vlt. ſupr. & hac lege §. his autem verbis 9. Inſtit. de leg. Aquil. l. liberum 9. in fin. l. ſi filiusfamilias 18. §. 1. ſupr. de relig. & ſumptib. funer. l. fraudati 8. l. cotem 11. §. illicitarum l. commiſſa 14. infr. de public. & vectig.* non alio ſenſu donari poſſe, quàm vt eiuſmodi actiones dentur, & tranſeant in ſolidum aduerſus heredem, cùm de eo quod peruênit tranſeant actiones etiam illæ, quæ dicuntur non tranſire, & morte delinquentis interire. Atqui conſtat furtiuam condictionem dari in heredem, ideóque nimirum non auſi ſunt aduerſarij ſcribere, quod minùs euidenter falſum eſſet, condictionem furtiuam morte furis interire, quomodo de actionibus furti & damni iniuriæ ſcriptum eſt à Paulo in *d. leg. 10.* ſed tantùm poſſe interire, quod ex prudentibus nemo vnquam dixit, ne quidem de actione furti, vel damni iniuriæ. Etſi enim aliquo caſu fieri poteſt vt non intereant, puta ſi lis cum defuncto conteſtata ſit, *l. conſtitutionibus 33. l. ſciendum eſt 58. de oblig. & action.* id tamen fit per accidens propter litis conteſtationem, nec eo minùs dicuntur actiones illæ ſui natura morte furis interire. Scio Marcianum in *l. pœnales 32. ad leg. Falcid.* ita ſcribere, vt dicat actiones pœnales poſſe morte reorum intercidere: ſed ita id accipi debet, vt quandiu rei viuunt, poſſint actiones illæ intercidere eorum morte, quia poſſunt ipſi mori: ſed iis morientibus intercidunt omnimodo, nec dicendum eſt, eo inſtanti inſpecto poſſe illas intercidere, quomodo aduerſarij intelligunt. Sed & obſeruandum eſt de actionibus tantùm pœnalibus loqui Marcianum. Ergo non item de condictione furtiua, quæ nullomodo pœnalis eſt. Et tamen faciunt tandem iſti eandem penitus rationem actionis furti & condictionis furtiuæ, quaſi non magis hæc quàm illa tranſire poſſit in heredem, niſi lite conteſtata: quod ridiculum eſt, nec vſquam proditum. Denique cùm actiones furti & damni iniuriæ ſui natura morte furis intereant, condictio furtiua è contrario prorſus nullo caſu interit, nec poteſt interire ſiue furis heres ſoluendo ſit, ſiue non ſit: inopia namque debitoris quiſquis ille ſit, nunquam extinguit actionem ipſo iure, ſed tantùm inanem & inefficacem eam conſtituit *leg. nam is 6. ſupr. de dolo.* idque interim tantùm & tantiſper, cùm fieri poſſit, vt qui hodie ſoluendo non eſt, poſteà fiat ſoluendo, vt conueniri & exigi efficaciter poſſit *§. vlt. Inſtit. de action. l. ſi dubitet 10. §. filiusfamilias infr. de fideiuſſ.* qui tamen conueniri nunquam poſſet, ſi actio ſemel interiiſſet, quia ſemel extincta nunquam reuiuiſcit *l. qui res 98. § aream de ſolut. iunct. l. continuus 137. §. illud de verb. oblig.* Abſurdum igitur eſt verba illa Pauli in *d. l. 10. quamuis morte tutoris intereant*, ad cõdictionem furtiuam perinde atque ad actiones furti & damni iniuriæ referre, eo prætextu, quòd de tribus illis actionibus coniunctim locutus eſſet Vlpianus in *§. vlt. legis præcedentis.* Debent enim recipere interpretationem ſecundùm terminos habiles, & facta relatione ad rationem iuris, præſertim cùm ex diuerſorum prudentum libris duo illi textus deprompti ſint, qui proinde non eandem poſſunt habere ſententiam, quam haberent; ſi vnius tantùm Iureconſulti lex eſſet ex eodem loco ſumpta, vnáque periodo concluſa: quamquam ne tum quidem aliunde quàm ex vera meráque iuris ratione petenda eſſet interpretatio. Iuris autem ratio facit, vt quemadmodum condictio furtiua ab actionibus furti, & damni iniuriæ ſeparari non debet in eo quod Vlp. ſcribit in *d. l. 9. §. vlt.* cæteras actiones, præter tutelæ, aduerſus tutorem competere, etſi adhuc tutelã adminiſtrat, veluti furti, damni iniuriæ condictionem, ita omnino ſeparanda ſit, in eo quod ſubiicitur ex Paulo in *l. ſeq.* eas actiones morte furis interire, vt ſcilicet de actionibus furti & damni iniuriæ duntaxat id intelligatur, non etiam de condictione furtiua. Et diuerſitatis ratio pereuidens illa eſt, quòd actiones furti & damni iniuriæ ſint pœnales, condictio autem merè rei perſecutoria. Quidni ergo pro ſeparatis haberi debeant ea, quæ adeò ſeparatam habent iuris actionem? Ignoſco tamen aduerſariis qui in hac obiectione tuenda, quam à viro doctiſſimo Iacobo Cuiacio ſumpſerunt, tantopere laborant. Sed non ignoſco pertinaciæ, cùm ſupradictas reſponſiones illas ferè omnes, quas proximè attulimus, ex coniecturis noſtris, & ex Chiliade addiſcere potuerint, ſibique tandem in eo ſatisfacere debuerint,

rint,

ſint. Feciſſent verò ni fallor, ſi non ſtudio contradicendi nimio premerentur.

XVI. Aduerſariorum OBIECTIO eſt, Condictionem rei furtiuæ, quia habet rei perſecutionem, heredem quoque furis obligare, nec tantum ſi viuat furtiuus ſeruus poſt mortem furis, ſed etiam ſi deceſſerit. Quod illi ſic intelligunt, ſi deceſſerit æquè poſt mortem furis, vt verba illa *poſt mortem furis*, quæ Vlpian. expreſſim adiicit ad vtrumque caſum mortis & vitæ referantur, nempe vt appareat ſeruo, qui ſubreptus fuerat defuncto, non aliter obligari heredem condictione furtiua quàm ſi ſeruus ille ad eum peruenerit. Poſſent verò ad hanc obiectionem ſufficere, quæ nos in illius §. explicatione ſcripſimus, niſi diluenda eſſet calumnia, quam iidem aduerſarij nobis obiiciunt, dum aiunt, ſupplere nos receptum textum & deprauare, mutareque eius ſententiam, additis ad verbum *deceſſerit* duobus illis verbis *viuo fure*, in quo manifeſtè nobis imponunt. Interpretatio enim hæc noſtra eſt, non ſuppletio: ſi quidem duos caſus Vlpianus exprimit, nó modò contrarios inuicem, ſed etiam contradictorios, cùm ait, *nec tantùm ſi viuat ſeruus furtiuus, ſed etiam ſi deceſſerit*. Fatemur verba illa, *nec tantùm ſi viuat ſeruus furtiuus*, ſic intelligi debere, ſi viuat eo tempore quo heres furis condictione furtiua conuenitur, ac proinde poſt mortem furis: nec enim viuo fure quiſquam eius heres aut eſſe, aut conueniri poteſt, cùm viuentis non ſit hereditas *l. 1. infr. de heredit. vel act. vend. l. 1. infr. pro her. de.* ſed negamus ſequentia illa, *ſed etiam ſi deceſſerit*, ad eundem caſum referri debere, quo deceſſerit ſeruus furtiuus æquè poſt mortem furis, alioqui non erit nouus caſus & contradictorius, ſed idem ille qui fuerat antea expreſſus, nó enim poteſt ſeruus furtiuus poſt mortem furis decedere, quin poſt mortem eius etiam vixerit, quia mors vitam præſupponit, quandoquidem nemo mortuus moritur, ſed viuus *leg. qui duos 18. §. 1. de manum. teſtam. l. vltim. infr. de cond. inſtit.* Itaque aduerſariorum interpretatio perinde facit ridiculum Vlpianum, ac ſi ſcripſiſſet quomodo ipſi intelligunt, *nec tantùm ſi viuat ſeruus furtiuus poſt mortem furis, ſed etiam ſi viuat poſt mortem furis*. Nos autem è contrario ſic eum ſenſiſſe volumus quaſi ſcripſerit, *nec tantùm ſi viuat ſeruus furtiuus poſt mortem furis, ſed etiam ſi non viuat*. Quid enim aliud eſt *deceſſiſſe*, quàm *non viuere*? In quo obſeruandum eſt non ita ſcribere Vlpianũ, *ſed etiam ſi decedat* quomodo ſcribendum erat, vt referretur mors ſerui ad id tempus quo heres furis conueniretur, ſed *etiam ſi deceſſerit*, vt id quoque tempus complecteretur, quo ſeruus furtiuus viuo adhuc fure deceſſiſſet. Itaque ſicuti caſus ille *ſi ſeruus furtiuus viuat poſt mortem furis*, excludit expreſsè caſum illum quo ſeruus viuo fure deceſſerit, ita ſequentem caſum, quem Vlpianus exprimit iis verbis *ſed etiam ſi deceſſerit*, ſiue contrarium eſſe velis, ſiue cõtradictorium, neceſſe eſt intelligi de furtiuo ſeruo qui non poſt mortem furis, ſed viuo eo deceſſerit, vt concludamus non eſſe neceſſarium ad dandam furtiuam condictionem aduerſus heredem, vt ad eum quicquã peruenerit. Ex quo apparet quàm inepta ſit aduerſariorum replicatio, cùm dicunt ſecundum noſtram interpretationem fieri, vt verba illa *poſt mortem tamen furis*, quæ ſubinde Vlpianus ſubiicit, ſint ſuperuacua, cùm ſint è contrario ampliatiua, potius ad illum quoque caſum comprehendendum, qui nondum in præcedentibus fuerat comprehenſus, quo ſeruus furtiuus ſiue apud heredem ſiue apud alium poſt mortem tamen furis deceſſiſſet. Nam ex duobus præcedentibus primus ille erat, quo ſeruus furtiuus viueret tempore inſtitutæ contra heredem condictionis furtiuæ: ſecundus autem ille, quo deceſſiſſet viuo iam adhuc fure. Supererant ergo duo alij caſus adiiciendi, vnus ille quo apud heredem ipſum, alius quo apud alium quemlibet ſeruus furtiuus poſt mortem furis deceſſiſſe proponeretur. Et ita Bartolus quoque locum illum benè interpretatus eſt, non duobus tantùm caſibus obſeruatis, vt ab aduerſariis factum eſt, ſed quatuor quibus tota facti huius contingentia concluditur, vt nullus prætermiſſus dici poſſet. Suaues verò ſunt aduerſarij, qui cùm fateri tandem cogantur vel inuiti ſatis concinnam fore noſtram interpretationem, ſi condictio furtiua ex delicto non naſceretur, hoc tamen admiſſo quod iam negare nó audent, vt ſit ex delicto, impediri ſe dicunt ea dictione *tamen* ne poſſint illam pro vera agnoſcere; quaſi alius ſit contextus verborum, & alio ſenſu donãdus, ſi condictio furtiua ex delicto proficiſcatur, alius verò & contextus & ſenſus ſi non ex delicto. Sed ſuauiores, meo palato, cùm dicunt & cõcludunt in dubio ſuam opinionem præualere debere tanquam rei gerendæ aptiorem, abutentes in hanc rem regula *leg. quoties 67. de regulis iur.* & quaſi magis congruam iuri communi, quod illi tale eſſe ſibi fingunt, vt actiones quæ ex delicto deſcendũt, ac rei perſecutionẽ continent in heredes non tranſeant vltrà quàm peruenit, nulla tamen ne vna quidem lege allata, quæ commentitiam & fictitiam regulam hanc probare poſſit, cùm illa ſua adiectione *ac rei perſecutionem habent*. Non illa certè quam vnicam adferunt tanquam apertiorem *leg. vnic. Cod. ex delict. defunct.* vbi de rei perſecutione verbum nullum, vt nec alio iuris loco qui neget actiones ex delicto deſcendentes tranſire contra heredem vltra id quod ad ipſum peruenerit. Ideóque nec mirum eſt, tantopere illos laborare, vt probent particulam *ſed* quæ ſui natura aduerſatiua eſt, tam eſſe aptam ad coniungenda ſequentia cum prioribus, quam ad ea diſiungenda ac ſi pro *ſed* ſcriptum eſſet *nam*. Sed iſta iam omittamus, quæ minus clara ſunt, & ad obiectionem decimam ſeptimam veniamus, quæ ſicuti ex Cuiacio deprompta, ita ſubtilior videtur & difficiliorem habere reſponſionem.

XVII. Igitur OBIECTIO eſt, Vino filiofamilias in patrem quatenus ex filiifamilias furto locupletior factus eſt, condictionem furtiuam non negari in *leg. 3. §. pen. infr. de pecul.* ex perſona tamen ſua non teneri patrem niſi de eo quod ad ipſum peruenit ex *leg. ſi ſeruus 4. ſupr. hoc tit.* aliàs verò ex perſona filiifamilias in peculium ex *leg. Iulianus pen. infr. eod.* id eſt, quatenus peculium filij inde locupletius ad patrem peruenerit *d. leg. 3. § pen. de pecul.* Ergo quemadmodum pater nec ex ſua, nec ex filij ſui perſona tenetur in ſolidum peculium, ſed tantùm in id quo locupletius peculium factum eſt, cùm tamen pater filij ſui heres quodãmodo ſit in peculio *l. 3. §. Pomponius adiicit ſupr. de minor. l. ſi ſtatulibera 6. §. ſi filiusfamilias infr. de ſtatulib.* ita neque heredem furis in ſolidum teneri debere, ne pro viribus quidem hereditatis: quaſi nulla diuerſitatis ratio ſatis commoda inter patrem & heredem ex cogitari poſſit, quia, inquiunt, licèt ſucceſſor commodorum & incommodorum vniuerſalis non ſit pater (alioqui foret idem qui heres, nec quaſi heres diceretur) ſucceſſor tamen etiam vitiorum eſt, ſed in quãtum locupletius

ad eum peruenit peculium, ſucceſſor verò quem quaſi heredem appellamus. Addunt, condictione furtiua teneri ſolum eum qui furtum fecit, aut heredem eius *l. ex furtiua 5. ſupr.* heredis autem verbo in condictione furtiua omnem ſucceſſorem venit *l. ſi pro fure 7. in fin. ſupr.* quaſi heredem verò in ſuo genere heredem eſſe, aut ſaltem ſucceſſorem aliquem, eodem planè effectu, inquiunt, quo dicimus vſumfructum, & quaſi vſumfructum, Seruianam & quaſi Seruianam, dotem & quaſi dotem, tributoriam & quaſi tributoriam, publicianam & quaſi publicianam *leg. 2. ſupr. de vſufr. ear. rer. §. item ſi quis Inſtit. de action. l. 3. de fund. dotal. l. pen. infr. de exercit. act. l. nec quaſi 70. ſupr. de rei vindic.* Vt intelligamus, inquiunt, ſubſtantia quidem verum vſumfructum diſtingui à quaſi vſufructu, Seruianam à quaſi Seruiana, dotem à quaſi dote, tributoriam à quaſi tributoria, publicianam à quaſi publiciana, ſed re tamen & effectu conuenire. Quod ſi ita eſt, vt hinc reſponſionem ordiamur: concludere igitur aduerſarij debuerunt, patrem condictione furtiua teneri debere in ſolidum, ſicut & is qui verus heres eſſet, teneretur: quod tamen iidem negant, cùm fatentur patrē non teneri condictione furtiua ex perſona propria, ſed tantùm ex perſona filij, quia nec ipſe fur eſt, nec heres furis ex *d. l. 5. ſupr.* Admittunt enim mortuo filiofamilias extingui peculium, & patrem non iure hereditario, ſed iure peculij bona filij occupare, ac quidem non tam quaſi de nouo acquiſita, quàm quaſi nunquam adempta *leg. 1. §. ſi ii qui bona 22. infr. de collat. l. proponebatur 9. de caſtrenſ. pecul.* vſque adeò vt audeant dicere futurum, vt pater teneri non poſſet, ne quidem de eo quod ad ipſum ex furto filijfamilias perueniſſet, niſi eatenus velut vna perſona cum filio furtum, quod filius fecit, vnà quodammodo feciſſe intelligeretur ex *§. ſi quis alij verſicul. et verò Inſtit. de inutil. ſtipulat.* ne ex furto filij locupletetur impunè *d. l. 3. §. penult. infr. de pecul.* In quo rurſus video labi eos valde imperitè. Sic enim faciunt filij furis patrem quoque furem, quod ante eos nemo vnquam dixerat. Et verò ita dici non poſſe, apparet ſatis ex eo quod Paulus in *d. l. ex furtiua,* ſcribit, ſoli filiofamilias qui furtum fecit condici poſſe, non etiā patri, quod ea condictione nunquam alius teneatur, quàm fur ipſe, aut heres eius. Nec ad rem pertinet, quod iſti pro ratione adferunt, patris & filij perſonam vnam eandémque eſſe videri: fictio enim illa iuris ciuilis eſt, quæ ſicuti ex patriæ poteſtatis iure proficiſcitur *leg. ne cum filiofamilias 16. infrà de furt. leg. Imperator 50. ad SC. Trebellian.* quæ tota iuris ciuilis eſt *tit. Inſt. de patr. poteſt.* ita & ad ea tantùm pertinet, quæ iuris ſunt, non etiam ad illa quæ ſunt facti *l. quod dicitur 130. infr. de verbor. obligat.* quæ enim facti ſunt, non tranſeunt à filio ad patrem, neque à ſeruo ad dominum *l. qui heredi 44. de condit. & demonſtr.* Delicta autem omnia facti ſunt non iuris, cū iniuriam ſemper adnexam habeant, quia non iure fiunt *l. 1. de iniur.* vnde & paſſim admiſſa dicuntur à Papiniano in *l. Stichum aut Pamphilum 95. de ſolut.* & alibi ſæpe. Ergo falſum eſt, quod iſti volunt, & pro certo ſupponunt, patrem furis condictione furtiua teneri in quantum ex furto filij peculium locupletius factum eſt. Neque verò ita loquitur Vlpianus in *dict. l. 3. §. penult. de pecul.* ſed ait, è contrario potius, ex furtiua cauſa filiofamilias condici poſſe, in patrem verò vel in dominum dandam eſſe actionem de peculio, in quantum locupletior ille ex furto factus eſſet, quia iniquiſſimum ſit ex furto filijfamilias vel ſerui patrem vel dominum locupletari impunè. Idémque eſſe ſubiicit circa rerum amotarum actionem, vt filiæfamilias nomine in id quod ad patrem peruenit, competat de peculio actio. Eiuſq; ſententiæ rationem Paulus ex Mela & Fulcinio reddit in *l. 3. §. ſi filiafamilias infr. rer. amot.* quia diſplicuit eam furti obligari, id eſt, quia cauſa actionis rerum amotarum non eſt pœnalis, quomodo eſſet ſi mulier ob res amotas furti obligaretur; regula enim iuris eſt ex pœnalibus cauſis non ſolere in patrem de peculio actionem dari *l. ex pœnalibus 58. de reg. iur.* Nemo autem dubitat, quin cauſa furti ſit pœnalis, ex qua ratione intelligimus, ſi filiusfamilias furtum alij quàm patri fecerit, quoniam & furtum facit, & furti obligatur, non debere actionem ex ea cauſa de peculio in patrem dari. Neque verò aliter ſcriptum eſt in *d. l. 3. §. pen. infr. de pecul.* vbi quamuis proponatur quæſtio an in patrem vel dominum actio de peculio danda ſit ex furto filiifamilias vel ſerui, de patre tamen nihil reſpondetur, ſed tantùm de domino dandam ſcilicet actionem de peculio in ipſum quatenus locupletior factus eſt, quia iniquiſſimum eſt ex furto ſerui locupletari: quæ tamen ſententia etiam in domino falſa eſt, non illa ſolùm ratione, quòd ex pœnalibus cauſis non magis in patrem quàm in dominum actio de peculio danda ſit, ſed illa etiam, quòd ex delicto ſerui dominus conueniri poſſit noxali actione, & per eam actionem cogi vt vel damnum præſtet, vel ſeruum noxæ dedat *leg. 4. ſupr.* Ex delicto autem tantùm non etiam ex contractu actio noxalis dari poteſt, de peculio verò ex contractu non ex delicto *l. 1. §. ſi filiusfamilias ſupr. de his qui effud. vel deiec.* Quare nec puto Vlpiani eſſe, ſed Triboniani potiùs, quod de actione de peculio in dominum danda ex delicto ſerui ſcriptum eſt in *d. l. 3. §. pen. infr. de pecul.* de quo tamen ne hîc longiores ſimus, videnda ſunt quæ ſcripſimus *decad. 78.* Illud autem multo magis falſum eſt, quod aduerſarij non modò quaſi verum ſupponunt, ſed etiam quaſi ſcriptum in *d. §. penult.* non denegari condictionem furtiuam in patrem quatenus ex furto filiifamilias locupletior factus eſt. Id enim Vlpianus neque ſenſit, neque ſcripſit eo loco, nec de condictione furtiua loquitur, vel in dominum ex furto ſerui danda, ſed tantùm de actione de peculio, quæ nihil commune omnino habet aut ſimile cum condictione furtiua. Dominus condictione furtiua & noxali præterea actione tenetur ex furto ſerui, at actione de peculio non tenetur pater ex furto filijfamilias, neq; actione de peculio, neque condictione, ne quidem de eo quod ad ipſum peruenit, ſed ipſe tantùm filiusfamilias, qui ex ea cauſa non tantùm furti actione, ſed etiam condictione obligari & conueniri poteſt *dict. leg. pen.* nec ideò tamen verendum eſt, vt ex furto filij pater impunè locupletetur, cùm filiusfamilias ſicuti ex ea cauſa conueniri poteſt, ita & condemnari poſſit, ex condemnatione verò filij poſtea pater de peculio conueniri *d. l. 3. §. idem ſcribit l. etſi condemnatus 35. ſupr. de noxal. act.* Neque de condictione furtiua accipiendum eſt, quod ex Iuliano ſcriptum legimus in *l. pen. infr. hoc tit.* de condictione in peculium danda contra patrem, ſi filiafamilias res amouerit, ſed de condictione *ſine cauſa* vel *non ex iuſta cauſa,* vt ibi dicemus. Aliáque longè hac parte ratio eſt condictionis furtiuæ, alia actionis rerum amotarum, quia cùm actio rerum amotarum nec famoſa ſit, nec turpis, licèt pœnæ nomine concepta ſit ex parte illius qui conuenitur, facilius longè eſt, vt de

eo

Digitized by Google

eo quod ad patrem peruenit, detur ſaltem vtilis vt in *leg. vtua 5. infr. rerum amor.* quam condictio furtiua quæ turpis eſt, & furti exprobrationem continet *leg. nec quicquam 56. infr. pro ſocio.* Quam etiam ob cauſam nihil abſurdi eſt, ex cauſa rerum amotarum dari actionem de peculio in patrem ex perſona filiæfamilias *dict. leg. 3. §. vltim. rerum amot.* quia licet etiam actio rerum amotarum ea furto filiæ pendeat *dict. leg. ſi mulier 21. §. hæc actio & §. vltim. eod.* pœnalis tamen cauſa non eſt, quia non obligatur illa furti, vt ſuprà diximus & explicauimus ex *dict. leg. 3. §. vltim.* Itaque non potuit Tribonianus niſi valde inſulsè argumentari in *dict. leg. 3. §. pen. de pecul.* ab actione de peculio contra patrem danda ea cauſa rerum à filiafamilias amotarum ad actionẽ de peculio, æquè dandam contra patrem ex furto filijfamilias, quandoquidem in hoc caſu offenderetur regula *dict. leg. ex pœnalibus 38. de regul. iur.* quæ in alio non offenditur. Sed feciſſet multo inſulſiùs, ſi cum aduerſariis argumentatus fuiſſet ab actione rerum amotarum ad condictionem furtiuam, de qua ſola nunc diſputamus. Inſulſiſſimè verò omnium faciunt in eo, quod cùm fateantur patrem non poſſe teneri condictione furtiua, quia neque fur ſit, neque furis heres, attamen eò tandem delabuntur, vt dicant teneri eum debere tanquam quodammodo heredem filij, & quaſi quod ſcriptum eſt in *d. l. ſi pro fure in fin.* de condictione furtiua etiam contra quemlibet ſucceſſorem danda, etiam ad patrem porrigi poſſit, quod eſt ridiculum, cùm de ſolo iuris ſucceſſore locus ille intelligi debeat, vt ibi explicauimus. Quamuis pater filij instituti dicatur poſt ipſius mortem quaſi heres heredis in *dict. leg. ſi ſtatulibera 6. § ſi filius familias de ſtatulib.* ſcilicet quod ad hoc vt in eius perſona conditio impleri poſſit ad obtinẽdam libertatem, idque fauore libertatis quæ alioqui facilè intercideret, ſi non in perſona ſaltem patris mortuo filio impleri conditio poſſet. Non tam ergo quòd pater ſit heres filij, quàm ne deſit perſona cui poſſit dari pecunia implendæ conditionis cauſa. Quod verò addunt ea *d. l. 3. §. Pomponius adiicit ſupr. de minor.* ad rem minùs pertinet: ibi enim heredem dixit Vlpianus ex Pomponio pro domino, vt & in *l. de hereditate 19. §. 1. de caſtrenſ. pecul.* vt docuimus in in Rationalibus & libris Coniect.

XVIII. Obiectio eſt, Condictione furtiua non teneri alium, quàm qui furtum fecit aut heredem eius *dict. l. 5. ſupr. hoc tit.* ideò autem à fure inſolidum rem furtiuam condici poſſe, quia rem alienam furandi animo contrectauit. Qua ratione etiam furis heres, ſi eandem rem iure hereditario ad ſe deuolutam animo furandi clam ſuppreſſiſſet non tantùm condictione furtiua, ſed ea actione furti tanquam nouus fur teneretur *arg. l. vlt. ſupr. de edend. l. in depoſiti 9. l. de eo 18. infr. depoſit.* at nos de eo herede loquimur, qui furtum ipſe non fecerit, nec alia de cauſa teneatur, quàm quia furi ſucceſſerit, ac proinde qui ipſe nil deliquerit. Ergo, inquiunt, nulla ratio eſt, vt ex defuncti delicto in ſolidum condemnetur, ſi ad eum res ablata in ſolidum non peruenerit, *arg. l. 1. vlt. eod. tit.* Nam furem, quoniam ab initio res tota ad eum peruenit, in ſolidum teneri æquum eſt, propter moram quam perpetuò in re furtiua facere intelligitur *leg. vlt. Cod. hoc tit. & l. prox. infr.* heres autem quia furtum ipſe fecit, nec talem moram committere intelligitur, nec furti tenetur. Ergo nec ad aliud teneri poteſt, quàm vt id quod ad ſe peruênit reſtituere iubeatur, ne ex furto defuncti lucrum faciat. Reſpondemus ineptam primùm eſſe maiorem ſyllogiſmi huius propoſitionem. Perinde enim eſt, ac ſi diceres furem non teneri condictione furtiua, niſi quia fur eſt, cùm nemo ſine contrectatione fur fiat. Et ſanè ita eſt: fur non tenetur condictione furtiua, niſi quia & quatenus fur eſt. Sed negamus in herede furis eádem rationẽ locum habere. Non enim tenetur heres condictione furtiua, quia fur ſit, ſed quia furis heres *d. l. 5. d. l. 7. §. vlt ſupr.* Atqui non eo minùs furis heres eſt, quòd rem furtiuam nunquam contrectauerit, ſiquidem heredem facit aditio hereditatis aut geſtio pro herede, non etiam furtiuæ rei cõtrectatio. Stultum ergo eſt inferre quod iſti inferunt, heredem furis ideo non teneri condictione furtiua, quòd rem furtiuam non contrectauerit, eo caſu quo nihil ad eum peruenerit, quia fur non niſi propter contrectationem tenebatur. Nec rurſus verum eſt quod iidem ſupponunt, furẽ ideò teneri in ſolidum, quòd ad eum tota res ab initio peruenerit. Nam & eo caſu quo nihil ad eum peruenerit, nullúmque lucrum ex furto ſenſerit, perinde tamen in ſolidum tenetur, puta ſi in furto manifeſto deprehenſus aut occiderit, aut effregerit, aut effuderit id quod interceperat *l. prox. infr.* Furtum enim licet ſine affectu lucrandi non fiat, non magis quàm ſine contrectatione, ſine lucro tamen interdum fit, quamuis ſine contrectatione nunquam. Vnde etiam eſt, quod mulier quæ res amouit, tenetur actione rerum amotarũ, tametſi ad eam res non peruenerint *l. ſed etſi 19. inſ. rer. amor.* Itaque cùm quæritur quare fur condictione furtiua teneatur, non eſt bona illa ratio, ſi quis cum aduerſariis reſpondeat, vt turpe lucrum ei extorqueatur, ſed quia fur eſt, & rem furtiuam contrectauit, quamuis ad eum nihil lucri ex furto peruenerit. Ergo neque in perſona heredis illud inſpiciendum eſt, an lucrum aliquod ad eum peruenerit ex re furtiua, ſed illud tantùm an furis heres ſit, quoniam actio merè rei perſecutoria eſt *dict. l. ſi pro fure 7. §. vlt. ſupr.* Illud denique multò magis falſum eſt, furem idcirco teneri cõdictione furtiua in ſolidum, quod in re furtiua moram facere perpetuam intelligatur, quam tamen heres furis non facit. Prius enim eſt, vt quis fur ſit, quàm vt in reſtituenda re furtiua moram facere cenſeatur, neceſſe ſiquidem eſt, vt furtum iam fecerit, qui nunc moram facit: & quod fur perpetuò moram in re furtiua facere intelligatur, materiam præbet ineundæ æſtimationis quanti plurimi res furtiua fuit à tempore litis conteſtatæ, in tempus vſque rei iudicandæ, ſed condictionem furtiuam quæ ex ipſo furto naſcitur, non inducit, alioqui naſceretur ex mora, non ex furto, quod eſſet ridiculum dicere.

XIX. Obiectio eſt, furem, ad quem nihil ex furto peruenit, furti quidem teneri, ſed condictione furtiua non teneri, vt videre eſt, inquiunt, in eo qui opem conſiliúmve dedit *l. proinde 6. ſupr. hoc tit.* quia cùm condici ea res tantùm poſſit, quæ ablata eſt *l. vulgaris 21. §. vlt. infr. de furt.* non alij furi ea condici debeat, quàm qui ipſa potius eſt, quia nihil ad eum peruenerit. Quanto æquius igitur in herede idem obtinere debet, ad quem nihil omnino peruenit? Reſpondemus nõ plura hìc verba eſſe quam errata. Falſum enim eſt, furem, ad quem nihil ex furto peruenit, non teneri condictione furtiua. Finge furem manifeſtum, qui in furto deprehenſus occiderit, vel effregerit, vel effuderit id quod interceperat. Quid obſecro ad eum perueniſſe

dici poteſt? Nihil penitus. Et tamen conſtat furem hoc caſu condictione furtiua teneri, & hoc ſolo caſu poſſe condictionem furtiuam cum actione furti manifeſti concurrere *leg. proxim. infr.* Non ergo tenetur ideò fur condictione furtiua, quòd res furtiua ad eum peruenerit, ſed quòd furtum fecerit, nec poſteà res furtiua in domini poteſtatem redierit. Nam ſi peruenisſet, quomodo contingit in quolibet furto manifeſto extra illos tres caſus occiſionis, effractionis, aut effuſionis, vtique condictio extingueretur, quia purgatum eſſet vitium furti eâ re quæ ſubtracta fuerat, in domini poteſtatem reuerſa, *dict. leg. proxim. infr.* vnde & ab eo tempore vſucapi poteſt, cùm anteà non poſſet *leg. 4. §. quod autem & ſeqq. infr. de vſucap.* Itaque vt condictio furtiua locum habeat, non illud inſpiciendum eſt, an res furtiua ad furem peruenerit; ſed illud duntaxat requirendum, vt ad dominum ipſum non peruenerit. Sed & falſum eſt eum qui opem vel conſilium furi dedit, furem eſſe eo quoque caſu, quo nihil ad eum ex furto peruenerit. Requiritur enim vt rem furtiuam contrectauerit: alioqui nec fur eſt, nec furtiua condictione tenetur, licet furti actione teneatur, ſcilicet nec manifeſti, nam furti manifeſti conueniri nullo caſu poteſt *leg. is qui opem 34. infr. de furt. leg. ſæpe 53. §. 1. de verbor. ſignificat.* Quòd ſi fur eſſet, vtique omnimodo furtiua condictione teneretur *l. ex cauſa 5. & ſeq. ſupr. eod.* Sic & in actione rerum amotarum quæ ad condictionem furtiuam propiùs accedit, quàm ad furti actionem, dicimus, ſi vxor diuortij tempore fures in domum mariti induxerit, & per eos res amouerit, quamuis ipſa nihil contrectauerit, attamen rerum amotarum iudicio eam teneri *leg. ſed etſi diuortij 19. infr. rerum amot.* vbi Vlpianus addit, verum itaque eſſe quod Labeo ſcripſit, vxorem rerum amotarum teneri, etiamſi res amotæ ad eam non peruenerint. Illud vtique non nego eam tantùm rem quæ per furtum ablata eſt, condici poſſe *d. ſt. leg. vulgaris 21. §. vltim. de furt.* Sed aliud eſt dicere ablatam rem eſſe domino vel poſſeſſori, aliud verò ad furem perueniſſe, cùm fieri poſſit, vt & ablata ſit per furem, & tamen ad furem non peruenerit, vt in exemplis quæ attulimus circa perſonam furis manifeſti, qui furtiuam rem vel occiderit, vel fregerit, vel effuderit *dict. leg. proxim. infr.* Falſiſſima ergo illa quoque illatio eſt, multo æquius eſſe in herede idem obtinere, quod in fure, vt condictione furtiua teneri non debeat, ſi nihil ad eum peruenerit.

X X. OBIECTIO eadem ferè eſt, aut certè eiuſdem ponderis. Aiunt enim heredem eiuſdem pariſque poteſtatis eſſe, cuius fuit defunctus *l. heredem 59. de regul. iur.* Ponunt autem pro certo furem condictione furtiua non teneri, qui rem furtiuam nunquam habuit, indéque fieri aiunt, vt quod ab alio quàm à domino ſuo ſeruus ſubripuit, eius nomine furti quidem teneatur factus liber, ſed condici ei non poſſit niſi liber contrectarit *leg. quod ab alio 15. infr. hoc tit.* Quaſi huius iuris ratio illa ſit, quòd condictio hæc ad rei perſecutionem pertineat *leg. ſi pignore 54. §. cùm furti infr. de furt.* res autem quam ſeruus in ſeruitute ſubripuit, quandoquidem eo in ſtatu ſuum nihil habeat, aut peruenerit ad dominum quo caſu ei condicenda eſt *leg. 4. ſupr. hoc tit.* aut ad ipſum ſeruum iam factum liberum quo caſu ipſi condicitur, quia tunc liber contrectauit, aut ad alium peruenit vel interiit durante ſeruitute. Et eo caſu, inquiunt, in aperto eſt, non poſſe rem ablatam recuperari à iam libero, quoniam ad eum nihil peruenerit ex *dict. leg. quod ab alio leg. verum 11. in princip. ſupr. de minor. §. ſi ſeruus 6. Inſtit. de noxal. action. leg. ſerui & filij 17. §. primo infr. de furt.* Nos verò dicimus iſtos in iuris ratione reddenda quamuis manifeſtiſſima cæcutire. Cùm enim ſeruus alij quàm domino ſuo furtum fecit, ideò poſt manumiſſionem furti tenetur, quia noxa caput ſequitur *leg. quod dicitur 18. eod. leg. licet 4. Cod. an ſeruus pro ſuo fact. poſt manum. teneat.* condictione autem furtiua ideò non tenetur ſi non factus liber iterum contrectauerit, non quia fur eſſe per manumiſſionem deſierit (alioqui nec furti teneretur) nec rurſum, quia nihil ad eum peruenerit, vt aduerſarij autumant, ſed quia ex iis quæ in ſeruitute ſeruus geſſit, & vt noſtri loquuntur, ex antegeſto conueniri ſeruus poſt manumiſſionem non poteſt *leg. 1. 2. 3. & vltim. eod. tit.* actione ſcilicet ciuili, qualis eſt condictio furtiua, criminalis enim actio furti contra eum ſalua eſt, ne delictum impunitum remaneat, quamuis furtiua quoque condictio ex delicto pendeat: neque enim ideo criminalis actio eſt, ſed merè ciuilis, cùm ad rei perſecutionem, non ad criminis vindictam pertineat *leg. ſi pro fure 7. §. 1. ſupr.* Concludamus igitur contrà quàm aduerſarij faciant, quemadmodum extra cauſam & perſonam illius, qui in ſeruitute furtum commiſit, fur quilibet tenetur condictione furtiua hoc ipſo, quia fur eſt, licet nihil ad eum ex re furtiua peruenerit, ne vno quidem temporis momento: ita & furis heredem quemlibet eadem condictione teneri debere ob hoc ſolum quòd furis heres eſt, quamuis ne momento quidem temporis ex re furtiua quicquam ad eum peruenerit. Sic fit vt eiuſdem iuris ſit heres furis, cuius & defunctus fuit. Alioqui dicendum erit furem quoque illum eſſe debere, vt furis exemplo furtiua condictione teneatur.

XXI. OBIECTIO longè leuior eſt. Aiunt fures condictione furtiua teneri *ſi appareat eos dare oportere §. ſic itaque Inſtit. de action.* id eſt, ſi appareat eius rei quæ nobis abeſt eos eſſe fures. Ergo nec eorum heredes aliter condictione furtiua teneri dicendum eſt, quàm ſi eos quoque dare oportere appareat. Atqui, inquiunt, non poteſt dici heredem furis dare oportere, niſi aliquo ſaltem momento res furtiua ad eum vel tota vel aliqua ex parte peruenerit, vt ſicuti is cui furtum factum eſt, non aliter habet vindicationem contra furem, eiúſque heredem quàm ſi is rem furtiuam poſſideat, nec ad exhibendum, quàm ſi res ablata à fure teneatur, ita nec furtiua condictio aduerſus heredem aliter poſſit competere, quàm ſi vel momento vno contrectationem defuncti quamuis bona fide continuarit, ne alioqui emergat iniquitas, ſi ex delicto defuncti demus contra heredem condictionem eius rei quam nunquam habuerit. Negamus aſſumptionem, quia heredem furis dare oportet, etiamſi nihil vnquam penitus ad eum ex re furtiua peruenerit, ſicut & furem ipſum dare oportere certum eſt, quamuis rem furtiuam intercipiendo vel occiderit, vel fregerit, vel effuderit *leg. proxim. infr. iunct. dicta leg. ſed etſi diuortij 19. infr. rer. amot.* quia nihil aliud inquirimus, niſi an fur ille ſit, qui furtiua cōdictione tanquam fur conuenitur, aut an heres furis. Nam in actionibus quæ ex vtraque parte meram rei perſecutionem continent, cuiuſmodi

eſt condictio furtiua, ſemper iuſtè repetitur id quod actori abeſt, licet reus id nec habeat nec vnquam habuerit, alioqui nec fur ipſe qui in furto deprehenſus rem furtiuam vel occidiſſet, vel fregiſſet, vel effudiſſet, condictione iſta teneretur, contra *dict. leg. prox. infr.* vt in præcedentibus diſputauimus. Denique nullus omnino caſus eſt, in quo heres furis non teneatur condictione furtiua *leg. ex furtiua 5. ſupr.* id eſt, ſiue ſolidum ſiue aliquid ſiue nihil protſus ad eum peruenerit, quia rei habet perſecutionem *dict. leg. ſi pro fure 7. §. vltim. ſupr.* Ex quo inferri neceſſe eſt, dari ergo eam in ſolidum aduerſus heredem. Ad quid enim aliud daretur, cùm nihil omninò peruenit? Et petunt iſti principium, cùm ſupponunt vulgarem actionum ex delicto naturam eam eſſe, vt non dentur in heredem niſi de eo quod ad ipſum peruenit. Nam ſicuti vera eſt propoſitio in actionibus ex delicto, quæ vel merè vel mixtim pœnales ſunt, aut ſaltem pœnæ nomine conceptæ, quas etiam pœnales dici ſuprà probauimus, quamuis ex parte actoris nihil niſi meram rei perſecutionem contineant, ita falſiſſima eſt in iis quæ ſui natura meram rei perſecutionem ex vtraque parte continent, quamuis ex delicto proficiſcantur.

XXII. Obiectio eſt, Condictionem furtiuam eſſe quodammodo pœnalem in perſona furis, cuius ſcilicet odio inductum eſt, vt & perpetuam moram facere intelligatur, & ad æſtimationem teneatur quanti plurimi vnquam fuerit res furtiua ex die litis conteſtatæ ad tempus vſque condemnationis *leg. proxim. §. 1. ſupr. leg. vltim. infr. hoc titulo leg. 2. §. quæſitum de priuat. delict.* Sed in perſona heredis furis non eſſe vllomodo pœnalem, cùm nullo prorſus odio dignus videri poſſit furis heres qui omnino innocens eſt. Atqui, inquiunt, pœnalis eſſet, ſi contra heredem furis lis vltra damnum æſtimaretur, & quanti plurimi res à tempore litis conteſtatæ vnquam fuiſſet, aut ſi heres quoque furis perpetuam moram in re furtiua facere intelligeretur, quod tamen in neceſſarium antecedens dicendum eſſet ad obligandum heredem furis in ſolidum, etiamſi nihil aut minùs ex re furtiua ad eum perueniſſet. Negamus condictionem furtiuam eſſe vllomodo pœnalem ne quidem in perſona furis, cùm ſit merè rei perſecutoria, nec fieri pœnalem ex eo quòd in ea præſtetur æſtimatio quanti plurimi, aut quòd fur perpetuò moram facere videatur. Sunt enim iſta odio quidem furis inducta, ſed non in pœnam, quia furis pœna tota actioni furti relinquitur, quæ ſola pœnam perſequitur, condictio autem nihil niſi rem ipſam: nam neque æſtimatio quanti plurimi aliud eſt, quàm res ipſa, vt aduerſarij fateri coguntur: nec quod fur perpetuò moram in re furtiua reſtituenda facere cenſeatur, aliunde proficiſcitur, quàm quia nec ab initio auferre ac ſubripere eam debuit, vt Tryphoninus ratiocinatur in *leg. vltim. infrà.* Itaque cùm heres furis etiam in vitia poſſeſſionis ſuccedat *leg. cùm heres 11. infr. de diuerſ. tempor. præſcript. leg. vitia 11. Cod. de acquir. poſſ.* licèt non ſit ſucceſſor delictorum, conſequens eſt, vt heres furis hactenus in eadem cauſa ſit, in qua & fur fuit, vt non minùs quàm fur ipſe, & ad æſtimationem quanti plurimi teneatur, & perpetuò moram facere exiſtimetur, non proprio aliquo heredis odio, ſed quia cùm furis heres ſit, in odium quoque furis ſuccedit. Alioqui nullo caſu poſſet condictione teneri, nec ſi tota res furtiua ad eum perueniſſet, cùm eo caſu poſſit etiam per vindicationem conueniri, ſolo autem furis odio ſit receptum, vt qui vindicatione tenetur, etiam furtiua condictione teneatur *dict. §. ſic itaque Inſtit. de action.* Quòd ſi vno caſu ſuccedit heres in odium furis, cur non & in cæteris omnibus? Imputet enim ſibi quòd furis hereditatem ſiue ſciens ſiue ignorans adierit, atque ita omnibus oneribus hereditariis, quibus defunctus ex propria perſona tenebatur, extra pœnas delictorum vltro ſe obſtrinxerit *leg. quæ dotis 33. ſolut. matrimon. leg. 3. §. vltim. & leg. 4. infr. quibus ex cauſ. in poſſeſſ. eat. leg. ſi duo 18. de acquirend. hered.* Quamquam ſi verum amamus, odio quidem furis inducta eſt condictio, ſed non aliquo furis odio tranſit in ſolidum aduerſus heredem, at ex mera iuris regula, quia merè rei perſecutoria eſt. Sed & in eo errant turpiter aduerſarij, quod tractant de præſtãda per heredem æſtimatione quanti plurimi in condictione furtiua etiam eo caſu quo ante obitum furis citra litis conteſtationem extincta eſſet res furtiua, quaſi verò rei peremptæ æſtimatio poſſit adhuc, poſtquàm perempta eſt, creſcere, quod non modò falſum, ſed etiam ridiculum eſt *l. 3. infr. de condict. tritic.*

XXIII. Obiectio eôdem ferè recidit quò ſuperior. Aiunt enim actionem furti bimembrem eſſe, vnam quæ meræ pœnæ perſequendæ gratia competit, atque in ſpecie actio furti vulgò dicitur *leg. ſed actione 50. infr. pro ſocio.* alteram, quæ quaſi ſpecies quædam actionis furti datur ad rem recipiendam, & condictio furtiua appellatur, de qua illi intelligunt quod ſcriptum eſt in *leg. interdum 56. §. 1. de furt.* nimirum vt inferant non minùs condictionem furtiuam quàm actionem furti odio furum inductam eſſe. Iam verò inquiunt, ſi heres furis dignus eſſet odio furis, hoc ipſo fur eſſet, quoniam heres eſſet. Atqui dignius eſt hoc odium vt cum morte furis (debuerant potiùs ſcribere *cum vita*) moriatur, quàm vt in perſona heredis amplietur, ne obſtet iuris canonici regula in cap. odia, de *regul. iur. in 6.* Addunt, quo pluribus actionibus fures tenentur, eo grauiùs delicta ipſorum coerceri *dict. §. ſic itaque 14. Inſtit. de action.* pœnam verò nihil aliud eſſe quàm delictorũ coercitionem *leg. aliud fraus eſt 131 de verbor ſignific.* ex delicto autem & propter delictum coerceri, eſſe aliqua pœna affici: porrò nulla pœna ex delicto defuncti heredem teneri. Ergo, inquiunt, ne iſta quidem pœnæ ſpecie teneri heredem oportet, alioqui ex dolo defuncti teneretur. Reſpondemus, verum quidem eſſe condictionem furtiuam odio furis cõparatam eſſe, quo non pluribus modò, ſed etiam contrariis & contradictoriis actionibus teneatur *d. §. ſic itaq;*, ſed illud falſum, eſſe illã ſpeciem actionis furti. Differt enim toto genere ab actione furti, cùm ſit illa merè pœnalis, hæc verò merè perſecutoria, vt toties diximus, nec ſimile quicquam habent, niſi quòd ambæ ex delicto & furto naſcuntur, quò pertinet quod ſcriptum eſt in *leg. ſi duo 13. §. idem Iulianus ſupr. de iureiur.* eum qui iurauit ſe furtum non feciſſe, non magis condictitia quàm furti actione conueniri poſſe, quia de toto iuraſſe videatur, ſed ita vt actio furti quia merè pœnalis eſt, contra ſolum furem detur. Condictio autem furtiua quia merè rei perſecutoria nec vllomodo pœnalis eſt, etiam contra heredẽ & quidem in ſoli-

dum, non quia fur ſit aut furis odio dignus, vt aduerſarij ſupponunt, ſed quia cùm ſit heres, tranſeunt in eum actiones omnes rei perſecutoriæ, quæ contra defunctum competebant, etiamſi ex delicto proficiſcantur, nec enim abſurdum eſt teneri quem ex delicto defuncti, dum ne ad pœnam conueniatur, ſed ad rem ipſam reſtituendam. Vnde fit, vt quamuis odium furis ſimul cum ipſius vita finiatur, quatenus perſonale eſt, non ideo tamen finiri etiam debeat actio rei perſecutoria ex cauſa illius odij comparata, quominùs tranſeat etiam in heredem. Alioqui concludendum erit cum aduerſariis, condictionem furtiuam non magis dandam eſſe in heredem, quamuis rei perſecutoria ſit, quàm ſi pœnalis eſſet, cùm etiam pœnales tranſeant contra heredes de eo quod ad ipſos peruênit, & paria ſunt dicere actionem aliquam non dari contra heredem, & dari de eo quod peruênit, ſicut è contrario, paria ſunt, dicere actionem aliquam tranſire contra heredem, quia rei perſecutoria ſit, & tranſire in ſolidum, quomodo de condictione furtiua ſcriptum eſt in *dict. leg. ſi pro fure 7. §. vltim. ſupr. & in hac lege.* Falſum item eſt, quod iidem aduerſarij probare nituntur, condictionem furtiuam hoc ipſo eſſe pœnalem, quòd odio furis inducta ſit, quo pluribus actionibus coerceatur. Nam coercitionis verbum etiamſi ad pœnam maximè pertineat, tamen ad rei quoque perſecutionem pertinet, vt cernere eſt in actione rerum amotarum, quæ licet inducta ſit ad mulierem coercendam, tametſi leniùs, vt ait *lex penult. infr. ill. titulo rerum amotar.* pœnalis tamen nullomodo eſt eo ſenſu quaſi pœnam aliquam perſequatur (nihil enim niſi rei perſecutionem continet *leg. ſi mulier 21. §. hac actio eod. titulo.*) niſi quòd pœnæ nomine concepta eſt ad puniendum improbum factum amonionis, vt ſunt aliæ ferè omnes actiones prætoriæ, quæ non niſi interueniente dolo dantur, licèt meram rei perſecutionem, aut per ſe, aut arbitrio indicis contineant *leg. 4. §. vltim. & ſeqq. ſupr. de alien. iudic. mut. cauſ. facta leg. huius 9. §. primo infrà quod falſ. tutor. leg Prætor ait 9. §. vltim. de rebus authoritate iudicis poßidendis.*

XXIV. Et vltima Obiectio aduerſariorum eſt omnium leuiſſima, quæ tamen fortiſſima eſſe potiùs debuiſſet. Petunt enim principium, cùm aiunt actiones omnes ex delicto deſcendentes, etiam eas, quæ merè rei perſecutoriæ ſunt, aduerſus heredes competere de eo tantùm quod ad ipſos peruenit, non etiam in ſolidum. Hoc verò eſt quod nos toties negauimus, & quod ab iſtis probandum maximè fuit, nec tamen vnquam probatum ne vno quidem iuris loco, ac nec exemplo etiam vno, nimirum in actionibus ciuilibus, quæ tum etiam cùm ex delicto proficiſcuntur, nunquam tamen pœnæ nomine concipiuntur, quod in prætoriis diuerſum eſt, vt ſuprà oſtendimus. Sed illud mirabilius eſt, ne dicam ingenioſius, ſi Diis placet, quod aduerſarij ſubiiciunt, ſi condictio furtiua ſimiliter in ſolidum contra heredem daretur, atque contra furem ipſum, fore, vt ex merè rei perſecutoria, qualem eſſe eam non negant, fieret merè pœnalis, ſi fortè nihil aut minùs ex delicto defuncti ad heredem perueniſſet, quia, inquiunt, pœna eſſet ex cauſa & vi delicti quod tu non feceris, præſtare id quod nunquam habueris: cùm potiùs dicere debuerint futurum, vt deſineret condictio furtiua eſſe merè rei perſecutoria in perſonam heredis, ſi non daretur contra eum in ſolidum, ex natura cæterarum omnium merè rei perſecutoriarum, & fieret merè pœnalis aut ſaltem mixtim, ſi ex natura pœnalium actionum non daretur contra heredem in ſolidum, ſed de eo tantùm quod ad eum perueniſſet, tritum autem eſt & tralatitium, ex perſona heredis condicionem & naturam obligationis, & actionis hereditariæ non immutari *leg. 2. §. ex his infrà de verborum obligation.* Non erat neceſſe fateor, ad minutiores iſtas prorſúſque futiles obiectiones tam fusè támque ſerio reſpondere, tempúſque in his terere, quod ad maiora, & meliora parauimus. Sed tamen nobis quibus ad egregios illos quatuor Maledictorum libros ex profeſſo reſpondendi neque otium, neque ſtudium eſt, faciendum certè fuit, vt circa quæſtionem hanc, quæ ſola tot maledictis cauſam dedit, aliquid reſponderemus, ne cum opinionibus, quas damnauimus, etiam reprehenſoris ingenium contempſiſſe videremur, non inſubtile ſanè, nec ineruditum, ſi quam in tot erroribus propugnandis operam poſuit, in veritate nobiſcum tuenda collocaſſet: nomini tamen huc uſque pepercimus, ne maior illi ex ſcriptis noſtris inuidiæ, ne dicam infamiæ apud poſteros, quàm laudis & gloriæ materia pararetur. Cætera, quæ ille tanquam alter Cuiacius, ſub Mercatoris nomine aduerſus Gaſparem Schifordegherum amicum noſtrum non minùs quàm contra nos ſcripſit, nos Schifordeghero diſcutienda & refellenda relinquimus, ne reſponſionis gloriam, ſi qua erit, & amiciſſimo & ſubtiliſſimo Iureconſulto, cui plurimùm debere nos agnoſcimus, inuidere ac præcipere voluiſſe videamur. Nec tamen prætermittemus, ſi quando ſe præbebit occaſio, vt in eas leges incidamus, in quibus explicandis tam infeliciter ſe aduerſarius exercuit, vt errores ipſius refellamus, noſtráſque quas ille vellicauit, confirmemus ſententias, ne poſthac verendum habeat, ne quid per nos detrimenti Iuriſprudentia patiatur. Sufficiat hæc attigiſſe, vt ex iis quæ diximus, poſſit quiuis intelligere, quali quantóque ſiue ingenio, ſiue iudicio cætera commentus ille ſit, qui contra nos ſcripſit.

a *Pro parte autem heres.* Rat. dvb. Cùm res furtiua ad vnum ex pluribus heredibus tota peruenit, conſtat eum ſolum teneri condictione furtiua, tanquam qui ſolus habeat totius rei reſtituendę facultatem, quomodo de re commodata ſcriptum eſt in *l. 3. §. heres infr. Commod.* & de rationum editione ab vno ex heredibus facienda in *l. ſi quis ex argentariis 6. §. 1. ſupr. de edend.* Non ergo inſpiciendum eſt, pro qua parte hereditaria quis heres extiterit, ſed pro qua parte furtiuam rem poſſideat. Et ita concludit Accurſius poſt Azonē, ſed ego non probo, vt ex iis quæ mox pro decidendi ratione adferemus, intelligetur. Dec. Condictio furtiua quamuis rei perſecutionem contineat *l. ſi pro fure 7. §. vltim. ſupr.* ſic tamen continet, vt contra eum quoque heredem detur, qui nihil ex re furtiua poſſidet, perinde ac ſi poſſideret *d. §. vlt. & §. fin. Inſtit. de oblig. quæ ex delict. naſcunt.* Ergo ſi plures ſint heredes furis, quorum vnus totam rem furtiuam poſſideat, non eo minùs

tamen

tamen pro hereditariis portionibus ſinguli teneri debent. Idque facit ratio ſtricta iuris quæ obligationes & actiones omnes, quibus defunctus obſtringebatur, diuidit ipſo iure inter heredes omnes pro hereditariis portionibus poteſtate legis duodecim tabularum *leg. 1. C. ſi cert. petat. l. vltim. Cod. de heredit. action. l. 1. & 2. Cod. ſi vnus ex plurib. hered. debit.* exceptis actionibus iis quæ non dantur in heredes, niſi de eo quod ad eos peruenit. In illis enim ſi tota res ad vnum ſolum ex pluribus heredibus peruenerit, conſequens eſt, vt is quoque ſolus teneri debeat *leg. ſi plures 9. infr. de vi & vi armat.* Nec aliud eſſet in actione commodati, quàm in condictione furtiua niſi arbitrio boni iudicis conueniret ita ſtatuere, vt is ſolus ad rei commodatæ reſtitutionem condemnetur, qui commodatam rem ſolus totam poſſidet, vt ſcriptum eſt in *d. §. heres.* Eſt enim bonæ fidei iudicium commodati, ideóque etiam in actione pro ſocio idem ius eſt *leg. actione 65. §. antep. infr. pro ſocio.* at non etiam in condictione furtiua, quam toties diximus ſtricti iuris eſſe, vt & cæteras condictiones omnes *§. actionum Inſtitut. de action.* Nec rurſus perpetuum eſt, vt qui ex heredibus rem hereditariam ſolus poſſidet, ſolus quoque perſonali actione conueniendus ſit, & condemnandus. Quid enim ſi cum defuncto lis conteſtata fuerat? Erunt ſinguli heredes conueniendi pro ſua quiſque parte hereditaria *leg. 2. §. vltim. de prætor. ſtipulat.* quod & Accurſius hîc fatetur. Quidni ergo & in condictione furtiua idem obſeruabimus fure mortuo ante litem conteſtatam, cùm ſit actio ſtricta, quod obſeruaretur poſt litem conteſtatam in cæteris, quæ bonæ fidei ſunt, aut quæ tanquam prætoriæ ex mere Prætoris interpretationem recipiunt, ac proinde ex bono & æquo, cuiuſmodi ſunt ſtipulationes omnes prætoriæ? *leg. in conuentionalibus 52. infr. de verb. obligat. l. in prætoriis 9. de ſtipul. prætor.* Ex quo apparet quàm parùm ſubtiliter vir doctiſſimus Iacobus Cuiacius, vt errorem ſuum mordicus tueretur, quo primus defendit, furtiuam condictionem, quia ex delicto eſt, non dari in ſolidum contra heredem, & aliquam reſponſionem quæreret ad hanc legem, cuius ſolius authoritate vinci poſſe ſe putabat, auſus eſt dicere, reſtringendum Vlpianum ad eum caſum quo lis conteſtata fuerit cum defuncto, cùm tamen nullo caſu aut prodeſſe aut nocere heredibus furis debeat, quòd lis cum defuncto conteſtata ſit, ſicuti neque quòd ad eos vel tota res furtiua, vel pars eius aliqua vel ex ea nihil peruenerit. Quod autem de rationum redditione ſcripſimus, ſi plures ſint eius qui rationes reddere debuit heredes, eum ſolum actione in factum edere cogendum qui eas poſſidet, quamuis actio illa in factum non minùs ſtricti iuris ſit quàm furtiua condictio ex *dict. leg. ſi quis 6. §. 1. ſupr. de edend.* manifeſtam habet rationem, quia cùm edere nihil aliud ſit quàm exhibere, & copiam deſcribendi facere *leg. 1. §. edere eod.* conſtat non alium poſſe rationes edere, quàm qui eas penes ſe habeat, licet non niſi pro parte heres ſit. Vnde eſt quod & in actione ad exhibendum heres non quaſi heres, ſed ſuo nomine tenetur *leg. de eo 11. §. vltim. ſupr. ad exhib.* Porrò quemadmodum errauit Cuiacius, & quotquot cum eo aduerſus Vlpianum noſtrum, veterúmque omnium interpretum ſententias ſcripſerunt, condictionem furtiuam non dari in ſolidum contra heredem, niſi vel conteſtata lis fuerit cum defuncto, vel ad heredem res furtiua in ſolidum peruenerit, ita & Bartolus & cum eo veteres ferè omnes, quibus viſum eſt ad *dict. leg. ſi pro fure §. vltim. ſupr.* ſpeciale eſſe in hac condictione furtiua, vt quamuis ex delicto ſit, detur tamen in heredem vltra id quod ad eum peruenerit. Non enim ſpeciale & ſingulare ius videri debet, quod huic actioni, cum tot aliis æquè rei merè perſecutoriis & ex delicto deſcendentibus commune eſt, vt contra Cuiacium & Cuiacianos in ſuperioribus probauimus.

Siue manifeſtus fur, ſiue nec manifeſtus ſit, poterit ei condici. Ita demum autem manifeſtus fur condictione tenebitur, ſi adprehenſa non fuerit à domino poſſeſſio eius. cæterum nemo furum condictione tenetur, poſteaquam dominus poſſeſſionem adprehenderit. & ideo Iulianus, vt procedat in fure manifeſto tractare de condictione, ita proponit, furem deprehenſum, aut occidiſſe, aut fregiſſe, aut effudiſſe id, quod interceperat.

*Ad l. Siue manifeſtus 10.*

Rat. dubit. Non poteſt fur condictione teneri, poſtquàm dominus rei furtiuæ eius poſſeſſionem adprehenderit, vt ſcriptum eſt in hac lege, quia cùm non detur niſi ad rei perſecutionem & recuperationem *leg. ſi pro fure 7. §. 2. & vltim. ſupr. hoc titul. leg. ſi pignore 54. §. cùm furti infr. de furt.* ſtultum eſſet ac illuſorium condictionem furtiuam ei dare, qui rem iam haberet. Atqui fur manifeſtus ille dicitur, qui in furto ipſo deprehenſus & ἐπ' αὐτοφώρῳ cum re ipſa furtiua adprehenſus eſt, vt loquitur *leg. 3. eod. titulo.* quod cùm accidit, fieri vix poteſt, vt res furtiua ſimul cum fure ipſo non adprehendatur à domino. Ergo non videtur locus eſſe hoc caſu condictioni furtiuæ. Decid. Sufficit euenire poſſe quibuſdam caſibus, vt fur manifeſtus deprehendatur, nec tamen res ipſa furtiua adprehendatur, vt puta ſi fur manifeſtus & ἐπ' αὐτοφώρῳ deprehenſus rem quam ſubripiebat aut occiderit aut fregerit, aut effuderit. Quos caſos ſpecialiter Iulianus notauit, vt Vlpianus hîc refert, non quaſi alij nulli ſint, quod malè Placentinus gloſſator exiſtimabat (quid enim ſi cùm vidiſſes furem ſubripientem, & ad eum comprehendendum accurriſſes, ille abiecto furto effugiſſet? ſic enim legendum eſt non *adiecto in leg. ſi quis in ſeruitute 7. §. pen. eod.* vtique fur manifeſtus eſt, nec tantùm ſi à domino rei furtiuæ, ſed etiamſi ab alio viſus ſit *l. 3. §. 1. eod. tit.* & tamen neque occidit, neque effregit, neque effudit) ſed quia, vt Azo dicebat,

ſunt hæc exempla indubitabiliora, quod & Bartolus poſt Accurſium probat. His ergo caſibus nihil vetat & furem eſſe manifeſtum, & rem furtiuam nihilominùs ab eo non adprehendi cui furtum factum eſt, & conſequenter condictionem furtiuam durare, & domino aduerſus furem competere, quæ alioqui re furtiua cum fure deprehenſa, nec videri nata poſſet. Sunt & alia quædam in actione furti manifeſti ſingularia, quale inter cætera illud eſt, vt is qui opem furi tulit, quamuis fur eſſe poſſit, ſi fortè rem furtiuam contrectauerit, ita vt & condictione iſta interdum teneatur, vt diximus ad *l. proinde 6. ſupr. ex l. ſæpe 53. §. 1. de verb. ſignific.* fur tamen manifeſtus eſſe nunquam poſſit, nec furtiua condictione teneri *l. is qui opem 34. infr. de furt.* Quiſquis enim fur manifeſtus eſt, ab initio fur eſt: qui verò furi opẽ tulit, is nunquam fur eſt ab initio, ſed fit ex poſtfacto, & ex poſteriore contrectatione. In fure nec manifeſto diuerſa ſunt omnia: nam fur nec manifeſtus ſemper tenetur cõdictione furtiua, quia fieri nequit, vt rem furtiuam aliquando non habuerit penes ſe, quod ſufficit licet eam habere poſteà deſierit, quia nec ab initio auferre eam debuit *l. vlt. inf.* Et is quoque qui opem vel conſilium furi dedit, licet ab initio fur non ſit, ex poſtfacto tamen, vt diximus, fieri poteſt fur nec manifeſtus, ſcilicet ſi rem furtiuam contrectare cœperit *dict. leg. ſæpe 53. §. 1. de verb. ſignific.*

1 ¶ Ei quoque qui vi bonorum raptorum tenetur, condici poſſe, Iulianus libro 22. digeſtorum ſignificat.

*Ad §. 1. Ei quoque.*

RAT. DVB. Condictione furtiua non alius tenetur, quàm qui fur ipſe eſt, aut heres eius *l. ex cauſa 5. ſupr.* Atqui ſeparata ſunt crimina furti & rapinæ, ſicut & ſeparati tituli de furtis & vi bonorum raptorum, prorſúſque ſeparatæ actiones, nam actio furti nec manifeſti ciuilis eſt ex lege duodecim tabularum, nec datur niſi ad duplum, actio autem furti manifeſti prætoria eſt, & datur ad quadruplum *§. 1. Inſtit. de perpet. & tempor. action.* at vi bonorum raptorum licet æquè ſit prætoria, non tamen datur niſi ad triplum pœnæ nomine, licet ſimplum quoque contineat, quia datur ad quadruplum ideóque mixta actio dicitur, non merè pœnalis, quales ſunt actiones furti *§. ex maleficiis & ſeq. Inſtit. de action.* Ergo non eſt bona conſecutio, vt quia furi condici poteſt, etiam raptori condici poſſit.

DECID. Etiam raptor fur eſt, & quidem improbior, vt Iuſtinian. ſcribit initio *tit. vi bonor. rapt. Inſtit. poſt Vlpianum in leg. 2. §. cæterum infr. eod. ill. tit. & in leg. item ſi cùm 14. §. qui vim intulit ſupr. quod met. cauſ.* Ergo ſi condictio furtiua locum habet contra furem, multo magis habere debet contra raptorem. Quod cùm ita ſit, illud magis mirum videri poteſt, cur ergo actio vi bonorum raptorum non detur niſi ad triplum, cùm actio furti manifeſti detur ad quadruplum, vt diximus & plerumque is qui raptor eſt, fur manifeſtus ſit, adeóque fure manifeſto improbior, niſi dicamus Prætorem in actione hac proponenda ad id potiùs reſpexiſſe quòd actiones furti ſiue manifeſti ſiue nec manifeſti, per hanc non tolluntur, vt neque actio legis Aquiliæ *d. §. cæterùm* non vt ex omnibus actionibus fur condemnari poſſit, ſed vt electionem habeat is cui bona vi rapta ſunt quanam actione malit experiri vt in *leg. cùm filius 76. §. variis de legat. 2.* etſi in pœnalibus actionibus hoc amplius eſt, quod nunquam alia aliã conſumit *leg. nunquam 60. de obl. & act. l. 2. inf. de priuat. delict.* item quia in raptorẽ non facile cadit illa diſtinctio manifeſti, & non manifeſti, ideóque media pœna eligenda fuit, id eſt, tripli, quæ eſt inter pœnam dupli & quadrupli, vel ideò ne is cui bona vi rapta ſunt, probandum habeat, an rapina manifeſta fuerit, an non manifeſta. Illud certè in actione iſta vi bonorum raptorum valde ſingulare eſt, quod quamuis ſit pœnalis mixta ex rei perſecutione, non magis tamen datur in heredem de eo quod ad ipſum peruenit quàm actio furti *dict. leg. 2. §. vltim. infr. vi bonor. rapt.* quamuis regulare ſit, vt actiones omnes ex delicto deſcendentes quamuis merè pœnales dentur in heredes quatenus ad eos peruenit, ne alieno ſcelere ditentur, & vt turpia lucra eis extorqueantur *leg. 5. ſupr. de calumn. leg. ſicuti 38. de regul. iur. leg. vnic. Cod. ex delict. defunct.* Sed hoc ius propriam habet rationem, quam Vlpianus exprimit in *dict. §. vltim.* quia putauit Prætor ſufficere condictionem furtiuam, quæ contra heredem raptoris datur non minùs quàm contra raptorem ipſum, & quidem in ſolidum, vt explicauimus & docuimus ad legem præcedentem.

2 ¶ Tamdiu autem condictioni locus erit, donec domini facto dominium eius rei ab eo recedat, & ideo ſi eam rem alienauerit [a], condicere non poterit.

*Ad §. 2. Tamdiu autem.*

RAT. DVBIT. Etiamſi dominium rei furtiuæ ex poſtfacto recedat ab eo qui furtum paſſus eſt, & qui furti tempore dominus fuit, non eo minùs tamen verum eſt, & furtum factum eſſe, & furem ab eo tempore moram ſemper feciſſe in reſtituenda re quam nec ab initio auferre debuit *leg. in re furtiua 8. §. primo ſupr. leg. vltim. infr. hoc titulo.* Ergo non eo minùs teneri debet condictione furtiua quouſque rem furtiuam ipſe reſtituerit, aut aliter ea res in domini poteſtatem redierit, quomodo non quidem de furti actione, ſed de rei furtiuæ inhibita vſucapione ſcriptum eſt in *leg. 4. §. quod autem & ſeqq. infr. de vſucap.*

DEC. Condictio furtiua ſoli domino datur *leg. 1. ſupr.* id eſt ei qui & furti tempore dominus fuerit, & eo tempore quo condicit adhuc dominus ſit. Nec ſufficit eius intereſſe, cui furtum factum eſt, quomodo ſufficit in actione furti *§. furti autem actio Inſtit. de oblig. quæ ex delict.* Ergo ſi dominiũ rei furtiuę à domino diſceſſerit quoquomodo, dũ facto ipſius aliquo interueniente, puta ſi rẽ furtiuam alienauerit, aut legauerit ſiue furi ſiue extraneo, dicendum eſt eum amittere condictionem, ſibiq; debet

impu-

imputare qui vltro id amiſit ſine quo condictionem habere non potuit: qui enim vult neceſſarium antecedens, is vt etiam neceſſarium conſequens velit, neceſſe eſt. Proinde ſi dominus abſque vllo facto ſuo dominium amiſerit, ſalua ei condictio eſſe debebit, vt ſcriptum eſt in *l. & ideo* 12. *infr.* Alia cauſa eſt actionis legis Aquiliæ quę vbi ſemel competiit, non extinguitur per alienationem ſerui, quia non ad remipſam datur, vt condictio furtiua, ſed ad damni æſtimationem, quæ nec morte nec alienatione ſerui vulnerati perimitur *l. huic ſcripturæ* 15. § 1. *ſupr. ad legem Aquil.* quod & Bartolus hîc bene docuit. Iunge *l. quæcunque actiones* 56. *infr. de oblig. & action.*

a *Et ideò ſi eam rem alienauerit.* RAT. DVB. Alienatio dicitur omnis actus per quem dominium transfertur *l.* 1. *C. de fund. dotal. l. alienationis* 28. *de verb. ſignif.* Atqui dominium ſine poſſeſſione transferri non poteſt, cùm traditionibus tantùm transferatur non contractibus *l. traditionibus* 20. *Cod. de pact.* Et quemadmodum nuda traditio nunquam transfert dominium, niſi fiat ex iuſta cauſa & habili ad transferendum dominium *l. nunquam nuda* 31. *de acquiren. rer. domin. l.* 3. *ſupr. ſi vſusfr. petet.* ita neque iuſtam cauſam & habilem ad transferendum dominium præceſſiſſe ſufficit, niſi traditio ſequatur §. *cùm autem. Inſtit. de empt. & vendit.* §. *vendita. Inſtit. de rerum diuiſ. l.* 1. *C. quand. lic. ab empt. diſced.* Atqui ponimus rei furtiuæ poſſeſſionem eſſe adhuc penes furem. Fieri ergo nequit, vt dominus cui res furto ſubtracta eſt, eam rem alienet, atque ita condictionem amittat.

DEC. Pleræque ſunt ſpecies, in quibus dominium ſine poſſeſſione, & transfertur & acquiritur *l.* 1. 2. & 3. vbi diximus *ſupr. de public. in rem act.* vbi exempla adferuntur de legatis & mortis cauſa donationibus, quibus bene addit Accurſius, adiudicationes quæ fiunt officio arbitri in iudiciis familiæ erciſcundæ, communi diuidundo & finium regundorum §. *vltim. Inſtit. de officio iudic. l. & ideo* 12. § 1. *infr. hoc titul.* Fuerunt enim ſex modi olim acquirendi iure Quiritium dominij, inter quos ſicuti fuit traditio facta ex iuſta cauſa, ita & adiudicatio & lex quæ nulla indiget traditione, vt ſæpius docuimus ex Vlpiani fragmentis *tit.* 19. *de acquiſit. rer.* Ideoque cautè Vlpianus hîc locutus eſt de domino, qui alienauit rem furtiuam, non de eo, qui vendidit, neque enim venditio ſine traditione alienatio eſt, ſed iuſta alienationis cauſa & habilis ad transferendum dominium per ſubſecutam traditionem *d. l. nunquam nuda.* Exempla verò huiuſmodi alienationis ſubiiciuntur in domino qui rem furtiuam legauit, aut qui ad iudicium diuiſionis ſocium prouocauit. Quamquam nec aliud eſt, ſi dominus poſſeſſionem rei furtiuæ nactus ſit, aliter quàm per reſtitutionem ab ipſo iure factam, deinde eam rem alienauerit *d. l. quæcunque* 56. *de oblig. & act.* Condictio enim furtiua, quæ per acquiſitionem poſſeſſionis rei furtiuæ amiſſa non fuerat, vt neque furti actio, per alienationem tamen ſubſecutam extinguitur, quamuis ipſa furti actio non extinguatur, vt Bartol. hîc poſt gloſſam concludit ex *l. qui ea mente* 65. *infr. de furt. l. vlt. arbor. furt. cæſar.*

3 ¶ Vnde Celſus libro 12. Digeſtorum ſcribit, ſi rem furtiuam dominus purè legauerit furi, heredem eius condicere non poſſe. Sed & ſi non ipſi furi, ſed alij: item dicendum eſt, ceſſare condictionem: quia dominium facto teſtatoris, id eſt, domini, diſceſsit.

*Ad* §. 3. *Vnde Celſus.*

RAT. DVBIT. Condictio furtiua non ſolùm ei competit, cui res ſubrepta eſt, ſed etiam heredi eius, in quem ſcilicet tranſeunt ex lege duodecim tabularum actiones omnes quæ defuncto competebant *l. prox. infr.* Atqui cùm dominus cui res furtiua ſubrepta fuerat, eam alij legauit, non eò minùs verum eſt, heredem eſſe ac manere illum qui fuit inſtitutus, & vniuerſi iuris quod defunctus habuit, ſucceſſorem: legata enim licèt diminuant & delibent hereditatem *l. legatum eſt* 116. *de legat.* 1. ius tamen & qualitatem heredis non diminuunt, quominùs perinde maneat vniuerſi iuris ſucceſſor ac ſi legatum nihil eſſet: non enim ſunt legatarij iuris ſucceſſores *l. quedam* 9. § 1. *ſupr. de edend.* §. *legatariis. Inſt. de teſtam. ordin.* Ergo quamuis dominus rem furtiuam legauerit, ſiue furi, ſiue extraneo, dicendum eſt, non eò minùs condictionem heredi ſaluam eſſe debere. DEC. Furtiua condictio non alij quàm domino poteſt competere, vt diximus ad §. *prox. ex l.* 1. *ſupr.* Atqui cùm legata eſt res furtiua, ſiue furi ipſi ſiue extraneo, verum eſt eius dominium iam non ad heredem, ſed ad legatarium pertinere, & quidem facto teſtatoris, qui non minùs ab herede ſuo quàm à ſeipſo dominium illud abſcedere voluit. Legatum enim, & rei legatæ dominium tranſit recta via à teſtatore in legatarium *l. à Titio* 64. *ad fin. infr. de furt.* nunquam factum heredis, vt Papinianus loquitur in *l. legatum* 80. *de legat.* 2. nempe ſi per vindicationem aut perceptionem legatum ſit, non etiam per damnationem aut per ſinendi modum. His enim poſterioribus caſibus dominium rei legatæ remanet penes heredem, quouſque per traditionem legatario factam ab herede diſceſſerit, quia facto & voluntate heredis opus eſſe teſtator voluit. Nec ſanè hic locus de alio genere legatorum quàm de duobus prioribus intelligi poteſt. Ergo quamuis rei legatæ dominium non diſcedat à teſtatore, niſi eo demùm mortuo, ita vt viuus ille condictionem furtiuam quam priùs habuit, non amittat ne ipſo quidem inſtanti mortis, quippe quòd vitæ tribuatur non morti *l. vlt. infr. de condic. inſtit. l. qui duos* 18. § 1. *de manum. teſtam.* non poteſt tamen condictio furtiua tanquam hereditaria tranſire in heredem, quia nec res ipſa furtiua vnquam fuit hereditaria. De illo namque teſtatore loquimur, qui rem furtiuam purè legauerit, vt Vlpianus hîc adiicit, non de illo qui ſub condicione, in quo certè aliud iuris eſt, quia res ſub condicione legata interim & pendente condicione pleno iure eſt heredis *l. & poſt litem* 12. § 1. *ſupr. famil. erciſc. iunct. l. is cui via* 11. § 1. *ſup. quem. ſeruit. amitt. l. generaliter* 29. § 1. *inf. qui & à quib. manum. l. ſi ſeruus* 14. vbi dicemus *infr. hoc tit.* Nihil autem intereſt, an ipſi furi, an alij extraneo res furtiua legata ſit, niſi quòd cùm ipſi furi legata eſt, facilius eſt vt ei condictionem remiſiſſe teſtator videatur. Cæterùm perinde vtroque caſu verum eſt dicere, neque rem ipſam furtiuam neque ipſius condictionem in hereditate vnquam fuiſſe, & ipſius domini facto dominium ab hereditate diſceſſiſſe: quod ſufficit, vt heres furi condicere non poſſit. Remanet tamen actio furti in hereditate, vt ad §. præcedentem

ſcripſimus, quia non eò minùs verum eſt, & furtum factum fuiſſe & impunitum eſſe non debere, niſi actio furti per pactum legitimum ſublata & extincta ſit *l. legitima 6 l. ſi tibi 17. §. 1. l. ſi vnus 27. § pacta quæ turpem ſup. de pact.* Non enim niſi certis & legitimis modis tolli actio furti poteſt, quæ & ipſa eſt legitima, inter quos modos non eſt legatum rei furtiuæ, nec ſi furi ipſi factum proponatur: aliáque longè ratio eſt condictionis furtiuæ, quæ cùm non niſi ad rei ipſam perſequendam detur *l. ſi pro fure 7. §. 1. ſupr. l. ſi pignore 54. §. cùm furti inſr. de furt.* fruſtra certè nullóque iure daretur heredi, ad quem noluit teſtator rem furtiuam peruenire, ſed ad legatarium quiſquis ille ſit, ſiue fur ipſe ſiue extraneus. Qua ratione tametſi eo condictio furtiua ipſo iure competere poſſet heredi, attamen doli mali exceptione repellendus eſſet, tanquam qui aduerſus teſtatoris ſui voluntatem experiretur *l. 1. § vlt. de doli mal. except.* Sed tamen non eſt neceſſaria furi exceptio doli mali, quia nec ſummo iure agere heres poteſt, cùm dominus non ſit, vt diximus, quamuis nec legatarius ipſe qui dominus eſt, condicere eò magis poſſit, vt ſubiicitur in *leg. ſeq.*

11. PAVLVS libro 39. ad Edictum.

SEd nec legatarius condicere poteſt. ei enim competit condictio, cui res ſubrepta eſt, vel heredi eius. ſed vindicare rem legatam ab eo poteſt.

*Ad l. Sed nec legatarius 11.*

RAT. DVB. Condictio furtiua competit domino rei furtiuæ, vt proximè diximus ex *l. 1. ſupr.* Vnde eſt quod non datur heredi eius cui res ſubrepta eſt, ſi ea res alij legata fuerit per vindicationem, quia heres hoc caſu nec dominus eſt, nec vnquam fuit rei ſubreptæ *l. prox § vltim. ſupr.* Atqui legatarius per vindicationem dominus eſt rei furtiuæ, quia legatum perinde facit rem legatam legatarij, atque hereditas heredis res ſingulas, nunquam factum heredis *l. legatum 80. de legat. 2. l. à Titio 64. inſr. de furt.* Ex quo fit, vt legatarius hic habeat vindicationem tanquam dominus, vt in hac ipſa lege ſcriptum eſt. Quidni ergo etiam condictionem furtiuam, & quia dominus eſt, & præterea odio furis, quò pluribus actionibus teneatur? *§. ſic itaque. Inſtit. de action.* Alioquin eueniet quod abſurdum videtur, vt fur neutri condictione teneatur nec heredi, quia dominus nō ſit, nec legatario qui dominus eſt, quòd res ei ſubrepta non fuerit. DEC. Non alij poteſt furtiua condictio competere, quàm ei cui res ſubrepta eſt, aut heredi eius, ſicuti nec contra alium datur, quàm contra furem, aut heredem eius *l. ex cauſa 5. ſupr.* Vt intelligamus quàm verum ſit, quod diximus in ſuperioribus, condictionem furtiuam, vt maximè furum odio comparata ſit *dict. § ſic itaque*, eſſe tamen comparatam in fauorem etiam eius cui res ſubrepta eſt. Alioqui danda vtique eſſet legatario contra furem tanquam domino, ſi ex parte actoris non niſi ius dominij, ex parte verò furis ſolum ipſius odium verſaretur. Atqui verum eſt, non eſſe rem furtiuam ſubtractam legatario, cùm furti tempore neque dominus neque poſſeſſor fuerit, licèt hodie dominus ſit. Ei ergo furtiua condictio dari nullo modo poteſt, ſatíſque eſſe ipſi debet, quod habeat quaſi dominus directam rei vindicationem. Id enim poteſt quilibet vindicare quod poſſit ſuum dicere & contra *l. in rem 23. & paſſ. ſupr. de rei vindic. l. Quintus 27. §. argento inſr. de aur. & argent. legat.* Ex hoc verò apparet, vt condictio furtiua alicui competat duo hæc neceſſariò concurrere debere, vt & ei res ſubrepta ſit eo tempore quo erat dominus, & vt dominus manſerit in id vſque tempus quo condicere cœperit, aut vt ſaltem ſit heres eius cui cùm adhuc eſſet dominus, res ſubrepta fuit. Hoc enim ſufficit: at non item vt heres ſit eius qui fuit dominus, ſi non & ipſe dominus ſit. Non eſt contrarium quod in *l. ſi dominium 47. inſr. de furt.* Paulus ſcribit, ſi dominium rei ſubreptæ quacunque ratione mutatum ſit, nouo domino furti actionem competere, nec minùs legatario quàm heredi, vel bonorum poſſeſſori: id enim ad furti actionem, non ad furtiuam condictionem pertinet. Sicque debet intelligi, vt ex noua furis contrectatione naſcatur legatario hæc furti actio non ex vetere: noua enim contrectatio nouum quodammodo furtum efficit *l. ſi is qui rem pignori 66. §. 1. eod. tit.* quemadmodum ſi res ſubrepta in domini poteſtatem rediiſſet, ac rurſus ei ſubrepta eſſet, haberet idem dominus nouam furti actionem ex noua contrectatione, nec minùs veterem ex vetere *l. interdum fur 56. eod.* In propoſito autem cùm res furtiua legata eſt, non poteſt legatarius habere actionem furti ex vetere contrectatione, quia iuris ſucceſſor non eſt, ſed haberet eam heres ſi legata res non eſſet; atque ita ob mutatum in eius perſona dominium duas haberet actiones furti, eiuſdem rei nomine contra eandem perſonam, ex vetere ſcilicet & ex noua ſimul contrectatione, quomodo & de adrogatore ſcriptum eſt in *l. ſi cùm quia in hoſtium 41. §. 1. eod.* eſt enim adrogator quaſi heres & vniuerſi iuris ſucceſſor *Inſtit. de acquiſit. per adrogat. l. qui ex liberis 11. §. teſtamento inſr. de ſecund. tabul.* In eóque obſeruandum eſt, plus iuris habere heredem, aliumve quemlibet vniuerſalem ſucceſſorem quàm defunctus ipſe habuerit: nec enim aſſidua contrectatio furis nouam aduerſus eum parit furti actionem, niſi cùm in eius poteſtatem res furtiua redit *d. l. interdum fur, & l. is qui 9. de furt.* Denique vel perſonam domini mutatam eſſe oportet, vel interpolatam, & renouatam in eiuſdem domini perſona poſſeſſionem, vt noua furti actio naſci poſſit ex aſſidua contrectatione, vt paria ſint, rem ad dominum priorem reuerti, aut dominium mutari, vt Accurſius & Bartolus hîc notant. Quo exemplo addit Bartolus idem dicendum eſſe, ſi iuriſdictio mutata ſit & locus territorij, vt qui furtum Florentiæ fecit, ſi Peruſij rem furtiuam contrectare perſeueret, poſſit etiam Peruſij conueniri, perinde acſi Peruſij furtum feciſſet: quod non eſt improbabile. Nam & hæc dominij mutatio quædam eſt *arg. l. qui furere 20. ſupr. de ſtat. homin.* nec quod legatarius rem legatam defuncto ſubreptam nunquam poſſederit, impedire poteſt ne furti actionem habeat, quamuis furtum nihil aliud ſit, quàm interuerſio poſſeſſionis *l. 1. §. vltim. de fur. l. rem quæ nobis 15. in fin. de acquir. poſſ.* (vnde eſt quod rei hereditariæ furtum fieri nequit *l. hereditariæ 68. & ſeqq. de furt. l. 1. §. Scæuola ſi is qui teſtam. lib. eſſ. iuſſ.*) Sufficit enim per heredem ſtare, quominus legatarius poſſit incipere poſſidere rem legatam, quam poſſideret proculdubio, ſi ſubrepta non fuiſſet. Nam nec alia ratio eſt, propter quam heredi eius qui furtum paſſus eſt, actio furti ex noua contrectatione dari debeat, *l. ſi abducta 10. Cod. de furt.* aut fructuario in ſpecie *l. ſi bruno 35. inſr.*

*inſr. de vſucap.* Et ita bene noſter Accurſius, quamuis Bartolus more ſuo longiore diſtinctione rem hanc totam inuoluat magis quàm explicet, illud ſolùm bene notans, ſufficere rem, quæ ſubrepta eſt, poſſeſſam ab alio fuiſſe tuo oomine, vt tibi actio furti adquiratur. Sic enim acquiritur proprietario & heredi, ſi res, cuius vſuſfructus alicui legatus eſt, ſubrepta ſit legatario iam vtenti & fruenti *dict. l. ſi homo. in fin.* itémque creditori ſi res ſubrepta ſit debitori ante traditam creditori poſſeſſiooem, aut ſi debitor ipſe eam rem pignoratam vendiderit *l. in actione 19. §. vlt. dict. l. ſi is qui rem pignori 66. in princip. infr. de furt.* Illud vnum explicandum ſupereſt, cur non ſicut actio furti, ita & condictio furtiua ſit ambulatoria, quomodo Accurſius loquitur, vt in legatarium tranſire poſſit, ſaltem ex noua furis contrectatione? Idem Accurſius doplicem rationem adfert, voam, quòd furtiua coodictio ſit odioſa, tanquam contra naturam condictionum omnium, & contra ius inducta *l. vlt. ſupr. vſufr. quemadm. caueat.* & conſeqoenter reſtringenda ad præſeotia, non autem amplianda, neque extendenda ad futura *arg. l. cùm quidam 19. de liberis & poſthum. l. hoc modo 64. in fin. de condic. & demonſtr.* alteram, quòd alia actiooe poſſit legatarius ſibi conſulere, id eſt, vindicatione, vt in hac ipſa lege ſcriptum eſt. Mihi neutra ſatis videtur accommodata, ſed illa loogè probabilior, quòd condictio furtiua oaſcatur ex delicto, ac furto, & quidem quod factum ſit domino: ac proinde dominum eſſe neceſſe eſt eum, qui agit condictione furtiua eo ipſo tempore quo furtum factum eſt, vt qualitas iuncta verbo intelligatur ſecundùm tempus verbi *l. 4. §. ſi extraneus. ſupr. de noxal. action.* Actio autem furti licèt æquè ex furto naſcatur, non tamen ex eo furto qood domino factum fuiſſe neceſſe ſit, ſed ei cuius taotummodò interſit ex honeſta cauſa *l. cuius interfuit 10 infr. de furt.* Negari porrò non poteſt, quin etiam interſit legatarij, quãuis ex poſtfacto, quia cùm interfuerit defuncti, oec iam interſit heredis propter legatum extraneo relictum neceſſe eſt, tametſi id quod defuncti ex ea cauſa interfuit, tranſire non poſſit in legatarium tanquam ſingularem noo ſucceſſorem, non alterius tamen hodie intereſſe, quàm legatarij, & idcirco nouam actionem furti ex oona contrectatione ei acquiri, licèt veterem quam defunctus ex vetere contrectatione habuit, habere non poſſit, & ita omnino ſentiendum eſt. Malè itaque Accurſius hanc furti actionem, quæ legatario competit, ambulatoriam vocat, cùm oon vetus illa ſit, quæ defuncto competierat, ſed noua quæ nunc primùm legatario datur ex oona, vt diximus, contrectatione.

12. VLPIANVS libro 18. ad Edictum.

ET ideò eleganter Marcellus definit libro 7. ait enim, Si res mihi ſubrepta, tua remaneat: condices. Sed & ſi dominium [a] non facto tuo amiſeris, æquè condices. In communi igitur re [b], eleganter ait intereſſe, vtrum tu prouocaſti communi diuidundo iudicio, an prouocatus es? vt ſi tu prouocaſti communi diuidundo iudicio [c], amiſeris condictionem: ſi prouocatus es, retineas.

*Ad l. Et ideò 12.*

RAT. DVB. Ad inducendam condictionem furtiuam duo cooiunctim requiruntur, vt proximè diximus, nimirum vt & ei qui coodicit res ſubrepta ſit, & vt idem ille ſit dominus rei ſubreptæ furti tempore. Ergo ſi res tua quam mihi commodaueras, mihi ſubrepta ſit, quamuis ea tua remaneat, dicendum tamen eſt non poſſe te condicere, quia non tibi ſed mihi ſubrepta eſt. DEC. Furtum quod ſit commodatario, ſit etiam commodanti, qui per commodatarium retinet & dominium & poſſeſſionem rei commodatæ *l. res commodata 8. & ſequ. infr. commod.* nec enim commodatarius poſſidet, cùm non habeat rem animo domini, nec eam teneat niſi nomine commodantis *l. ſi quis rem 20. inf. de acquir. poſſ. l. ſi is qui rem 59. infr. de furt. l. rem mihi commodaſti 21. infr. cõmod.* Ergo ſi mihi ſubrepta ſit res tua, quam ego commodati nomine tenebam, non mihi condictio furtiua competet, ſed tibi: ſed hoc ita ſi modò res tua remaneat: nam ſi eam vendideris, vt in *d. l. ſi quis rem*, aut aliter facto tuo eius dominium amiſeris, non magis tibi quàm mihi competere poterit condictio, quæ nuoquam datur niſi domino, vt ſuprà diximus.

a *Sed etſi dominium.* RAT. DVB. Condictio furtiua non datur niſi domino, vt modò ſcripſimus ex *l. 1. ſupr. hoc tit.* Ergo ſi quis dominium rei ſuæ, & ſibi ſubreptæ quoquomodo amiſerit, ſaluam condictionem habere non poteſt, neque diſtinctioni locus relinquitur, an facto ſuo an alieno dominium amiſerit. DEC. Nihil imputari poteſt ei qui ex neceſſitate rei ſuæ dominium amiſit, quia nec alienatio neceſſaria ferè alienationis nomine continetur *l. alienationes 13. ſup. famil. erciſc. l. Diuus Pius 5. ſupr. de hered. petit. l. peto 69. §. prædium de legat. 2. l. filiusfamilias 114. §. Diui 2. in fin. de legat. 1. l. cùm poſtulaſſem 44. §. 1. infr. de damn. infect.* Ergo nec aliter dominus condictionem furtiuam ſibi competentem amittere poteſt, quàm ſi dominium rei ſuæ facto ſuo amiſerit non ſi facto alieno. Exemplum ſtatim ſubiicitur.

b *In communi igitur re.* RAT. DVB. Dominium ſine poſſeſſione non transfertur *l. traditionibus 20. C. de pact.* Atquin rei communis ſubtractæ poſſeſſionem neoter ex ſociis habet. Ergo nec per diuiſionem transferre domioium alter ex ſociis in alterum poteſt. Quòd ſi ponas rei ſubtractæ poſſeſſionem ad ſocios vel ad vnum ex ipſis rediiſſe, alia ratio erit, per quam condictio impedietur, quia ſcilicet poſſeſſio rei furtiuæ ad dominum rediit *l. ſine manifeſtus 10. in princ. ſupr.* Nullo igitur caſu poteſt verum eſſe, quod hîc dicitur facta rei communis diuiſione ſaluam eſſe ei, qui prouocatus fuit condictionem.

DEC. In iudiciis familiæ erciſcundæ communi diuidundo, & finium regundorum ſpeciale ac ſingulare ius eſt, ex lege 12. tabul. vt per ſolam adiudicationem ſine vlla traditione dominium transferatur in eum cui res adiudicata eſt, aut in totum, aut pro parte *§. vltim. Inſtit. de offic. iudic. l. item Labeo 22. §. 1. & ſeq. & paſſ. ſupr. famil. erciſc.* Eſt enim adiudicatio vnus ex antiquis ſex modis transferendi iure Quiritium dominij, vt Vlpianus diſertè ſcribit in Fragment. Tit. 19. *de acquiſit. rer.* Non ergo neceſſe eſt, vt rei furtiuæ poſſeſſio ad condiuiſores redeat, aut ad vnum ex ipſis, vt per diuiſionem inter eos factam dominium transferri poſſit. Loquimur autem de iudicio communi diuidundo, non de actione pro

ſocio, ac proinde de ea re quæ ſit communis citra ſocietatem. Nam cùm ſocietas interuenit, ſi modò bonorum omnium ficta traditio interueniente intelligitur, ad inducendam inter ſocios communicationem omnium bonorum *l.1.& 2.infr.pro ſocio.* & ſimiliter in reſoluenda ſocietate nulla retrotraditione opus eſt, cùm ficta quoque interueniſſe cenſeatur, vt eiuſdem naturæ ſit reſolutio contractus, cuius & contractus ipſe quomodo ratiocinatur Bart. ex *l.de tutela 7.C.de in integr.reſtit.minor.* Quamquam in eo errat Bartolus, quòd neque ſpecialem ſocietatem certarum rerum diſtinguit ab vniuerſali ſocietate, in qua ſola creditur traditio tacita interueniſſe, neque videt in hac lege tractari de iudicio communi diuidundo, non de actione pro ſocio, quæ rationem iuris habet omnino ſeparatam. Nam ſicut in iudicio communi diuidundo nulla traditio tacita aut ficta requiritur, ſufficiente adiudicatione, ita in iudicio pro ſocio neceſſaria eſt fictio traditionis, cùm in eo nulla fiat adiudicatio. Item in eo quod putat in ſocietate etiam vniuerſorum bonorum diſſoluenda poſſe rei ſubreptæ dominium transferri ſine traditione, quod neque in ea contrahenda transferri poſſet. Requiritur enim ſaltem tacita & ficta traditio *dict.l.2.pro ſocio.* quæ tamen nulla interueniſſe fingi poteſt, earum rerum nomine, quæ à neutro ex ſociis poſſidentur, in quo numero ſunt res ſubreptę. Nam & iuris fictiones veritati reſpondere debent *l.confeſſionibus 13.& l.ſeq.§.1.ſup.de interrog.in iur.faciend.* ne alioqui plus poſſit fictio in caſu ficto quàm veritas in caſu vero: nemo enim tradere poteſt rem quam non poſſideat, cùm traditio nihil aliud ſit, quàm datio poſſeſſionis *l.3. in princ. infr. de action.empt.*

c *Eleganter ait intereſſe in communi diuidundo iudicio.* RAT. DVBIT. Nemo inuitus cogitur manere in communione *l.vltim.C.commun.diuidun.* ſicut nec quiſquam in communionem incidere compellendus eſt *l.ſi non ſortem 26.§.ſi centum.ſupr.de condict.indeb.* nimirum propter diſcordias, quas materia communionis excitare ſolet, inquit Papinianus in *l.cùm pater 77.§.dulciſſimis de legat.2. l.in re communi 26.ſupr.de ſeruit. vrban præd.* Ergo parum intereſt, quis ex ſociis ad diuiſionem prouocatus ſit, aut prouocauerit, cùm omni caſu & in vtriuſque perſona videatur alienatio eſſe neceſſaria. Vnde eſt, quod Bartol. defendit, nec malè ex diuiſione facta inter coheredes nulla domino directo laudimia deberi, nec magis à prouocante quàm à prouocato, cùm non aliter poſſit coheres, aut alius condiuiſor ſibi prouidere aduerſus incommoda communionis inuito ſocio quàm prouocando eum ad diuiſionem. DEC. Cùm de furtiua condictione quæritur, poteſt imputari ei, qui ad diuiſionem prouocarit, cur non egerit condictione furtiua ante prouocationem: poterat enim, ſi voluiſſet. Ergo ſi priùs ad diuiſionem prouocet, quàm condicat, videtur facto ſuo rei communis dominium, quod in vnaquaque parte rei habebat, vltro amiſiſſe, ideoque & condictionem, quam eius dominij ratione exercere potuiſſet: quod non ſimiliter imputare poſſis ei qui ad diuiſionem prouocatus fuit. Elegans igitur eſt in hac quæſtione diſtinctio Marcelli, vt ſi prouocaſti in communi diuidundo iudicio ad diuiſionem, condictionem amiſeris, ſi verò prouocatus es eam retineas. Quam diſtinctionem bene Accurſius ſic explicat, vt ſi mihi adiudicata ſit res communis te prouocante condictionem amiſeris, quam pro tua parte habebas, & ego condicam non tantùm pro parte quæ mea remanſit, ſed etiam pro ea quæ ex adiudicatione ad me peruênit, ſi verò tibi prouocanti adiudicata ſit, condictio mihi remaneat meæ partis, tibi etiam tuæ partis ſimiliter. Ex quo notat Accurſius ſufficere hoc vltimo caſu aliquando intereſſe mea in condictione, licèt hodie non interſit, quod in actione furti expeditum eſt *l.inter omnes 46.in princ.infr. de furt.* Sed extra hunc caſum vix eſt, vt condictio cuiquam competat, cuius non interſit tempore ipſo propoſitæ actionis: cùm & dominum eſſe illum neceſſe ſit, fieri autem nequeat, vt eius qui dominus eſt, non interſit *l.ſi vendidero 80.§.1. & l. ſi dominium 47.infr. de furt.*

1 ¶ Neratius libris Membranarum Ariſtonem exiſtimaſſe refert, eum, cui pignori res data eſt, incerti condictione acturum, ſi ea ſubrepta ſit.

*Ad §.1.Neratius.*

RAT. DVB. Non poteſt furtum fieri rei incertæ, ſed certæ duntaxat, quia nec incerta res, ſed certa tantùm poſſideri poteſt *l.3.§.incertam. l.locus 26.infr. de acquir.poſſeſ.* Ergo nulla condictio furtiua incerti eſſe poteſt, ſed certi ſolummodo, cùm & ex cauſa furtiua condictio certi detur *l.certi 9.§.1.ſupr.de rebus credit.* nam cùm dicatur condictio certi vel incerti ex eo quod ad rem certam detur, aut ad incertam, condictio autem furtiua meram rei perſecutionem contineat *l.ſi pro fure 7.§.vltim ſupr.* id eſt, corporis ipſius ſubtracti *l.in re furtiua 8.eod.* quod tamen incertum eſſe numquam poteſt, vt diximus, quî tandem fieri queat, vt condictio furtiua ſit aliqua incerti? DEC. Condictio furtiua duplex eſt, vna quæ datur in rem ipſam furto ſubtractam, & hæc ſemper condictio certi eſt, nec datur niſi domino, de qua intelligi debet quod ſcriptum eſt in *l.1.ſupr. & in l.vltim.v.ſinfr.quem.cau.* alia verò quæ datur non ad rem ipſam ſubtractam, ſed ad id quod intereſt eius cui ſubtracta fuit, qualis ea eſt, quæ datur creditori pignoratitio, & aliis huiuſmodi, quorum ex iuſta & honeſta cauſa intereſt: & hæc cùm non detur ad rem ipſam, ſed ad id tantùm quod agentis intereſt, non inquirit, an is qui agit, ſit dominus, quod eſſet ſuperfluum, ſed an eius interſit. Prior ſemper eſt condictio certi, quoniam, vt diximus, res quæ condicitur, ſemper certa eſt: poſterior verò ſemper condictio incerti, quia id quod intereſt, ſemper incertam quantitatem continet *l.vltim. infr. de ſtipulat. prætor. l.ſi pignore 22.infr. de pignorat.act.* Et in hoc grauiſſimus error eſt veterum omnium interpretum, qui poſt Accurſium & Bartolum negant condictionem hanc incerti ſpeciem eſſe condictionis furtiuæ, nouámque actionis ſpeciem conſtituere quæ dicatur condictio incerti, quomodo & in tractatu de condictione indebiti, ſolent negare condictionem vllam indebiti eſſe incerti: quod nos in præcedentibus non vno loco refutauimus, præſertim ad *leg.1. in fin. ſupr.* ex Iacobo Cuiacio in Paratitlis ad hunc titulum. Similis ferè diſtinctio eſt in actione furti, vt alia deferatur iure dominij, alia verò iure eius quod intereſt *leg. ſi vendidero 80.§.1.infr. de furt.* niſi quod furti actio nunquam condictio

eſt a.

est *d.l.ſi pro fure 7.§.1.ſupr.l.ſi quis pignore 54.§.cùm furti inf.de furt.* Quid ergo ſi quis non dominium rei ſubtractæ habeat, ſed tantùm poſſeſſionem? Condictionem furtiuam habere non poterit, cùm non ſit dominus, ſed habebit triticariam *l.2. inf.de cond. tritic.* Cur non verò vtilem furtiuam? Nempe quia talis condictio nulla prodita eſt, neque conſtituenda, vt de actione ad exhibendum Paulus loquitur in *l.cùm ſeruus 16. ſup. ad exhib.* item quia condictio poſſeſſionis non datur ad id quod intereſt, ſed ad poſſeſſionẽ ipsã. Quid denique ſi nec dominiũ habeat is cui res ſubrepta eſt, nec poſſeſſionẽ, nec ius vllũ in re, puta depoſitarius, commodatarius & alię huiuſmodi perſonæ, quæ non tam poſſident, quàm ſunt in poſſeſſione, *l.ſi quis ante 10.de acquir.poſſ leg.3. §.ſed ſi is qui 20.eod tit.leg.certè 6. §.is qui rogauit infr de precar.* Putant noſtri hos omnes omni actione deſtitui iure communi, ſed eis ſuccurrendum eſſe per actionem in factum vel officio iudicis ad poſſeſſionem, vel condictione ex *l ſi coloni 14. C. de agricol.& cenſit lib.11.tit.47.* Mihi contra videtur: cùm enim etiam depoſitario & commodatario & colono furtũ fiat, detùrque iis actio furti ad id quod intereſt *§. furti autem actio & ſeqq.tit.de oblig.quæ ex delict. naſcunt. l. vlt. C.de furt.* adeóque contra ipſum etiam dominum ſi eorum intereſt vt in *l. ſi is qui rem commodaſſet 59.inf.de furt.* quidni etiam condictio furtiua incerti iis accommodabitur, perinde ac pignoratitio creditori? Etſi enim pignoratitius creditor plus iuris habere in eo videtur, quòd obligatam rem habet, eámque poſſidere intelligitur ex omnibus cauſis, niſi quod ad vſucapionem pertinet *leg. ſeruus nomine 16. inf.de vſucap.* non tamen poſſeſſionis, aut iuris vllius realis tã habenda ratio eſt hoc caſu, quàm eius quod intereſt actoris, ſi modò ita eius interſit, vt furti quoque actionem contra furem habere poſſit: in hoc autem nil diſtat pignoratitius creditor à commodatario, depoſitario, & cæteris. Illud certè non probo quod Bartolus notat, in furtiua condictione certi actorem concludere ad rem ſibi dandam, licèt ipſe ſit dominus ex *§. ſic itaque Inſtit.de action.* in condictione autem incerti ad rem reſtituendam, vt pro rei reſtitutione quæ facta eſt, id quod intereſt præſtetur, vt in omnibus faciendi & reſtituendi obligationibus *leg.ſi quis ab alio 13. in fin.infr. de re iudic. leg. quoties quis alium 81. leg. ſtipulationes non diuiduntur 72.leg.cùm ſtipulatus 113. §.vltim.de verb. oblig.* Nam & in condictione furtiua incerti, eùm non minùs condictio ſit, quàm condictio certi, fatendum eſt intendere debere actorem ſibi dari non reſtitui oportere, ſcilicet id quod intereſt, pecuniámque eo nomine debitam non rem ipſam. Nec minus malè idem Bartolus putat etiam incerti condictione furtiua agi poſſe ad rem reſtituendam, quod nos improbauimus ad *leg.3. & ad l.in re furtiua 8.ſup.* Quiſquis enim condicit, neceſſe eſt, vt intendat aduerſarium dare ſibi oportere *d. §. ſic itaque.* Iunge quæ diximus ad *l.ſed etſi me putem 22.§.1.ſup.de cond.indeb.*

13. PAVLVS libro 39. ad Edictum.

Ex argento ſubrepto pocula facta condici poſſe, Fulcinius ait. ergo in condictione poculorum, etiam celaturæ æſtimatio fiet [a], quæ impenſa furis facta eſt, quemadmodum ſi infans ſubreptus adoleuerit, æſtimatio fit adoleſcentis, quamuis cura & ſumptibus furis creuerit.

*Ad l. Ex argento 13.*

RAT. DVB. In re furtiua condictio fit ipſius corporis quod ſubtractum eſt *l.in re furtiua 8.ſup.* Atqui ſubtracto argento non ideo magis verum eſt pocula ex eo argẽto facta ſubtracta eſſe: aliud enim eſt argentum, aliud verò poculum ex argento factũ, ſicut & argentum infectum differt toto genere ab argento facto, cùmque forma illa ſit, quæ dat eſſe rei, & ex qua res denominatur *l. Iulianus 9. §. ſi quis rem ſup.ad exhib.l.proponebatur 76.de iudic.* conſequens eſt, vt alia res ſit poculum ex argento ſubrepto factum, quàm argentum ipſum quod ſubreptum eſt. Ergo is cui argentum ſubreptum eſt, non idcirco pocula ex argento facta poteſt condicere. DEC. Eadem omnino materia eſt argenti ſubtracti, & poculorum ex eo argento factorum, nec differunt iſta inter ſe niſi forma. Ergo quemadmodum argenti ſubtracti cõdictio ei competit, cui argentum furto ſubtractum eſt, ita & poculorum ex eo argento factorum, nec tantùm hoc ſecundum ſententiam Sabinianorum, qui in quæſtione illa de dominio ſpeciei ex aliena materia cõfectæ dominium materiæ præferebant ei qui nouam ſpeciem feciſſet, ſed etiamſi Proculianorum qui contrà præferebant formã materiæ, ſiue denique Erciſcundorum, qui diſtinguebant, an talis eſſet materia quæ redigi in ſua initia poſſet, an quæ non poſſet *l.adeò 7. §. cùm quis infr. de acquir.rer.domin.§.cùm ex aliena Inſtit.de rer.diuiſ.l.quaſitũ 78.§.illud delegat 3.* Pertinet enim tota illa diſtinctio ad eum qui ex aliena materia ſpeciem nouam facit & ſuo nomine & bona fide, in quo numero fur non eſt, cui non debet permitti, vt rem quam alienam eſſe ſciuit & ſubripuit, ſuam faciat, nouam ei formam adiiciendo, ne alioqui eſſet in eius poteſtate ius domini lædere, & alienæ rei dominium ſibi per furtum acquirere, ſeque hoc veluti remedio, ſi non ab ipſa furti actione, ſaltẽ à condictione furtiua liberare, quod certè & ridiculum eſſet & iniquum *l.ſi quis vxori 52.§.ſi quis maſſam infr.de furt.*

a *Etiam celaturæ æſtimatio fiet.* RAT. DVB. Id tãtùm condici poteſt furi, quod ab eo ſubreptum eſt *l. ſed nec legatarius 11.* vbi diximus *ſup.* Atqui celatura poculorũ ſubrepta non eſt, cùm furti tẽpore argentũ infectũ eſſet, eámque celaturã à ſumptib. furis factã eſſe ponamus. Ergo in condictione furtiua poculorum quãuis ex argento ſubrepto factorũ æſtimatio celaturæ fieri non debet, adeóque nec celatura ipſa venire in condictionẽ furtiuã. DEC. In cõdictione furtiua fit condictio ipſorum corporum quandiu extãt *l.in re furtiua 8.ſup.* Atqui celatura poculorum quamuis ſumptibus furis facta non facit, quo minùs idẽ ſit corpus argenti, quod ſubtractum fuit, idémque dominiũ ſubtractæ materiæ ſecundùm ea, quę proximè diximus. Ergo etiam celatura & celaturæ æſtimatio venire debet in condictionem: nec in eo vlla ſit furi iniuria, qui imputare ſibi debet, cur in rem furtiuam, quam alienam eſſe ſciebat, ſumptum

ſecerit: quem proinde videtur donaſſe, quomodo hîc notat Accurſius, & probatur ex l. *ſi ſeruum ſurtiuum 27. §. ſi ſlinam 24. ſupr. ad leg. Aquil. iunct. leg. qui alienum 14. infr. de donat.* Cúmque fur in re furtiua moram ſemper facere intelligatur, quandiu eam non reſtituit *leg. in re furtiua 8. §. vlt ſup. leg. vlt. inf.* credendus eſt fureo quoque tempore furtum feciſſe, quo celaturam poculorum ſuis ſumptibus fecit. Quemadmodum ſi infans ſubreptus ſit, qui deinde apud furem cura & ſumptibus ipſius furis adoleuerit, non tam infantis, quàm adoleſcentis furtum factum eſſe intelligitur *l. inficiando 67. §. infans infr. de furt.* vbi eleganter Celſus addit, nihil eſſe tam ridiculum, quàm exiſtimare meliorem furis conditionem propter continuationem furti eſſe debere: eſſet autem melior, ſi impenſa quam in rem furtiuam feciſſet, ei reſtituenda eſſet, aut ſi rei furtiuæ æſtimationem quæ ex poſtfacto creuiſſet, æquè domino reſtituere non teneretur *l. pen. inf. rer. amot.* vbi dicitur idem iuris eſſe hac parte in actione quoque rerum amotarum quod in condictione furtiua. Denique generale eſt, vt fur impenſas quas in rem furtiuam fecit, quamuis vtiles adeóque neceſſarias nunquam repetat *l. 1. C. de infant. expoſit.* quod an æquè generaliter in quolibet malæ fidei poſſeſſore obtineat, alia quæſtio eſt, quam nos tractanimus *lib. 2. coniect. cap. 1.* ſed meliùs & latiùs in *ſecunda parte Chiliadis noſtra de errorib. pragmat.*

14. IVLIANVS libro 22. Digeſtorum.

SI ſeruus furtiuus ſub conditione legatus fuerit: pendente ea, heres condictionem habebit. & ſi, lite conteſtata, conditio exſtiterit [a], abſolutio ſequi debebit, perinde ac ſi idem ſeruus ſub conditione liber eſſe iuſſus fuiſſet, & lite conteſtata, conditio extitiſſet. nam nec petitoris iam intereſt hominem recipere & hæc, ſi res ſine dolo malo furis eius eſſe deſiit. Quòd ſi pendente conditione iudicaretur [b], iudex æſtimare debebit, quanti emptorem inuenerit.

*Ad l. Si ſeruum 14.*

RAT. DVB. Pendente conditione rei per vindicationem legatæ, pendet quoque illius rei dominium, nam ſi legati conditio extiterit, vtique dominium ab initio & ex die mortis teſtatoris legatarij fuiſſe videbitur, ſi verò defecerit, nunquam legatario erit acquiſitum. Atque ita hic caſus vnus eſt ex iis, in quibus ab initio res dubia eſt, & ex poſtfacto retroducitur, vt Marcianus loquitur in *leg. quadam ſunt 15. infr. de reb. dub.* Vnde eſt, quod legatum ſub conditione relictum repudiari interim non poteſt, non ſolùm quia needum delatum eſſe intelligitur *leg. ſi ita ſit ſcriptum 45. §. ſi ſub conditione de legat. 2.* delatio autem ſemper debet præcedere ſicut acquiſitionem, ita & repudiationem *leg. delata 151. de verbor. ſignific.* ſed etiam quia quiſquis repudiat ſiue hereditatem ſiue legatum, certus eſſe debet de iure ſuo *leg. in repudianda 23. infr. de acquiren. vel omitt. hered.* certus autem eſſe non poteſt legatarius pendente conditione, cùm ignoret, vtrum ea extitura ſit *l. is qui heres 13. leg qui hereditatem 17. eod. titul.* Ergo & pendente conditione legati ſi res legata interim furto ſubtracta ſit, condictionem quoque rei furtiuæ pendêre dicendum eſt, cum cauſam dominij adnexam habeat, nec aliis detur quàm domino *leg. 1. ſupr.* DEC. Dominium rei per vindicationem legatæ ſub conditione interim pleno iure eſt heredis *leg. & poſt litem 12. §. res quæ ſupr. famil. erciſc. leg generaliter 29. §. 1. infr. qui & à quib. manum. liber. non fiant. leg. is cui 11. §. ſupr. quemadmodum ſeruit. amitt.* neque ideo dici poteſt, aut non eſſe heredis, aut eſſe in pendenti, quòd aliquo caſu dominium ab eo poſſit diſcedere, ſcilicet eueniente quandocunque legati conditione *leg. non ideo 66. ſupr. de rei vindic.* Præſens enim rei ſtatus inſpiciendus eſt, cùm ſit certus, licèt ex poſtfacto variari poſſit, cùm ipſa quoque variatio ſit incerta, támque facilè accidere poſſit, vt conditio legati non exiſtat, quàm vt exiſtat, alioqui non eſſet verè conditio, ſi non haberet ſe indifferenter ad eſſe, & non eſſe, quod contingeret, ſi omnimodo extitura eſſet *leg. quòd ſi ſub conditione 17. ſupr. de condic. indeb. leg. ſi pupillus 9. §. qui ſub conditione infr. de nouat. leg. cùm ad præſens 7. & ſeqq. ſupr. de reb. credit.* Ideóque nec ponitur exemplum hoc inter cætera de quibus in *dict. leg. quadam ſunt.* nec enim hoc caſu res ab initio dubia eſt, ſed certa, nimirum ſi res per vindicationem aut præceptionem legata eſt, non etiam ſi per damnationem, aut per ſinendi modum, vt diximus ad *leg. ſed nec legatarius 11. ſupr.* Atqui condictio furtiua datur domino *leg. 1. ſupr. de leg. vltim vſufr. quem. caueat.* Ergo in propoſita ſpecie danda eſt heredi, tanto magis quod nec legatario dari vllo caſu poteſt, id eſt, quamuis legati conditio extiterit, quia res ei ſubrepta non eſt, ſed heredi *dict l. ſed nec legatarius.* Planè in actione furti aliud eſt, nec enim extinguitur amiſſione aut mutatione dominij *l. inter omnes 46. infr. de furt.* vbi ratio redditur, quia competit furti actio, non ideò quia nunc abeſt, ſed quia vnquam beneficio furis abfuerit: at condictio furtina non alia de cauſa competit, quàm quia res furtiua nunc abeſt domino.

a *Et ſi lite conteſtata conditio extiterit.* RAT. DVB. Cùm exiſtit conditio legati, quod per vindicationem ſub conditione relictum fuerat, dominium quidem rei legatæ tranſit in legatarium, ac proinde in neceſſarium antecedens diſcedit ab herede, ſed tamen inuito, adeóque quaſi nunquam fuerit heredis, perinde ac ſi legatum ab initio purum fuiſſet *l. legatum 80. de legat. 2.* Tam enim in legatis quàm in ſtipulationibus ita ius eſt, vt diſpoſitio conditionalis quælibet perinde habeatur poſt conditionis euentum, ac ſi ab initio pura fuiſſet *l. qui potior 11. §. 1. iunct. l. qui balneum 9. §. ſed et ſi heres inf. qui potior in pignor. hab.* Atqui dominus cui res ſubrepta eſt, & cui proinde condictio furtina ſemel cœpit competere, non aliter amittit condictionem, quàm ſi dominium facto ſuo amittat *l. ſiue manifeſtus 10. §. tandiu & §. vltim. iunct. l. ſeq. ſupr.* Ergo etiamſi lite conteſtata conditio legati extiterit, non ideò tamen ſequi debet abſolutio, vt à condictione

dictione

dictione furtiua, quam contra furem heres quaſi dominus exercebat, fur liberetur, præſertim cùm in iudiciis & per litis conteſtationem quaſi contrahatur *l. 3. §. idem ſcribit infr. de pecul. l. delegare 11. §. 1. l. aliam 29. infr. de nouat.* ideóque in cæteris ferè omnibus maximè ſpectari ſoleat tempus litis conteſtatæ *leg. vinum 22. ſupr. de reb. credit. leg. vltim. infrà de condiction. tritic. leg. 2. de vſur. leg. ſi poſt acceptum 18. ſupr. de rei vindic.*

DEC. Factum teſtatoris legantis rem aliquam ſiue ſuam ſiue heredis ſui factum eſt heredis, non ob id ſolùm, quòd heredis & defuncti vna eadémque perſona eſſe exiſtimetur *Nouell. 48. de iureiur. à morient. præſtit. in princip.* ſed etiam, quia heres adeundo hereditatem defuncti intelligitur quaſi contrahere cum legatariis, non minus quàm cum hereditariis creditoribus *l. 3. §. vltim. & leg. ſeq. infr. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eat. l. 5. §. heres quoque infr. de oblig. & act.* nec aliam ob cauſam tenetur heres, etiam inuitus legata ſoluere, quàm quia hereditatem adeundo ſemel voluit, quod ſufficit *l. in diem 9. §. 1. de aqua & aqua pluu. arcend.* cùm ſciuerit, aut ſcire debuerit non alia lege adiri hereditatem à ſe potuiſſe *leg. ſi duo 38. de acquir. hered.* Aditio namque hereditatis licèt non faciat legatum, quod ex defuncti voluntate ac liberalitate proficiſcitur *l. legatum eſt 36. de legat.* eſt tamen condicio, ſine qua valere legatum non poſſet, cùm non adita hereditate ſicuti teſtamentum ipſum deſtituitur, ita & legata cæteráque omnia corruant, quæ teſtamento data erant *leg. ſi nemo 9. infrà de teſtament. tutel. l. ſi nemo 181. de regulis iuris l. ea quam 14. Cod. de fideicom.* Perinde igitur condictionem amittere debet heres, cùm legati condictio poſt litem conteſtatam exſtitit, atque ſi rem legatam ſponte alienaſſet: nam & alienationis verbo etiam illa continetur alienatio, quæ per legem fit non minus quàm quæ per hominem *leg. alienationis 28. de verborum ſignificat. leg. ſi fundum 16. de fund. dotal.* quia ſemper aliquod hominis factum intercedit, cui legis poteſtas & authoritas tribuitur. Nihil autem intereſt, an legati condicio exiſtat ante an poſt litis conteſtationem: nam quæ litis ratio impedire poteſt conteſtationem litis, eadem ſi poſt litem conteſtatam ſuperueniat, impedit, ne ad condemnationem perueniri poſſit, cùm litis conteſtatio magis facti ſit, quàm iuris, condemnatio autem iuris quàm facti. Vnde eſt, quod in condemnando ſemper eum ſtatum inſpicimus, qui eſt tempore rei iudicandæ, non qui fuit tempore litis conteſtatæ *leg. item videndum 18. §. penultim. ſuprà de hered. petit. leg. quæſitum 30. in princip. infr. de pecul. leg. eleganter 23. §. ſi quis poſt transactionem*, vbi diximus *ſupr. de condict. indebiti*, niſi cùm agitur de ineunda rei debitæ æſtimatione extra condictionem triticariam *leg. penult. & vltim. inf. de condict. tritic. leg. vinum 22. ſupr. de reb. credit.* ob rationem poſitam in *leg. 2. infr. de vſur. leg. ſi Calendis 21. infr. de re iudic.* Conſequens igitur eſt, quod Bartolus hîc benè notat, ſi lite pendente, id eſt, poſt litem conteſtatam actoris ius pereat, ſequi omninò debere abſolutionem, vt in huius legis ſpecie Iulianus diſertè ſcribit, ſeruo furtiuo legato ſub ea condicione, quæ poſt litem conteſtatam exſtiterit, perinde, inquit, ac ſi idem ſeruus ſub condicione liber eſſe iuſſus fuiſſet, & poſt litem conteſtatam condicio exſtitiſſet. Vtriuſque verò ſententiæ rationem ſubiicit *iam nec petitoris intereſt hominem recipere*, quia ſicuti nemo auditur agere aut excipere volens, niſi cuius intereſt *leg. 3. §. 1. infr. de verborum obligationibus, leg. ille à quo 13. §. ſi de teſtamento ad Senatusconſultum Trebellianum leg. 2. §. circa infr. de doli mali except.* cùm & obligationes & actiones omnes ad hoc comparatæ ſint, vt vnuſquiſque ſibi acquirat quod ſua intereſt *leg. ſtipulatio iſta 38. §. alteri de verborum obligationibus leg. nihil aliud 51. de obligation. & action.* ita nec audiendus quiſquam eſt ad inchoatam litem proſequendam ſi eius intereſſe deſierit, dummodò id acciderit ſine dolo vllo poſſeſſoris: hoc enim eſt quod addit Iulianus *& res ſine dolo malo furis eius eſſe deſierit*, nam non debet dolus poſſeſſoris ei patrocinari, vt facto ſuo actoris ius lædere, ac liberationem ſibi acquirere poſſit *leg. Gratius 71. §. pen. infr. de fideiuſſ. leg. vltim. ſupr. de pact. leg. ſi ſeruum 91. §. nunc videamus de verborum obligationib. leg. non debet alteri 71. de regulis iuris.* Puto autem in propoſita huius legis ſpecie ſequi abſolutionem debere, non tantùm ab inſtantia & obſeruatione iudicij, vt malè putat Bartolus, ſed etiam à petitione & actione ipſa: nulla enim actio ſupereſſe poteſt ei, cuius nihil amplius intereſt, vt diximus. Et ſanè ratio hæc non tam ad inſtantiam, quàm ad actionem ipſam tollendam pertinet.

b *Quòd ſi pendente condicione iudicaretur.* RAT. DVBIT. Id quod pendet, non pro eo habetur, ac ſi iam ſit *leg. is damnum dat 109. §. 1. de regulis iuris.* Atqui condicio, quæ nondum exſtitit, adhuc pendet, & quidem ita vt ſe indifferenter habeat ad eſſe & non eſſe, quia neceſſe eſt, vt poſſit exiſtere & non exiſtere, quemadmodum ſuprà dictum eſt. Ergo non perinde haberi debet, ac ſi iam exſtitiſſet aut defeciſſet. Nec igitur danda heredi condictio eſt, nec pro eo iudicandum, ſi pendente condicione iudicetur, ſed potius contra eum, cùm condicio, quæ nondum exſtitit, ſimilior eſſe videatur defectæ condicioni quàm impletæ, niſi quòd differentia inter vtramque illa eſt, quod defecta condicio dicitur abſolutè non exſtitiſſe, quæ verò impleta non eſt, nondum exſtitiſſe *leg. hæc condicio 10. in fine princip. infr. de condict. & demonſtr.*

DEC. Etiam condicio, quæ pendet, alicuius vtilitatis eſt, quia licèt nondum exſtiterit, poteſt tamen exiſtere, & dubius ille euentus quantumlibet incertus, certo tamen precio æſtimari poteſt, velut iactus retis aut aleæ *leg. propter ſpem 23. ſuprà famil. erciſcund. leg. ſi iactum 11. infrà de action. empt. leg. cùm hereditatem 7. de heredit. vel action. vendit. leg. mortis cauſa 18. §. vltim. de mort. cauſ. donat.* Ergo non idcirco abſoluendus fur eſt, quod pendente legati condicione heres contra eum agat condictione furtiua, cùm adhuc in eo ſit condicio, vt poſſit exiſtere: ſed non ad aliud fur condemnabitur, quàm ad eam quantitatem, quæ ex illius ſpei venditione redigi poteſt: tanti enim res vnaquæque eſſe intelligitur, quanti vendi poteſt, vt ex hoc maximè textu probari vulgò ſolet, & ex *leg. 1. §. ſi heres, infrà ad Senatusconſultum Trebellianum l. ſi quis vxori 52. §. penult. leg. ſi vendidero 80. §. 1. infra de furt.* nempe homini ſcienti condicionem rei, vt Bartolus hîc notat ex *dict. leg. mortis cauſa §. vltim.* & ex communi hominum exiſtimatione, non ex priuati hominis adfectione *l. precia rerum 63. infrà ad leg. Falcid. l. ſi ſeruum 33 ſup. ad l. Aquil.* nec vno aut altero momento, ſed pluribus diuerſiſq; temporibus. Idq; non tantùm ſi de rei mobilis, ſed etiamſi de immobilis venditione tractetur.



Digitized by Google

quamuis in eo differant res mobiles ab immobilibus, quòd immobilium, quæ locum mutare non poſſunt, precia ſunt longè minùs incerta, quàm mobilium, quæ non modò pro temporum, ſed etiam pro locorum varietate mutantur *l. 3. infr. de eo quod cert. loc.* item quòd immobilium rerum æſtimatio plerunque ex earum reditu ineunda eſt *l. ſi fundum per fideicommiſſum 92. de legat.* 1. interdum etiam ex affectione emptoris propter loci opportunitatem, aliáſve cauſas quas Iureconſultus enumerat in *l. 1. §. & aliàs videamus infr. Si quid in fraud. patron.* ſufficit enim vt tanti habuerit emptor rem emere, cùm nemo ex neceſſitate emat, ſed ex voluntate & electione, quod in venditore plerunque ſecus eſt, vt alibi tractauimus *Decad de error. pragmat.* circa interpretationem *l. 2. C. de reſcind. vendit.* Non eſt ſuperioribus contrarium quod ſcriptum eſt *in l. 4. §. condemnatio verſic. & ſi ſub condicione infr. de tabul. exhib.* ſi ſub condicione legatum ſit, nec exhibeantur tabulæ teſtamenti, ſic æſtimandum eſſe legatum in interdicto de tabulis exhibendis, quaſi exiſtente condicione, adeò vt nec compelli debeat ad cauendum de reſtitutione, ſi poſtea condicio legati defecerit. Habet enim illud interdictum ſpecialem rationem, quia pœnale eſt, & pœna hæc contumaciæ meritò præſtatur ab eo qui tabulas teſtamenti non exhibet, vt ibidem Vlpianus diſertè ſcribit. Etſi aliam quoque diuerſitatis rationem adfert Bartolus, quòd ibi inquit, non erat ius de præſenti, ſed ſperabatur adeſſe, & recedere in condicionis euentum, hîc verò erat ius iam competens heredi de præſenti, ſed quod in condicionis euentum abeſſe vel recedere ſperabatur: quod equidem verè dicitur, ſed ratio Vlpiani magis mihi probatur. Illud ſanè verum eſt, multum referre, an is agit, cui ius agendi de præſenti non cōpetit, vt in hac lege, an verò is cui ius agendi iā competit, licèt in futurum recedere debeat in euentum condicionis, vt in *d. verſicul. etſi ſub condicione, & in l. in lege Aquilia 40. ſupr. ad leg. Aquil.* Priore caſu non prodeſt agenti ad obtinēdam condemnationem, quòd condicio poſſit exiſtere, poſteriore verò prodeſt, quòd poſſit deficere. Magis obſtare videtur quod contra Proculum Paulus ſcribit in *l. in lege Falcidia 45. §. 1. infr. ad leg. Falcid.* in his legatis quæ ſub condicione relicta ſunt, ſi quæratur de lege Falcidia, non debere videri tantum eſſe in legato, quanti nomen venire poteſt, ſed cautionibus meliùs rem temperari. Sed benè reſpondet Bartolus multum quoq; intereſſe, an quis recipiat debitum, quod nullo caſu reſtituere debeat ſoluenti, vt in ſpecie huius legis, quo caſu nulla præſtandæ cautionis neceſſitas vel vtilitas ſubeſt, vt ſcriptum eſt *in verſic. ſeq.* an verò de eo debito agatur quod ei ipſi qui ſoluit, reſtituendum ſit aliquo caſu, puta emergente lege Falcidia, vt in *d. §. 1.* quo caſu propter incertum reſtitutionis cautio certè neceſſaria eſt: etſi Proculi ſententiam quam Paulus ſibi improbat, Iulianus probaſſe videtur, itémque Vlpianus qui Iulianum refert in *d. l. 1. § ſi heres infr. ad SC. Trebellian.* ratione illa quam ibidem Vlpianus adfert, quòd ea ſententia plures quęſtiones dirimat, quæ ex cautionum interpoſitione paſſim emergunt. Quid enim cautionis præſtatio aliud quàm nouæ in futurum litis materia eſt? Placet etiam illa diſtinctio Bartoli, quoties ex delicto agitur, an delictum culpa tantùm admiſſum ſit, vt in lege Aquilia, in qua etiam leuiſſima culpa ſufficit, *l. in lege 44 ſup. ad leg. Aquil.* an verò etiam dolo malo, vt in condictione furtiua? Nec enim furtum fit vnquam ſine dolo malo, & ſemper æquum eſt durius agi cum eo qui dolum quàm qui culpam admiſit. Quanquam in eo minùs cautè loqui videtur Bartolus, quod non animaduertit in lege Aquilia, cùm culpa puniatur, multo magis dolum puniri *l. qui occidit 30. § in hac quoque actione eod. § ac ne is quidem Inſtit. eod.* nec eo minùs tamen verum eſſe illo quoque caſu differentiam eſſe inter actionem legis Aquiliæ, & condictionem furtiuam, ob diuerſitatis rationem illam, quam ſuprà attulimus.

1 ¶ Cauere autem ex hac actione petitor ei, cum quo agitur, non debebit.

*Ad §. 1. Cauere.*

Hunc §. iam explicauimus proximè. Rat. dva. Propter incertum futuri euentus & pendentis condicionis videtur neceſſaria cautio, cùm exiſtente legati condicione futurum ſit, vt legatum debeatur legatario, nec vnquam heredis fuiſſe videatur, *l. legatum 80. de legat. 2. l. & poſt litem 12. § res quæ ſupr. Famil. erciſc.* Dec. Non ſolet cautioni locus eſſe, cùm non pluris res æſtimatur, quàm quanti nomen vendi poteſt *l. in lege 45. § 1. ad l. Falcid. l. 1. §. ſi heres ad SC. Trebell.* itémque cùm reſtitutionis periculum nullum ſubeſt, vt in propoſito, in quo illud amplius eſt, quod indignus eſt fur cui caueatur, nō ſolum quòd imputari ei poſſit, cur non rem reſtituat, vt Accurſius noſter dicebat ex *l. & ex diuerſo 35. §. petitur ſupr. de rei vind.* [quid enim ſi qua iuſta de cauſa reſtituere ampliùs non poſſit?] ſed etiam quia cautiones omnes non niſi ex æquitate præſtantur, quæ furi & doloſo ſuffragari nunquam poteſt *l. pen. in fin. infr. ad SC. Trebell. l. quòd ſi dolo 69. & ſeq. ſupr. de rei vind.* nam & tum quoque cùm rem furtiuam reſtituere fur non poteſt, adhuc tamen in ea reſtituenda moram facere intelligitur *l. ſi pro fure 7. §. vlt. l. in re furtiua 8. §. vlt. ſupr.* quia nec eam auferre ab initio debuit *leg. vlt. infr. hoc tit.* Quod autem Azo rationis loco adferebat, non agi hoc caſu ad rei precium, ſed ad quanti res eſt, non poſſum probare: nam & cùm res tanti æſtimatur, quanti nomen eius vendi poteſt, precium illud rei eſt, & quidem iuſtum ac verum, cùm in eo ſtatu nec aliter, nec meliùs æſtimari res poſſit. Sed & illa etiam huius §. ratio eſt, quòd illo etiam caſu quo exiſteret condicio legati, non eo magis tamen furtiua condictio legatario competeret, quoniam ei ſubrepta res non fuit *leg. ſed nec legatarius 11. ſupr.* Itaque ſecurus eſt fur, ſeque à condictione furtiua in plenum liberat, cùm heredi condicenti rem furtiuam reſtituit pendente condicione, quam nullo penitus caſu alij dare vel reſtituere iuberi poſſit, non magis quàm ſi poſt exiſtentem quoque legati condicionem dominium rei legatæ ad legatarium minimè pertineret.

2 ¶ Bone

2 ¶ Boue ſubrepto & occiſo, condictio & bouis, & corij, & carnis domino competit, ſcilicet ſi & corium, & caro contrectata fuerint: cornua quoque condicentur. Sed ſi dominus condictione bouis pretium conſecutus fuerit[a], & poſtea aliquid eorum, de quibus ſuprà dictum eſt, condicet: omnimodo exceptione ſummouebitur. Contrà ſi corium condixerit[b], & pretium eius conſecutus, bouem condicet: offerente fure pretium bouis, detracto pretio corij, doli mali exceptione ſummouebitur.

*Ad §. 2. Boue ſubrepto.*

RAT. DVB. Non poteſt vna eademque res diuerſo iure cenſeri *vulg. leg. eum qui ædes 23. infr. de vſucap.* Atqui bos conſtat ex carne, corio & cornibus, tanquam ex partibus ſuis integralibus, ſine quibus ne quidem intellectu percipi poteſt. Ergo boue ſubrepto & occiſo, etiam caro & corium & cornua condici poterunt ex vetere & prima bouis contrectatione, nec alia nouáque contrectatione opus eſt, vt pro carne, corio & cornibus furtiuæ condictioni locus fiat: præſertim cum furtiua condictio ſit vindicationi, ſi non ſimillima, ſaltem proxima, quandoquidem non datur niſi domino *leg. 1. ſupr. l. vltim. vſufru. quem. caueat.* mortuo autem boue, qui meus fuit, nemo dubitet, quin & caro & corium & cætera, quæ ex boue ſuperſunt, vindicare poſſim tanquam mea, quandoquidem meum eſt, quicquid ex re mea ſupereſt, ciuſque vindicandi ius habeo *leg. ſolum 49. §. 1. ſupr. de rei vindic. iunct. l. Quintus 27. §. argento infr. de aur. & argent. leg.*

DEC. Multum intereſt, an bouem mihi ſubreptum potuerim petere tanquam meum actione in rem, & directa vindicatione, an verò actione in perſonam quaſi mihi debitum. Priore caſu mortuo boue non eo minus & carnem & corium & cornua, quæ ſuperſunt, vindicare poſſum, quia mea ſunt, cùm ex re mea ſuperſint. Et verò cuius eſſent alterius? Etſi enim mors, modus eſt amittendi dominij eius rei, quæ moritur, quia extare deſiit, ſiquidem res, quæ non eſt, dominum habere non poteſt non tamen extinguit dominium earum rerum, quæ etiam poſt mortem ita ſuperſunt, vt alicuius vtilitatis eſſe adhuc poſſint, cuiuſmodi ſunt caro & corium bouis, & quæcunque ex eo mortuo ſuperſunt, quomodo extinguit vſumfructum *leg. penult. ſupr. quib. mod. vſusfruct. amitt.* At poſteriore caſu ſi debitus tantùm mihi bos fuit viuus non poſſum eum mortuum petere, nec partes eius integrales, quæ mortuo eo ſuperſunt, quia quod extinctæ ſpeciei ſupereſt, aliud quiddam eſt, & in nouam ſpeciem tranſit, quæ non ſimiliter debita dici poteſt: illud enim duntaxat debitum dici poteſt, quod in obligatione eſt, in obligatione autem bos duntaxat formaliter fuit, non caro aut corium bouis *leg. mortuo boue 49. de legat. 2.* vbi ſcriptum eſt, mortuo boue, qui legatus fuerat, neque carnem, neque corium deberi legatario: quo verbo *deberi* Paulus ſignificat tractare ſe de eo boue, qui petatur tanquam debitus, & per actionem perſonalem ex teſtamento, quamuis per vindicationem legatus proponatur. Etſi enim rei legatæ per vindicationem dominium tranſit rectà via in legatarium *leg. à Titio ſexageſima quarta infr. de furt.* quaſi nunquam factum heredis *leg. legatum 80. de legat. 2.* multum tamen intereſt, an per actionem in rem & per vindicationem petatur, an verò per actionem perſonalem ex teſtamento, quæ non minus pro legatis per vindicationem competit, quàm pro legatis per damnationem *leg. cùm filius ſeptuageſim. ſext. §. variis de legat. 2. leg. prim. Cod. commun. de legat.* Similiter igitur, & in propoſita ſpecie, quamuis bos furtiuus, quem ponimus, quamdiu vixit, condici furi potuiſſe, ſed antequam condiceretur, mortuum eſſe vindicari potuerit iure dominij per eum, cui ſubreptus fuerat, & eo mortuo quicquid ex eo ſupereſt, etiamnum vindicari poſſit, condici tamen poſt mortem amplius non poteſt, neque quod ex eo ſupereſt, quia dominus, qui condictionem furtiuam exercet, licèt ſit dominus, non tamen condicit tanquam dominus, ſed tanquam is, cui ex cauſa furti debetur, *leg. ſed ſi damnum aliàs leg. peculium §. ſiue autem infrà De pecul.* nec rem ſuam perſequitur quaſi ſuam, quod vindicationis proprium eſt, ſed quaſi ſibi debitam, ideoque intendit aduerſarium non tam reſtituere, quàm dare ſibi oportere, vt toties in hoc tractatu ſcripſimus ex *§. ſic itaque Inſtitut. de action.* Atqui nihil fur debet, niſi ex cauſa furti, nec rurſus alterius rei furtum feciſſe videri poteſt, quàm eius, quæ ab eo contrectata eſt: furtum enim non fit ſine contrectatione. Ergo cùm bouem viuum contrectauerit, quatenus bos fuit, non carnem aut corium, conſequens eſt, vt boue mortuo non poſſit condictione furtiua teneri carnis & corij nomine, niſi & corium & carnem mortui iam bouis cõtrectauerit, vt Iulianus ſubtiliter hîc ſcribit. Nam & cùm duo ſunt eiuſdem rei domini in ſolidum, non tamen quiſquam eorum partis corporis dominus eſt, ſed totius corporis pro indiuiſo dominium pro parte habet *l. 5. §. vlt. infr. Commod.* nempe cùm de partibus integralibus agitur, non de quota iuris *leg. ſi ſtipulatus 9. §. 1. de ſolut.* Iunge *leg. in commodato 17. §. duab. infr. commod.* vbi dicitur, eum, qui totum aliquod commodauit, non rectè acturum commodati de ſingulis partibus totum illud integrantibus. Nec pugnat quod dici ſolet, ex aſſiduitate contrectationis nouum furtum fieri non poſſe *l. ei qui 9. de furt.* Id enim pertinet ad eum caſum, quo eadem ſpecies aſſiduè contrectata ſit, non quo alia res & noua facta, licèt ex prima: quod hîc contingit: noua ſiquidem res facit nouam contrectationem & aſſiduam interrumpit, ſicut & diuerſitas perſonarum id faceret: ac præterea diſſolutio totius in partes ſuas integrales, non poteſt non tollere ſpeciem ipſam integralem, totque nouas ſpecies conſtituere,



Digitized by Google

quot anteà fuerant partes integrales iunctæ, nunc diſiunctæ & ſeparatæ. De illo non dubitatur, quin bos etiam mortuus condici poſſit, perinde ac ſi adhuc viueret *dict. leg. ſi pro fure §. vltim. & d. l. in re furtiua in princip. ſupr.* idque eſt quod ſubiicitur in ſequēti verſiculo.

a *Sed ſi dominus condictione bouis precium conſecutus fuerit.* RAT. DVB. Aliud eſt bos, aliud verò caro aut corium bouis, vt proximè diximus, ac proinde aliud precium bouis, aliud verò precium carnis, aut corij. Vnde eſt quod caro aut corium mortui pecoris negatur eſſe in fructu, quia mortuo pecore vſusfructus extinguitur *l. pen. ſupr. quib. mod. vſusfr. amitt.* Ergo etiāſi dominus agens condictione furtiua precium bouis conſecutus ſit, & poſteà vel carnem vel corium condicat, non eo magis exceptione ſummouendus eſt: nam neque exceptio rei iudicatę locum habet, quoties alia res in iudicium deducitur, quàm quæ priùs deducta fuit *l. cùm quæritur 12. & ſeqq. infr. de exception. rei iudic.* ſicut neque cùm alia perſona eſt, quæ nunc agit *tot. titul. Cod. Int. alios acta vel iudic. aliis non nocer.*

DEC. Improbus eſt, & dolo malo facit, qui bis idem conſequi velit *l. ſi quis dolo 51. in fin. infr. de re iudic.* Atquin is qui per bouis condictionem precium eius iam conſecutus eſt, ſi carnem & corium adhuc petat, idipſum petit quod iam petiit. Neque enim duplex caro eſt, aut duplex corium, bouis viui & mortui, ſed vna & eadem caro, vnum & idem corium licèt alio atque alio reſpectu, nec fieri poteſt, vt bouis mortui precium dominus conſecutus ſit, quin & carnis & corij precium ea æſtimatione contineatur: quid enim æſtimare poſſis in boue ſiue viuo, ſiue mortuo, ſi carnem & corium excludas? Etſi verò aliud eſt corium ipſum, & caro ipſa, aliud verò carnis & corij æſtimatio *l. ſi alij 42. §. 1. ſupr. de vſusfr. l. vltim. Cod. de fideicom. libert.* nihil tamen abeſſe dici poteſt domino, cui bos ſubreptus fuit, ſi precium bouis iam ſit conſecutus: ſuccedit enim æſtimatio in locum rei in hac quoque actione, quamuis ſpeciali *dict. leg. in re furtiua in princip.* quia nec ad aliud comparata hæc condictio eſt, quàm vt dominus indemnitatem à fure aut furis herede conſequatur. Perinde autem indemnis eſt, cui rei furtiuę æſtimatio fuit pręſtita, atque is cui res ipſa furtiua, maximè verò ſi ponas peremptam eſſe, vt in hoc §. *rem furtiuam*, cuius corpus ipſum præſtari ampliùs non poſſit *dict. leg. in re furtiua*, vbi ſcripſimus. Cùm ergo nihil ei abeſſe intelligatur, ſi rurſum carnem ipſam & corium bouis mortui petat, repellendus eſt exceptione, non quidem rei iudicatę, vt perperam noſtri putant, ſed doli mali quæ cęteris exceptionibus deficientibus ſubſidiaria eſſe ſolet. Neque verò ponit Iulianus condemnationem vllam ſecutam, ſed actum duntaxat eſſe condictione furtiua, ea autem actione conſecutum fuiſſe actorem precium bouis. Proinde naſcitur exceptio non ex eo quod actor egerit contra furem, ſed quòd ab eo exegerit. Alioqui ſi egiſſet tantùm neque doli mali, neque rei iudicatæ exceptione repelli meo iudicio poſſet. Quare nec illud ad rem pertinet quod noſtri obiiciunt, euidenter iniquum eſſe exceptionem rei iudicatæ ei proficere contra quem iudicatum eſt *l. euidenter 16. infr. de exception. rei iudic.* non enim hoc caſu exceptio rei iudicatæ furi proficit, ſed domino dolus proprius nocet, dolique exceptio, quæ ex dolo illo proficiſcitur.

b *Contrà ſi corium condixerit.* RAT. DVB. Qui plus petit, repelli debet à petitione totius *l. 1. §. item quæritur infr. de aqua quotid. & æſt.* vbi à tota aqua ducenda prohiberi poteſt is, qui maiorem aquę quantitatem ducit, quàm cuius ducendæ ius habeat. Atquin is qui poſtquàm corium condixit, & precium corij conſecutus eſt, adhuc bouem vult condicere, vtique plus petit. Ergo repelli debet à petitione totius, nec proinde cogendus eſt offerre precium bouis detracto precio corij. DEC. In indiuiduis id obtinet: æſtimatio autem de qua hîc agitur, cùm in pecunia numerata conſiſtat, ſemper diuidua eſt: neque tam plus petit hic, quàm dolo facit qui bis idem vult conſequi, vt ſuprà diximus. Ideóque non cauſa cadit, quomodo cadebat olim is qui plus petebat, *§. ſi quis agens Inſtit. de action. leg. 1. Cod. de plus petit.* ſed doli mali exceptione ſummouetur, quod Bartolus non intellexit, exiſtimans in propoſita ſpecie dominum cauſa non cadere, nec in totum repelli, quia plus petierit abſque dolo malo, quod falſum eſt, ſicut & quod idem Bartolus addit, non cecidiſſe olim à cauſa eum qui etiam dolo malo plus peteret, ſi non etiam illud concurrebat, vt dolo malo cautionem ab aduerſario in plus exegiſſet: atque ita debere accipi quod ſcriptum eſt in *d. §. ſi quis agens*, apertè contrà quàm ſcriptum ſit in eo §.

3 ¶ Idem iuris eſt, vuis ſubreptis. nam & muſtum, & vinacia iure condici poſſunt.

*Ad §. 3. Idem iuris eſt.*

RAT. DVB. Non poteſt cōdici niſi illud ipſum corpus quod ſubreptum eſt *l. in re furtiua 8. ſupr.* Atqui ſubreptis vuis non ideo muſtum ſubreptum videri poteſt, nec vinacia: ſunt enim aliud vuæ, aliud verò & muſtum & vinacia. Ergo ſubreptis vuis nec muſtum, nec vinacia condici poſſunt. DEC. Compreſſis vuis atque ita in forma ſua ſpecifica extinctis, ſupereſt tamen muſtum ex iis vuis factum, ſuperſunt etiam vinacia. Ergo & condici poſſunt, non minùs quàm caro & corium mortui bouis, ſed cum eadem diſtinctione, vt quemadmodum qui precium bouis per condictionem iam conſecutus eſt, ſi corium poſteà condicat, doli mali exceptione repellendus eſt, ita & qui vuas ſubreptas condixit, & earum precium percepit, ſi muſtum iterum aut vinacia velit condicere æquè doli exceptione repellatur: itémque è contrario ſi muſtum prius aut vinacia condixerit, deinde vuas ipſas quæ ſubreptæ fuerunt, velit condicere. Atque ita debet accipi quod ſcriptum eſt in *l. ſi quis vxori 52. §. ſi quis maſſam infr. de furt.* vt quod ei loco deeſt, ex hoc ſuppleatur. Iunge quæ dixi ad *l. ex argento 13. ſupr.*

15. Celsvs libro 11. Digeſtorum.

QVod ab alio ſeruus ſubripuit, eius nomine liber factus furti tenetur. condici autem ei non poteſt, niſi liber contrectauerit.

*Ad l. Quod ab alio 15.*

Rat. dvb. Noxa caput ſequitur *l. ſi eùm quis 41. §. quamdiu infrà de furt. l. 1. Cod. de noxal. act. l. licet 4. C. an ſeruus pro ſuo fact.* Atqui condictio furtiua naſcitur ex noxa & delicto, vt diximus ad *l. ſi pro fure 7. §. vltim. & l. 9. ſupr. hoc tit. ex l. ſi ambo 10. §. quoties inf. de compenſat. l. ſed ſi damnum 9. altàs l. peculium § hac autem infrà de pecul. l. ſi mulier 21. §. hac actio rer. amot.* Ergo quamdiu ſeruus viuit, qui furtum fecit, quamuis poſtea liber factus ſit, perinde tamen teneri debet condictione furtiua, atque actione furti ex veteri contrectatione, ex qua etiam furti adhuc tenetur, neque neceſſe eſt, vt noua ſequatur contrectatio, vt quaſi ex nouo furto condictione obligetur.

Dec. Separandæ ſunt hac parte actiones ex delicto quæ dantur ad vindictam criminis, ab iis, quæ dantur ad rei perſecutionem. In iis quæ ſunt prioris generis procedit quod dicimus, noxam caput ſequi, ne alioqui delicta impunita remaneant, non etiam in poſterioribus, quia ſunt ciuiles actiones, ex quibus nunquam ſeruus teneri poteſt, ex eo quod geſſit in ſeruitute, neque durante ſeruitute, neque poſt manumiſſionem *d. l. licet & tot. tit. C. an ſeruus pro ſuo fact. poſt manumiſſ. ten. l. cum actum 17. ſuprà de negot. geſt.* Prioris generis eſt actio furti, poſterioris verò condictio furtiua. Meritò igitur Celſus hîc diſtinguit, an pro furto quod ſeruus in ſeruitute fecit alij quàm domino conueniatur actione furti poſt manumiſſionem an cõdictione furtiua, vt furti quidem conueniri poſſit, quæ pœnalis eſt, ne furtum ſine pœna remaneat *l. ita vulneratus 51. ad fin. ſupr. ad leg. Aquil. l. Stichum aut Pamphilum 95. in princ. de ſolut.* at non etiam condictione furtiua, quæ omnino ciuilis nec vllo modo pœnalis eſt, ſed rem ipſam furtiuam tantùm perſequitur *d. l. ſi pro fure 7. §. 1. ſupr. l. ſi pignore 54. § cùm furti infr. de furt.* Rei autem perſecutio nulla potuit ab initio naſci contra ſeruum, cum quo nulla ciuilis actio eſſe potuit *l. cum ſeruo 107. de regu. iur.* ſed tantùm criminalis & pœnalis ex delicto *l. ſeruus 14. de oblig. & action.* Noxa verò ea demum caput ſequitur, quæ ab ipſo noxæ inſtanti delinquentem obligat: aut enim pœnæ quis ſubiicitur ſtatim atque delinquit, & eo ipſo inſtanti, aut nunquam. Atqui ſeruus cùm facit furtum, ſubiicit ſe pœnis furti, ſiue pecuniariis, ſiue corporalibus: hac ſola differentia, quòd pro pœna pecuniaria interim agi cum ſeruo non poteſt, qui neque ſtare in iudicio poteſt, neque pecuniam habere ex qua ſoluat, quomodo habet in pelle vnde corporalem furti pœnam luat; condictione autem furtiua, quæ non pœnalis vlla ex parte, ſed omnino rei perſecutoria eſt, nullomodo tenetur. Nec quòd verè fur eſt, facere tamen poteſt, vt condictione furtiua conueniri poſſit, ſed condicendum eſt domino id quod ad eum peruenit, in reſiduum verò noxali actione agendum *l. ſi ſeruus 4. ſupr. hoc tit.* vbi totam rem hanc explicauimus. Noua igitur contrectatione ſerui opus eſt poſt manumiſſionem, vt pro furto quod in ſeruitute fecerat cõueniatur furtiua condictione, at non etiam vt furti actione. Cur verò loquitur Celſus de eo quod ſeruus ſubripuit ab alio quàm à domino? Nẽpe quia furti nomine, quod ſeruus domino ſuo fecerit, nulla obligatio inter dominum & ſeruum cõtrahi poteſt, nec magis criminalis quàm ciuilis, vt ex ea poſt manumiſſionem conueniri ſeruus poſſit à domino, qui eum conuenire domi poteſt & debet, vt loquuntur Imperatores in *l. vlt. C. an ſeruus pro ſuo fact.* datio enim libertatis omnem præcedentis delicti memoriam quod ad dominum delet, nec minus ſi ad criminis vindictam, quàm ſi ad rei perſecutionem agere dominus velit. Ex his intelligimus quàm male Accurſius, & Accurſium ſecuti nonnulli hac lege abutantur, vt probent, condictionem furtiuam non naſci ex delicto, quaſi actiones omnes ex delicto ad criminis vindictam dari neceſſe ſit, nullam verò ad meram rei perſecutionem, quod certè falſum eſt. Inferre potius ex hac lege debuerunt, condictionem furtiuam nullomodo pœnalem eſſe, multóque minus criminalem, nam ſi pœnalis & criminalis eſſet, non minus in ea quàm in furti actione noxa caput ſequeretur.

16. Pomponivs libro 38. ad Quintum Mucium.

QVi furtum committit, vel re commodata, vel depoſita vtendo: condictione quoque ex furtiua cauſa obſtringitur. quæ differt ab actione commodati [a], in hoc, quod etiam ſi ſine dolo malo, & culpa eius interierit res, condictione tamen tenetur: cùm in commodati actione non facilè vltra culpam, & in depoſiti vltra dolum malum teneatur is, cum quo depoſiti agetur.

*Ad l. Qui furtum 16.*

Rat. dvb. Is demum condictione furtiua tenetur, qui rem alienam furto ſubripuit, ſicuti nec alius ea condictione agere poteſt, quàm cui res ſubrepta eſt *l. prox. l. ſed nec legatarius 11. ſupr. hoc tit.* Atqui commodatarius, vel depoſitarius, qui re depoſita vel commodata vtitur aliter, quàm vti debuit, non ideò tamen rem depoſitam, vel commodatam domino ſubripit: retinet enim dominus non modò proprietatem, ſed etiam poſſeſſionem rei depoſitæ vel commodatæ per depoſitarium & commodatarium *l. rei commodati 8. & ſeq. inf. Commod. l. licet 17. §. 1. inf. depoſit.* Non ergo poteſt hoc caſu condictio furtiua locum habere, ſed eo tantùm caſu quo depoſitarius vel commodatarius in re reſtituenda dolum admittat, nec velit eam reddere *l. ſi quis vaſa ciatus 13. in pr. & §. 1. eod. tit.* Dec. Etiam depoſitarius & commodatarius furtum faciunt, cùm re depoſita vel cõmodata vtuntur aliter, quàm dominus deponendo vel commodando voluerit: furtum enim fit, non ſolùm cùm quis intercipiẽdi cauſa rem alienam amo-

uet, ſed etiam generaliter, cùm quis alienam rem inuito domino contrectat § *furtum autem fit Inſtit. de oblig. quæ ex delict. naſc. l. qui iumenta* 40. *l. ſi is cui* 71. *l. ſi pignore* 54. *in princip. infr. de furt.* Ideóque furtum diffinitur interuerſio non tantùm poſſeſſionis, ſed etiam vſus rei alienæ *l. 1. §. vlt. eod. §. 1. Inſtit de oblig. quæ ex delict naſc.* Atqui quiſquis fur eſt, hoc ipſo furtiua condictione adſtringitur domino, ſi modò agi cum eo poſſit *l. 4 & 5. ſupr.* Ergo is etiam qui furtum admiſit re cõmodata vel depoſita vtendo aliter quàm debuit, condictione furtiua perinde obſtringi poteſt, ac ſi rem ipſam depoſitam vel commodatam ſubripuiſſet. Nec eo minus tamen tenetur actione depoſiti vel commodati: nemo enim adiiciendo delictum liberat ſe à contractu *l. ſi ſeruum* 91. *§. nunc videamus infr. de verbor. oblig. l. 2. de priuat. delict.* Sed tamen altera actio alteram perimit aut ipſo iure, aut quod eſt tutius, exceptione, ſcilicet cùm actor ex altera indemnitatem conſecutus eſt *l. qui ſeruum* 34. *§. ſi is cui de oblig. & action.*

a *Quæ differt ab actione commodati.* RAT. DVB. Etiamſi caſu fortuito res depoſita vel commodata perierit, ac citra omnem omnino culpam vel depoſitarij vel commodatarij, poteſt tamen interdum teneri depoſitarius vel commodatarius etiam depoſiti actione, vel commodati, nimirum cùm dolus vel culpa præceſſit caſum *l. ſi vt certo* 5. *§. ſed interdum infr. commod. l. 1. §. ſi rem depoſitam* 25 *infr. depoſit.* Atqui fur & culpam, &, quod magis eſt, moram in re furtiua contrahere intelligitur, quandiu eam non reſtituit, quam nec ab initio auferre debuit, *l. in re furtiua* 8. *§. vlt. ſupr. l. vlt. infr. hoc tit.* Ergo fieri nequit, vt non de caſu quoque fortuito teneatur depoſitarius, vel etiam commodatarius, qui præteréà fur eſt, quamuis ille qui nihil niſi commodatarius eſt, de culpa tantùm, ſed qualibet teneatur, depoſitarius verò duntaxat de dolo *d. l. ſi vt certo §. nunc videndum commod. §. item is cui Inſtit. quib. mod. re contr. oblig.* DEC. Non omnis culpa vel mora commodatarij aut depoſitarij, quæ caſum præcedit, obligat commodatarium vel depoſitarium de caſu fortuito, ſed ea demum quæ ad caſum illum ordinata eſt, vt Bartolus non malè loquitur ea *l. vlt. §. 1. infr. de leg. Rhod. de iact.* Atqui culpa & mora quam depoſitarius vel commodatarius contrahit in re furtiua non reſtituenda, non eſt ordinata ad caſum quo ea res poſteà pereat, cùm æquè ſalua manere poſſit penes furem, atque penes dominum. Ergo non poteſt ea res augere obligationem commodati vel depoſiti, vt ob id magis & durius obſtringatur depoſitarius vel commodatarius actione depoſiti aut commodati. Proinde illa inter actiones iſtas quæ ex contractu proficiſcuntur, & condictionem furtiuã quæ ex delicto naſcitur, manebit differẽtia, quòd re perempta citra culpam vllam cõmodatarij, aut citra dolũ depoſitarij, nulla depoſiti vel commodati actio ſupererit, ſed condictio tamen furtiua ſupererit, per quam dominus à depoſitario vel commodatario pleniſſimam indemnitatem conſequatur, at non tanquam à depoſitario vel à commodatario, ſed tanquam à fure.

17. PAPINIANVS libro 10. Quæſtionum.

PArui refert ad tollendam condictionem, offeratur ſeruus furtiuus, an in aliud nomen, aliúmque ſtatum obligationis transferatur. nec me mouet, præſens homo fuerit, nécne [a]: cùm mora, quæ eueniebat ex furto, veluti quadam delegatione finiatur.

*Ad l. Parui refert 17.*

RAT. DVB. Fur quamdiu rem furtiuam non reſtituit, moram in ea reſtituenda facere intelligitur *l. in re furtiua* 8 *§. 1. ſupr. l. vlt. infr. hoc tit.* Atqui nouatio quamuis priorem obligationem tollat, rei tamen reſtitutionem non continet, ideóque nec debitorem in plenum liberat, ſed ita vt transfundat præcedentem obligationem in ſequentem *l. 1. infr. de nouat.* Quod in ſolutione diuerſum eſt, quæ omnem omnino perimit obligationem, nec minùs naturalem quàm ciuilem *§. 1. Inſtitut. Quib. mod. tollit. obligat.* Etſi autem oblatio ſola quantumlibet realis (de hac enim ſola intelligendi ſunt Iureconſulti quoties de oblatione loquuntur) non eandem vim habet, quia nec ſolutionis loco eſt, niſi ſecuta demũ obſignatione *l. acceptam* 19. *C. de vſur. l. obſignatione* 9. *C. de ſolut.* ad hoc tamen prodeſt, quòd & priorẽ moram purgat, & creditorem ſine cauſa recuſantem in mora conſtituit *l. ſi ſeruum* 91. *§. ſequitur de verb. oblig. l. qui decem* 72. *in princ. & §. 1. de ſolut.* Ideóque mirum non eſt condictionem furtiuam tolli per oblationem, nec ideò conſequens eſt, vt perinde tolli debeat per nouationem, quæ nec rei reſtitutionẽ continet, vt diximus, nec dominum in recipiendæ rei mora conſtituit. Ergo multùm refert ad tollendam condictionem furtiuam an offeratur res furtiua, an in aliud nomẽ aliúmque ſtatum obligationis, quod per nouationem fit, maximè verò per delegationẽ, transferatur. DEC. Nouatio quælibet ac præſertim delegatio priorem obligationem perinde tollit, atque ſolutio *l. ſolutione* 23. *de ſolut.* in eóque maiorem vim ac poteſtatem habet quàm oblatio, quæ non niſi ad purgandam moram prodeſt, & ad conſtituendum creditorem in mora: nec enim fieri poteſt, vt prior tollatur obligatio ſiue ex contractu, ſiue ex delicto naſcatur, quin mora quoque deleatur, quæ ex ea obligatione contracta fuerat. Sufficit autem ad tollendam condictionem furtiuam, vt mora illa tollatur, quam in reſtituenda re furtiua contrahere fur intelligitur, non quaſi exinde furtiua res haberi debeat pro reſtituta, ſi non etiam illud concurrat, vt poſt oblationem res perierit (eſt enim ille vnus ex moræ effectibus, vt rei periculum transferat in moratorem *l. ſi ex legati* 23. *& ſeq. de verb. oblig.*) ſed quia per oblationem ſolam dummodò veram, non fictam perinde purgatur odium furis, atque ipſam rei reſtitutionem, quo ſolo furis odio inducta condictio eſt *§. ſic itaque Inſtit. de action.* Ex hoc apparet, faciliùs tolli perſonalem obligationem, quæ parit condictionem, quàm cæteræ obligationes tollantur, quæ vtique etiam poſt oblationem ſuperſunt: eſt enim oblatio modus conſtituendi aduerſarium in mora, aut purgandi moram, ſi qua ea parte offerentis præceſſerat, non etiam tollendæ obligationis, aut actionis. Itaque eſt etiam hoc ſingulare, vt & alia pleraque, in condictione furtiua, & ratio diuerſitatis non illa tantùm eſt, quam

modò

modò attulimus, quòd poſt oblationem nullum furis odium ſuperſit, quo ſolo innitebatur condictio, ſed etiam quia non vſque adeò fur per eiuſmodi oblationem liberatur, vt non adhuc per vindicationem tanquam poſſeſſor conueniri poſſit, cùm & ipſe poſſeſſor remaneat, & aduerſarius dominus: quæ duo media ſunt, &, vt pragmatici loquuntur, extrema vindicationis. Non enim oblatio ſola mutare dominium poteſt, nec modus eſt amittendi aut acquirendi dominij. Ergo neque tollendæ vindicationis. Nec eſt contrarium quòd per eiuſmodi oblationem furti actio non tollitur, ſicut neque per pœnitentiam *l. qui ea mente 65. infr. de furt.* id enim fit, quia furti actio pœnam delicti perſequitur, delicti autem veritas nequidem per rei furtiuæ reſtitutionem ipſam deletur. At condictio furtiua, licèt æquè ex furto naſcatur, attamen non niſi furis odio comparata eſt, quod poſt oblatam, licèt ſine cauſa recuſatam rei furtiuæ reſtitutionem nullum, vt diximus, ſupereſt.

a *Nec me mouet præſens homo fuerit, nécne.* RATIO. Oblatio fieri non poteſt niſi rei præſentis, ſicuti neque traditio, cùm nihil aliud ſit traditio quàm datio poſſeſſionis *leg. 3. in princip. infr. de action. empt.* poſſeſſio autem ſine aliquo actu corporeo adprehendi non poteſt *l. 1. in princ. & §. penult. infr. de acquir. poſſ.* nec agens vllum poteſt agere in diſtans; vt aiunt Philoſophi. Vnde eſt quod quoties traditio ficta interueniſſe intelligitur ad transferendum dominium, rem præſentem eſſe oportet, ne alioqui potentior ſit traditio ficta quàm vera *l. eius rei 46. & ſeq. ſupr. de rei vind.* Atqui nouatio hæc per quam dicimus tolli condictionem furtiuam, æquiparatur oblationi, eundémque effectum habere dicitur. Ergo præſentem rem eſſe oportet, vt per nouationem quoque condictio tollatur. Atque ita Marcellus ſenſiſſe videtur in *d. l. qui decem §. idem reſponſum eſt de ſolut.* vbi ait, ſi quis cùm ſubreptus ſibi ſeruus eſſet ſub condicione ſtipulatus fuerit *quicquid furem dare facere oportet*, furem quidem condictione liberari ſi oblatum ſeruum accipere dominus noluit, ſed ſi tamen cùm in prouincia fortè ſeruus eſſet, ſtipulatio interceſſerit, & priuſquam facultatem eius reſtituendi nanciſceretur fur vel promiſſor deceſſerit ſeruus; aliud dicendum eſſe, cùm non poſſit videri fur eum propter abſentiam obtuliſſe.

DEC. Alia ratio eſt purgandæ moræ per oblationem, alia verò per nouationem. Purgatur mora per oblationem ita demum ſi præſentia rei interueniat, quia nec offerri verè poteſt, niſi id quod præſens eſt, quia præſentia intercedente, negari non poteſt, quin pro tradita haberi debeat ea res, quæ ne tradita ſit per ſolum creditorem ſteterit, ex regula *l. in omnibus cauſis 39. & l. in iure ciuili 161. de regul. iur.* At per nouationem ideò purgatur mora, quia prior obligatio tollitur, ex qua fuerat contracta mora: ſublata namque obligatione, nulla præcedentis moræ ratio haberi poteſt: perinde autem tollitur obligatio per nouationem abſente ea re, quæ in ſtipulationē deducitur, atque ſi præſens illa fuiſſet: ſtipulationē enim inter præſentes quidem, at non etiam de re præſenti fieri neceſſe eſt *l. 1. de verb. oblig.* Benè igitur Papinianus ait, nihil referre, an præſens fuerit ſeruus furtiuus, an abſens, cùm in ſtipulationem nouandi animo interpoſitam transferebatur: cùm vtroque caſu perinde mora furis purgetur, & quidē, ſi nouatio expreſſim facta ſit, ſiue per delegationē, ſine alio quouis modo, expeditum eſt. Atque ita Papinianum Accurſius noſter cum Marcello conciliat, vt Marcellus eum caſum tractet quo ſtipulatio ſimpliciter interpoſita ſit, Papinianus verò illū quo nouandi animo. Quam conciliationis ineundæ rationem & nos ſecuti ſumus ad *leg. in re furtiua.* Neque verò melior alia etiamnū occurrit. Sed nunc me mouet, quod poſtrema illa huius legis verba *cùm mora quæ cuehebat ex furto veluti quadam delegatione finiatur*, innuunt non obſcurè, nullam hîc delegationem veram præceſſiſſe, niſi quæ ex promiſſoris mutatione induci tacitè ſolet, cùm aliud actum nō eſt *l. vlt. C. de nouat.* qui caſus ille ipſe eſt quem Marcellus ſupradicto loco tractat. Et verò non eſſe neceſſariam nouationem ad purgandam moram furis, in eámque rem ſufficere ſimplicem ſtipulationem, apparet euidenter ex eo quod Vlpianus hanc ipſam quæſtionem ex eodem Marcello tractans in *l. ſcire debemus 29. §. vlt. de verb. oblig.* ait, ſi à fure hominem ſim ſtipulatus, non valere ſtipulationem, ſed ita demum ſi ſtipulatus ſim, *quod furem dare facere oportet.* Nemo enim rem ſuā ſtipulari poteſt, ne quidē à fure, niſi ſub condicione *l. nemo rem ſuam 82. eodem tit.* quò pertinent verba illa *ſub condicione* apud Marcellum in *d. §. idem reſponſum eſt.* Hoc enim caſu idem accidit quod in aliis pleriſque, vt expreſſa noceant, quæ non expreſſa non nocerent, quomodo habet iuris regula. *Quòd ſi poſtea*, inquit Vlpianus *ſine mora deceſſiſſe proponatur ſeruus, non teneri furem condictione Marcellum ait*, quaſi purgata ſcilicet mora per ſtipulationem, non autem quaſi facta nouatione: ſequitur enim apud Vlpianum ex eodem Marcello *quādiu enim viuit, condici poterit*, quod vtique falſum eſſet, ſi condictio per nouationem facta fuiſſet ſublata, vt in *l. vlt. in fin. infr. rat. rem haber.* At ſi deceſſiſſe proponatur ſeruus furtiuus, in ea condicione eſt, vt euaneſcat condictio propter ſtipulationem, vt ibidem Vlpianus ſubiicit, nec tamen addit, an præſentem fuiſſe ſeruum neceſſe ſit tempore interpoſitæ ſtipulationis: ſed cùm Marcelli ſententia & authoritate nitatur, vix eſt, vt aliam interpretationem recipere poſſit, quam ex Marcello ipſo, qui præſentiā neceſſariam eſſe putat, vt ſtipulatio ſimpliciter, nec nouandi animo interpoſita vim oblationis habere poſſit, cū nec offerri verè ſeruus poſſit, niſi qui præſens eſt. At Papinian. vult ſtipulationem hanc ſimiliorem eſſe delegationi, quàm oblationi, nempe cū dominus non à fure ipſo, ſed ab alio ſtipulatus eſt, dari *quod furem dare facere oportet.* Alioqui, quid obſecro, haberet ſimile aut commune promiſſio ab ipſo fure facta cum delegatione, quæ non niſi per mutationem perſonæ poteſt contingere? Ergo quēadmodum delegatio præſentiam rei quæ promittitur, non requirit, ſed tantùm perſonarum contrahētium, ita nec in hac ſtipulatione ſerui ſubrepti præſentiam requiri Papinianus credidit ad purgationē moræ, ideò fortaſſe, quòd ſatis offert is, qui ſtipulanti daturum ſe promittit, etiam citra nouationē, & delegationem, licèt res præſens non ſit, quia nec ſtatim ſoluere aut tradere eam vult, ſed cùm ex ſtipulatione agetur: ſibíque debet imputare dominus, qui pro oblatione & reſtitutione rei promiſſorem nouum habere maluit, furtiuámque cōdictionem ſibi ex cauſa furti partam ad initium alterius & nouæ petitionis redigere, vt in *l. minor 41. ſuprà de minor.* Quod ſi à fure ipſo dominus rem furtiuam ſimpliciter ſtipulatus ſit, nec animo nouandi, facie-

lius admitti ſententia Marcelli poteſt, vt ad purgãdam moram neceſſe ſit, præſentem eſſe ſeruũ tempore ſtipulationis, aut ſaltem in eo loco vbi reſtituendi eius facultatem nanciſci ſue potuerit, antequam ſeruus moreretur *dict. §. idem reſponſum eſt*, quoniam hoc caſu neque oblatio vlla facti videri potest, quam tamen Marcellus exigit, neque delegatio, aut quaſi delegatio, quæ ex ſententia Papiniani neceſſaria eſt, quoties oblatio vera vel ficta deficit, nec tamen interueniſſe videri poteſt, cùm eadem perſona eſt promiſſoris quæ fuit primi debitoris. Concludamus igitur procedere Marcelli ſententiam, cùm fur ille eſt qui promiſit, Papiniani verò, cùm alius: in hac tamen poſteriore ſpecie Marcellum à Papiniano diſſentire, quatenus in ea quoque præſentiam ſerui furtiui exigit, non etiam in priore, in qua nec Papinianus aliud exiſtimauit. Itaque quod hîc dicitur *in aliud nomẽ*, ſic intelligo ac ſi ſcriptum eſſet, *in alium debitorem & in alterius debitoris perſonam*. Et quod ſequitur *aliúmque ſtatum obligationis* oſtendit Papinianum nihil aliud exegiſſe ad purgandam furis moram tollendámque cõdictionem, niſi vt mutaretur ſtatus obligationis, non item vt nouaretur & in totum perimeretur.

18. SCÆVOLA lib. 4. Quæſtionum.

QVoniam furtum fit, cùm quis indebitos nummos ſciens acceperit, videndum eſt, ſi procurator ſuos nummos ſoluat, an ipſi furtum fiat. & Pomponius epiſtularum libro octauo ipſum condicere ait ex cauſa furtiua. ſed & me condicere, ſi ratum habeam, quod indebitum datum ſit. ſed altera condictione altera tollitur.

*Ad l. Quoniam 18.*

RAT. DVB. Etiam cùm quis per errorem indebitos nummos ſoluit ſcienti falſo creditori, transfert nihilominus nummorum dominium, ideóque habet condictionem indebiti, quam alioquin non haberet, ſi dominium tranſlatum non eſſet. Nec enim datur illa domino, vt nec alia vlla condictio, ſola furtiua excepta *l. vlt. ſup. vſufruct. quem. caueat.* niſi fortè quis putet condictionem indebiti non dari niſi aduerſus eum qui indebitos nummos ignoranter accepit, quod nihil aliud eſt quàm deſtruere totum illum *tit. de cond. indeb.* vt Bart. loquitur. Atqui nemo rei ſuæ furtum facit, vt conſtat ex furti diffinitione poſita in *l. 1. infr. de furt. & initio tit. Inſtit. de oblig. quæ ex delict. naſc.* extra aliquos caſus de quibus in *§. aliquando eod. tit. & in l. ſi is qui rem pignori 66 infr. de furt.* Ergo qui nummos indebitos ſciens accepit, aut furtum non facit, aut condictione indebiti non tenetur.

DEC. Cõtrectatio rei alienæ inuito domino furtum eſt *d. l. 1. de furt.* Inuitum autem accipere eum debemus non tantùm qui contradicit, verùm etiam quoque qui conſenſiſſe non probatur, vt in Edicto de procuratoribus *l. filiuſfamilias 8. §. inuitus ſuprà de procurat.* & in tractatu de ſeruitutibus *l. inuitum 5. ſup. vrban. præd.* niſi putet ſe ex voluntate domini cõtrectare, nec enim furtum ſine animo furandi & lucrandi cõmittitur *§. placuit de oblig. quæ ex delict. naſc. l. inter omnes 46 §. rectè dictum eſt l. qui re 76. de furt.* Atqui errantis nullus conſenſus eſt *l. nihil conſenſui 116. §. vlt. de regul. iur. l. ſi quis per errorem 15 ſupr. de iuriſd. leg. ſed hoc ita 20. infr. de aqua & aquæ pluu. arcen.* Errat autẽ qui labitur in perſona creditoris, ſiue putet verũ creditorem eum, qui re vera falſus eſt, & tamen ſimulat ſe verum creditorem, vt in *l. falſus 43 in prin. de furt.* ſiue falſus procurator ſit, ſiue veri ſiue falſi creditoris, vt in *l. ſi procuratori falſo 14.* vbi diximus *ſup. de cond. cauſ. dat. l. ſi vendidero 80. §. vlt. infr. de furt.* ſiue denique pro creditore Titio alius Titius dolo malo ſubiectus ſit, qui ſe creditorẽ eſſe dicat, vt in *l. ſi quis vxori 52. § cùm Titio & in l. ſi is qui rem pignori 66. §. ſi tu Titium eod. tit.* Quibus caſibus error ſoluentis non aliunde naſcitur, quàm ex dolo eius qui accipit ſolutionem, is verò dolus nihil niſi furtum eſt, vt & in *d. l. ſi vendidero § falſus autem.* Quod non ſimiliter dici poteſt de eo qui proprio ſuo errore, nimiáq; ſua facilitate deceptus ſoluit falſo creditori, etiam ſcienti. Ergo ſuperioribus caſibus fatendum eſt eum, qui ſciens indebitos nummos dolo malo non tam accipit quàm extorquet à non debitore furtum eorum nummorũ facere: etſi enim ſoluti ſunt à domino, & quidem animo transferendi dominij, ſoluti tamen ſunt ſub ea veluti conditione tacita, ſi creditor ille ſit, qui accipit ſolutionem, vt Accurſius hîc notat *arg. l. ſi me in vacuam 34. inf. de acquir. poſſ. l. voluntate 10. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit. l. ſi iure 18. de legat. 3.* ſoluuntur. n. à dubitante & titubante debitore. Quod longè diuerſum eſt in eo, qui vltro ſolutionem offert ei quem certo putat, licèt per errorẽ verum eſſe creditorem: nulla enim ſolutioni huic cõdictio talis ineſt *ſi ſit creditor*, nec magis tacita quàm expreſſa, vt non malè Bartolus hîc diſtinguit. Porrò quo caſu nummorum furtum facit is qui nummos accipit, certum eſt dominium eorum non transferri in accipientem *d. l. falſus 43. in princip. de furt.* Alioquin eodem inſtanti condictio furtiua & naſceretur & extingueretur, poſtquam ſua voluntate dominus rei furtiuæ dominium amiſiſſet *l. ſiue manifeſtus 10 ſuprà* quod eſſet ridiculum, vt idem quoque Bart. ſubtiliter argumentatur ex *l. Titio cùm morietur 51. ſup. de vſufruct. l. promiſſor 21. §. 1. inf. de pecun. conſtit.* Conſequẽs igitur eſt, vt eorum nummorum nomine condictio furtiua competat ſoluenti tanquam qui dominus manſerit, cùm ſoli domino hæc condictio competat *l. 1. ſupr.* non etiam condictio indebiti, quæ dominij amiſſionem & tranſlationem præſupponit. Ac proinde ſi procurator meus tibi falſo creditori ſciẽti nũmos ſuos ſoluerit, cùm ipſi furtum factum ſit, non mihi, furtiuá cõdictio non mihi competet, qui non ſum dominus, ſed ipſi quaſi domino, nec ſi ratum habeam, quia ratihabitio non facit me dominum, ſed acquiritur mihi hoc caſu condictio indebiti, quia ratam habendo ſolutionem à procuratore meo factam, hoc ipſo me obligo ad præſtandam ei indemnitatem: quæ res facit, vt mihi non furtiua quidem, ſed tamen indebiti ſaltem condictio acquiri debeat *dict. l. ſi vendidero 80. §. vlt. iunct. §.*

*cùm*

*tium ſi Titius infr. de furt.* vbi Papinianus eleganter & ſubtiliter more ſuo totam quæſtionem hanc latius tractat. Quòd ſi nummorum qui ſoluti ſunt dominium in accipientem tranſlatum eſſet, neutra procuratori meo condictio competeret, id eſt, neque furtiua neque indebiti, ſed mihi ſoli condictio indebiti, ſecuta demũ ratihabitione, vt benè Accurſ. noſter notat ex *l. ſi procurator 8 ſupr. de cond. indeb.* Sed & ſuperiore caſu, id eſt, cùm furtiua condictio non mihi, ſed procuratori meo acquiſita fuit, ſi poſteà procuratore meo contra me agente ratam habeam ſolutionem, eique indemnitatem præſtare paratus ſim, æquitas facit, vt per doli mali exceptionem cogendus ſit furtiua condictione mihi cedere, ne bis idem conſequatur *d. §. ſi Titius & d. §. vlt.* Non tantùm autem cõdictionem furtiuam habet procurator, qui ſoluit falſo & doloſo creditori, ſed etiam actionem furti *d. §. vlt* Ergo quod in hac lege ſubiicitur *ſed & me condicere ait, ſi ratum habeam quod indebitum datum ſit*, non de condictione furtiua intelligi debet, quæ non magis duob. competere in ſolidũ poteſt, quàm illud fieri, vt duo ſint eiuſdem rei in ſolidum domini *l. 5. §. vlt. inſr. commod.* nec magis de vtili quæ nulla eſt quàm de directa, vt malè nõnulli apud Accurſium exiſtimant, ſed de ſola condictione indebiti, vt idem Accurſius benè explicat.

19. PAVLVS lib. 3. ad Neratium.

IVlianus ex perſona filiæ, quæ res amouit, dandam in patrem condictionem in peculium, reſpondit.

*Ad l. Iulianus 19.*

RAT. DVB. Actio de peculio non ſolet dari in patrem vel in dominũ, niſi cùm ex contractu actio venit *l. 1. § ſi filiusfamilias ſupr. de his qui effud. vel deiec.* Atqui actio rerum amotarum non ex contractu naſcitur, ſed ex delicto, ſicut & condictio furtiua *l. ſi mulier 21. § hæc actio infr. rer. amot.* Ergo ex perſona filiæfamilias quæ mariti res amouit, actio de peculio in patrem dari non poteſt. Quòd ſi legem hanc non de actione de peculio intelligas, quomodo nos ipſi explicauimus *decad. 78. error. 7. ad finem*, ſed de furtiua condictione, quomodo alij plerique explicant, alia erit fortiórque dubitandi ratio quòd cõdictione furtiua nunquam alius tenetur, quàm qui ipſe furtum fecit aut heres eius, non etiam pater furis qui neque fur ipſe neque furis heres eſt *l. ex furtiua 5 ſupr.* Item quòd ex pœnalibus cauſis actio de peculio in patrem non datur *l. ex pœnalibus 58. de reg. iur.* cauſa autem condictionis furtiuæ pœnalis eſt, cùm naſcatur illa ex furto, quod actionem furti pœnalẽ parit, quamuis condictio ipſa furtiua pœnalis non ſit, vt docuimus ad *l. in condictione 9. ſup.* Ergo neque condictio furtiua ex perſona filiæfamilias, quæ mariti res amouit, contra patrem danda eſt, ne quidem in peculium.

DEC. Non eſt patri permittendum, vt ex delicto filiæ impunè locupletetur. Atqui locupletaretur ſi neque actione de peculio, neque condictione furtiua conueniri poſſet, eatenus ſaltem quatenus ex delicto filiæ, quod nec aliud re vera quàm furtum eſt, peculium locupletius factum eſſet *l. 3. §. ex furtiua infr. de pecul. l. 3. §. vlt. infr rer. amot. iunct. l. vlt eod.* Ergo ex perſona filiæfamilias quæ mariti res amouit, patrem quoq; teneri æquum & iuſtũ eſt. In eóque prudentes omnes veteres conſenſerunt: ſed qua actione conueniri debeat, non æquè conſtanter decreuerunt. Mela enim & Fulcinius, quos Paulus refert probátque in *d. l. 3. §. vlt rer. amot.* actionẽ de peculio in eam rem dandã eſſe putauerunt, quòd cauſa actionis rerum amotarũ non ſit pœnalis, quomodo cauſa cõdictionis furtiuæ, quia diſplicuit eã furti obligari ob honorẽ ſcilicet ac pudorem matrimonij *l. 1. & 2. eod. tit. l. vlt §. vlt. C. de furt.* Atq; ita putarunt non offendi ſupradictam iuris regulam, quæ non patitur, vt ex pœnalibus cauſis in patrem vel in dominum actio de peculio detur *d. l. ex pœnalibus 58. de reg. iur.* Alij verò conuenientius putarunt, vt quod ex reb. per filiam amotis ad patrem peruenit, vtili iudicio actionis rerum amotarum petendum ſit, quæ Papiniani fuit ſententia in *l. vna quoque filia 5 rer amot.* quæ & mihi probabilior videtur, & iuris regulæ magis cõſentanea. Nam quod Mela & Fulcinius dandam putabant actionem de peculio, licèt non pugnet cum *d. l. ex pœnalibus* pugnat tamen cum alia iuris regula, quæ negat actioni de peculio locum eſſe, niſi cùm actio quæ contra filium vel ſeruum competit ex contractu venit *d. §. ſi filiusfamilias.* Qua ratione fortaſſis motus Iulian⁹, vt fuit iuris prudentiſſimus & religioſiſſimus, non credidit actionem de peculio locum habere hoc caſu poſſe, ſed potius condictionem furtiuam, at non ſimpliciter & inſolidum, vt aliàs ſolet competere, ſed in peculium duntaxat, id eſt, quatenus in peculio eſt, & inſolidum peculium, non quatenus ex ea rerum amotione locupletius peculium factum eſt, vt Accurſius interpretatur, & quomodo ex furto ſerui datur in dominum, nam in reſiduum contra dominum noxalis eſt *l. 4 ſupr.* quæ contra patrem ex delicto filij noxalis eſſe nũquam poteſt, cùm filius qui deliquit, cõueniri ipſe ex perſona ſua poſſit *l. ex furtiua 5.* vbi diximus *eod.* Neque verò qui putarunt actionem de peculio ex perſona filiæfamilias, quæ mariti res amouit, contra patrem dandam eſſe, reſtrinxerunt eam actionem ad id quo locupletius peculium factum ſit, ſed in peculium ſimpliciter & de peculio dari dixerunt, quod non niſi de ſolido peculio intelligi certè poteſt *d. l. 3. §. vlt rer. amot.* in cuius fine quod ſcribitur non teneri patrem iudicio rerum amotarum poſt mortem filiæ niſi quatenus pater ex ea re locupletior factus eſt, oſtendit ſatis non idem dicere Melam & Fulcinium voluiſſe, cùm actionem de peculio contra patrem dandam eſſe ſcripſerunt, quamuis Tribonianus ſub Vlpiani nomine cõtra ſcripſerit in *d. l. 3. §. pen. in fi. de pecul.* Videtur autem Iulianum illud mouiſſe, quòd condictio furtiua, licèt ex delicto nõ ex contractu naſcatur, perinde tamen ciuilis & merè rei perſecutoria eſt, ac ſi ex cõtractu naſceretur, nec pœnalis aut famoſa vllomodo eſt: adeóq. nec turpis tanquam quę furti exprobrationem contineat, ſi detur cum adiectione illa *in peculium* quomodo dabat eum Iulianus. Oſtendit enim adiectio illa patrem non

Digitized by Google

ex perſona ſua conueniri per condictionem, ſed ex perſona filij, qui ſolus peculium habere poteſt non etiam paterfamilias *l. vlt. C. de inoff. teſtam. l. ſi quis cum filiofamilias 44. infr. de pecul.* Hæc quidem paulò aliter in Chiliade explicauimus, ſed vt nobis interpretatio, quam nunc attulimus, magis arrideat, illud facit quod durius ſanè eſt, vt condictionem Iulianus dixerit, aut pro actione de peculio, aut pro actione rerum amotarum: neutra enim condictio dici vllo modo poteſt. Neque rurſus mirum videri debet in quæſtione quæ prudentes cæteros diſſentientes habuerit, Iulianum nouam & temperatiorem, vt ita dixerim, opinionem induxiſſe. Dices, ſecundùm hanc interpretationem fore, vt durior ſit condicio patris cuius filia res amouit, quàm ſit domini cuius ſeruus furtum fecit, cùm hoc caſu dominus non teneatur condictione niſi quatenus ad eum peruenit, pater verò ex amotione filiæfamilias in ſolidum peculium. Sed reſpondeo quod iam attigi, imò meliorem eſſe condicionem patris, quia ſupra eam quantitatem quæ in peculio eſt, nullo modo tenetur, dominus autem de reſiduo quod ad eum non peruenit, etiam noxali actione conuenitur *d. l. 4. ſup.* Conuenit autem Iulianus cum Papiniano in eo quòd denegat contra patrem actionem de peculio, quam Mela & Fulcinius dabant, ſed diſſentit in eo quòd dat Papinianus, vtile iudicium rerum amotarum, Iulianus verò condictionem furtiuam, eámque non vtilem quæ nulla eſt, vt toties diximus, ſed directam, item in eo quod Papinianus dat vtile iudicium rerum amotarum contra patrem, de eo tantùm quod ad ipſum peruenit, Iulianus verò condictionem in ſolidum peculium, quemadmodum ſi actione de peculio pater conueniretur: in quo rurſum Iulianus cum Mela & Fulcinio conſentit.

20. Tryphoninvs libro 15. Diſputationum.

Licèt fur paratus fuerit excipere condictionem, & per me ſteterit, dum in rebus humanis res fuit, condicere eam, poſtea autem perempta eſt: tamen durare condictionem, veteres voluerunt: quia videretur, qui primo inuito domino rem contrectauerit, ſemper in reſtituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere.

*Ad l. vlt. Licèt fur.*

Rat. dvb. Etiam is qui ſolutioni moram fecit, ſi tamen iudicium accipere paratus fuit, non videtur moram feciſſe *l. ſi quis ſolutioni 24. l. paratum 47. infr. de vſur. l. qui ſine dolo 63. de regul. iur. l. ſi reſiduum 5. C. de diſtract. pign.* Ergo ſi fur paratus ſit iudicium accipere & excipere condictionem furtiuam aduerſus dominum, & per dominum ſteterit dum in rebus humanis res fuerat, eam condicere, poſteáque res perempta ſit, dicendum eſt finitam eſſe condictionem, tanquam finita mora, quæ faciebat, vt condictio duraret.

Dec. Fur qui primum inuito domino rem contrectauit, ſemper in reſtituenda ea re moram facere intelligitur, quia nec eam auferre ab initio debuit *l. in re furtiua 8. §. 1. ſupr.* Ergo non debet ei prodeſſe ad purgandam moram, quod iudicium accipere & condictionem excipere paratus ſit. Nec enim qui paratus eſt iudicium accipere, videtur ideò rem reſtituere, at potius rei reſtitutionem denegare, quam ne reſtituat litigare mauit. Ac præterea faciliùs eſt, moram contrahendam impedire, quod fit cùm debitor iudicium accipere paratus eſt, quàm contractam purgare: quanquam nec ad impediendam moram ſufficit paratum eſſe debitorem accipere iudicium, niſi iuſtè ad iudicium prouocet, *d. l. ſi quis ſolutioni* & ſine dolo malo *d. l. qui ſine*, quorum neutrum cadere in furem poteſt, qui ſemper in dolo eſt, nec iuſtè vnquam ad iudicium prouocare poteſt, non magis quàm iuſtè furtum facere.

DE CON-

# DE CONDICTIONE EX LEGE.

## TIT. II.

PAVLVS lib. 2. ad Plautium.

SI obligatio lege noua introducta ſit, nec cautum ſit eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum eſt.

*Ad l. vnic. Si obligatio.*

RATDVB. Sicut actiones omnes perſonales naſcuntur ex perſonalibus obligationibus *l. licèt 42. §. ea obligatio ſupr. de procurat.* ita & perſonales obligationes ex contractu, vel quaſi contractu, aut ex delicto vel quaſi delicto, aut ex variis cauſarum figuris *l. 1. in princ. infr de oblig & act.* In quibus omnibus obligationib. inducendis & confirmandis authoritatem legis interuenire neceſſe eſt, vnde & ciuiles actiones dicuntur, & legitimæ, ad differentiam prætoriarum, quæ à lege nec inducuntur, nec confirmantur, ſed à prætore, qui legem facere non potuit *l. 1. ſupr. de Publician. iunct. §. quos autem Inſtit. de bon poſſeſſ. l. 2. C. de quadr. præſcrip.* Ruſus actiones omnes aliter diuiduntur, vt ex contractu ſint, vel ex facto vel in factum, inquit Vlpianus in *l. actionum 25. §. 1. de oblig. & act.* Ergo vel nulla eſt obligatio & actio ex lege, vel omnes hoc nomine donandæ ſunt.

DEC. Obligationes quidem & actiones ferè omnes ciuiles & legitimæ deſcēdunt ex lege duodecim tabularum, & ex prudentum veterum ad eam legem interpretatione *leg. 2. §. poſtea & §. deinde ex his legibus*, vbi diximus, *ſupr. de orig. iur.* ſed tamen quemadmodum emergentibus nouis caſibus quibus lex duodecim tabularum non proſpexerat (nec enim lex vlla ita ſcribi poteſt, vt omnes caſus comprehēdat *l. neque leges 10. & ſeqq. ſupr. de legib.* nouas obligationes & actiones pro communi ciuium vtilitate induci neceſſe fuit, vt exigere quiſque poſſet id quod ſibi deberetur, ita nouas leges ferri neceſſe fuit, quæ nouas obligationes & actiones illas inducerent, & ex quibus proinde agendum eſſet quoties iis legibus cautum non reperiretur quonam alio actionis genere experiendum eſſet. Vnde enim niſi ex lege ipſa ius & nomen actionis ſumeretur? Nouas autem leges hîc intelligimus omnes quorquot ſecutæ ſunt legem duodecim tabularum, quæ ſola vetus lex dicitur & ius antiquum adeóque antiquiſſimum *l. tutelas 7. ſupr. de capit. minut. l. vlt. infr. de regul. Caton. l. 1. 2. & 3. ſupr. de hered. petit. l. quoties duplici 91. de regul. iur.* Benè autem Paulus in hac lege addit, *nec cautum ſit quo genere actionis experiamur*, quia cùm ex ipſa conſtat, quo genere actionis experiendum ſit, ea legis authoritas facit, vt illa ipſa actione agi oporteat, nec quicquam cauſæ eſt cur generale nomen condictionis ex lege retineamus, cùm ſpecialius aliud nomen habemus. Eſt enim omnis actio tanto certior & accommodatior, quanto ſpecialior eſt. Finge noua aliqua lege aut conſtitutione inductam eſſe nouam ſpeciem contractus: cur dicamus agendum eſſe condictione ex lege, cùm agi poſſit ex ipſo contractu? Exemplum elegans & accommodatum adfert Bartolus ex conſtitutione Zenoniana, quæ ius & contractum emphyteuticum antea incognitum prima introduxit *§. adeò Inſtit. de location. leg. 1. & tot. titul. Cod. de iur. emphyt.* Itaque non condictione ex lege illa Zenonis agendum erit eo caſu, ſed ex contractu ipſo emphyteutico, vt benè Bartolus contra Accurſium, cæteróſque interpretes diſputat. Sed quod addit de obligatione literarum non æquè probare poſſum, nec enim vlla lex eſt, quæ contractum illum induxerit, ſed ſola prudentum authoritas, & vſus ac neceſſitas commerciorum, éſtque genus illud contractus omnium ferè antiquiſſimum, quamuis exceptio non numeratæ pecuniæ poſterioribus tantùm temporibus, & à poſterioribus Imperatoribus introducta ſit, vt Iuſtinianus refert in *titul. de liber. oblig.* Tunc igitur condictio ex lege locum habet, cùm per legem ciuilem obligatio aliqua immediatè inducitur, nec lege exprimitur aliud nomen actionis, vt Bartolus hîc notat. Exempla adfert Iacobus Cuiacius ex lege Iulia & Cincia, & ex legibus Talariis, Accurſius verò ex pleriſque Imperatorum conſtitutionibus, quæ extant in Codice, & quæ nouum ius nouúmque genus actionis induxerunt, vt ex *leg. ſi quis argentum 35. §. fin. Cod. de donat. leg. 1. Cod. de ſuffrag. l. vltim. §. ſin autem C. de petit. hered. leg. vltim. §. licentia Cod. de iur. delib. l. ſi quis in tantam C. vnde vi.* Quibus addit Bartolus *l. iubemus 14. Cod. de ſacroſanct eccleſ. l. Chriſtianis 6. Cod. de pagan. & ſacrifi. & templ. l. ſi per impreſſionem 11. Cod. de his quæ vi met. cauſ. fiunt. l. ne in arbitris 4. Cod. de recept. arbitris. l. 1. C. de fideicom. l. 1. Cod. ſi per vim vel alio mod. l. meminerint l. momētanea l. non abs re C. vnde vi l. ſi quis conductionis 25. Cod. de locat. l. pen & vlt. Cod. de litigioſ. Item Auth. iubemus C. de epiſcop. & cleri. Auth habita Cod. ne filius pro patr. Auth. & omninò Cod. ut vxor pro marit Auth. qui ſemel C. quomod. & quand. iud. Auth. item poſſeſſor Cod. qui potior in*

*pignor. hab.* Ego addo præcipuas condictionea ex lege quibus hodie vtimur, maximè condictionem ex *l. omnimodo 30. C. de inoff. teſtam.* qua agitur ad legitimæ ſupplementum in vicem querelæ inofficioſi teſtamenti, condictionem ex *l. hac edictali. 8. C. de ſecun. nupt.* ad reſcindendas liberalitates immodicas, quas coniunx in poſteriorē coniugem contulerit in præiudicium liberorum prioris matrimonij. Item ex *l. 2. C. de reſcind. vendit.* ad reſcindendam venditionem ex cauſa læſionis immodicæ ni iuſtum precium ſuppleatur. Item ex *l. vlt. C. de acq. poſſeſſ.* ad auocandam, aut, vt alij volunt, retinendam poſſeſſionem interuerſam ab eo cuius corpore poſſidebamus. Addo etiam libenter cum Bartolo poſſe adſerti alias pleraſque, ac propemodum innumeras, quas omnes conquirere, laborioſum eſſet, vt ille ait, magis quàm ſubtile. Sed omnium maximè placet exemplum quod primus Accurſius primo loco attulit ex Pandectis in *l. ſi poſtulauerit 27. §. vlt. & l. ſeq. infr. ad leg. Iul. de adult. iunct. l. vlt. ſuprà de calumniat.* Cùm autem cōdictiones omnes ex lege ſint condictiones, fatendum eſt, non alias hoc nomine dignas eſſe, quàm quibus intendimus dare aduerſarium nobis oportere, quæ propria natura eſt condictionum omniū *§. ſic itaque Inſt. de act.* vt excludam eas cōſtitutiones, quę non tam dationem imperant, quàm reſtitutionem: aliud enim eſt dare, aliud reſtituere, vt diximus ad *l. 3. & ad l. in re furtiua 8. ſup. tit. prox* Sicut & excludendæ ſunt actiones criminales, ſi quando per legem inducantur, quia accuſationes ex lege ſunt verius quàm actiones, vt Bartolus docet ex initio *tit. Inſtit. de public. iudic.* Sed & obſeruandum eſt, iura illa omnia, quæ per condictionem ex lege petuntur, eſſe perpetua, id eſt, ad triginta vſque annos durare, quia ſunt actiones ciuiles quæ nō niſi trigeſimo demum anno perimuntur *leg. ſicut 3. C. de praeſcript. 30. vel 40. annor.* Vnde fit, vt quamuis querela inofficioſi teſtamenti quinquennio pręſcribatur, & dici ſoleat actionem in alterius locum ſubrogatam ſapere naturam eius in cuius locum ſubrogata eſt *l. ſi quis cum 10. §. qui iniuriarum ſuprà ſi quis caution.* condictio tamen ex *dict. l. omnimodo* ad ſupplementum legitimæ non niſi triginta annis finiatur, vt contra Bartolum cæteri Interpretes vulgò ſentiunt: eóque iure vtimur. Item quamuis reſtitutionum omnium in integrum petendarum ius quadriennio concludatur, eóque vult quidem ab initio, ſed continuo ex quo cœpit currere *l. vlt. C. de tempor. petend. in integr. reſtitut.* condictio tamen ex *d. l. 2. C. de reſcind. vend.* ad reſcindendam venditionem, licèt proponatur per viam reſtitutionis in integrum, ad trigeſimum vſque annum durat, vt ex iis apparet quæ in Codice Fabriano ſcripſimus ſub illis titulis *De inoff. teſtam. & de reſcind. vend.* Illud poſtremo loco non eſt prætermittendum quod Bartolus quoque notat, condictionē hanc ex lege cum aliis quoque actionib. & condictionibus poſſe concurrere: nam quoties lex aliqua nouam obligationem introducit, niſi ſi nominatim cauerit, vt ea ſola actione vtamur, conſtat veteres etiam actiones eo nomine competere, inquit Paulus in *l. quoties 41. inf. de oblig. & act.* Cætera quæ Bartolus ad hāc legē diſputat, tot diſtinctionib. & ſubdiſtinctionib. adhibitis, an & quando ex diſpoſitione legis oriatur ius agendi, ſiue lex permittat aliquid, ſiue imperet, ſiue etiam vetet, ſiue denique puniat, & an cùm ius agendi ex lege oritur actio, illa dicenda ſit, an officium iudicis, nos quaſi *πάρεργα* conſulto prætermittimus, & tanquam ſi non à iuris ratione omnia, ſaltem ab inſtituto noſtro aliena.

DE

# DE CONDICTIONE TRITICARIA.

## TIT. III.

Vlpianvs libro 27. ad Edictum.

QVi certam pecuniam numeratam petit, illa actione vtitur, *Si certum petatur* [a]. qui autem alias res, per triticariam condictionem petet. & generaliter dicendum eſt, omnes res per hanc condictionem peti, ſi quæ ſint, præter pecuniam numeratam: ſiue in pondere, ſiue in menſura conſtent: ſiue mobiles ſint, ſiue ſoli. quare fundum quoque per hanc actionem petimus [b], & ſi vectigalis ſit [c]: ſiue ius ſtipulatus quis ſit, veluti vſumfructum [d], vel ſeruitutem vtrorumque prædiorum.

### *Ad l. 1. Qui certam.*

SVauis certè eſt Accurſius, qui ad huius tituli rubricam notat, triticariam actionem dictam eſſe à Triticio quodam, ſicut Publiciana dicta eſt à Publicio *§. namque Inſtit. de action.* Quo exemplo debuiſſet ergo dici Triticiana, non autem Triticaria. Sed longè ſuauior Bartolus, qui authorem huius actionis ait fuiſſe Franciſcanum quendam, aut ſaltem Philoſophum, qui tanto odio pecuniam numeratam proſequebatur, vt actionem hanc ad res omnes præterquam ad pecuniam numeratam voluerit pertinere. Nec multo feliciùs vir doctiſſimus Iacobus Cuiacius Stephanum Græcum interpretem ſecutus hanc actionē ſic dictam vult, quòd qui primus eam dari ſibi poſtulauit, fortè ei res erat de æſtimando tritico. Quaſi verò nomen hoc caſu impoſitum ſit, ac non potiùs ad veram propriámq; actionis ſubſtantiam & vim denotandam. Nos paulo melius, vt nobis videmur, totam rem hanc explicauimus in *error. 1. & 2. Decadis 83. de error. pragmat.* vbi oſtendimus, condictionem certi ſic ideò dictam, quòd per eam nihil vnquā niſi numerata pecunia petatur, quę ſemper certa eſt, & omnium rerum certiſſima, quippe quæ in Republica bene conſtituta, qualis fuit Romanorum, ſemper eiuſdem ſit æſtimationis *l. 3. ſupr. de in lit. iur. l. 3. infr. tit. prox.* Quamuis enim fundus & triticum cæteræque res omnes certæ per hanc actionem non minus, quàm per triticariam petantur, ſic tamen petuntur per litis conteſtationem & apud prætorem, vt ab eo tempore deberi deſinant, nihilque debeatur niſi pecunia, id eſt, æſtimatio illa, quæ fuit præcisè tempore litis conteſtatæ, quæ æſtimatio, vt nemo non videt, ſemper in pecunia numerata conſiſtit *l. vinum 22 ſupr. de reb. credit. l. vltim. infr. hoc tit.* quæ intelligenda omnino eſt condictione certi, non de triticaria *l. hominem 37. infr. mandat.* At per condictionem triticariam, etiam poſt litem conteſtatam, & apud iudicem datum, petitur ea ipſa res, quæ fuit deducta in conteſtationem, & quamuis litem pecunia æſtimari per ſententiam tandem oporteat, nunquam tamen pecunia petitur, ſed tantùm in condemnationem neceſſariò deducitur, quomodo in aliis omnibus actionibus euenit, vt iudicati executio fieri aliqua poſſit, quæ aliter quàm in pecunia citra vim & impreſſionem manúmque militarem fieri non poſſe *l. 4. §. ait prætor l. à Diuo Pio 15. §. 1. ſed ſi emptor & paſſ. infr. de re iudic. l. qui reſtituere 68.* vbi diximus *ſuprà de rei vindic.* Vnde eſt, quod in triticaria neceſſariò lis æſtimanda eſt inſpecto tempore condemnationis *l. 3.* vbi dicemus *inf.* Dicta autem eſt triticaria à tritico, non quia in aliis rebus tam quæ in pondere, numero & menſura conſiſtunt, quàm in cæteris omnibus locum habere non poſſit: ſed quia cùm actiones omnes comparatæ ſint ad hominum vtilitatem & neceſſitatem: duo autem ad vitam hominis præcipuè neceſſaria ſint, panis, & pecunia, duas quoque actiones præcipuas & generales comparari oportuit, condictionem certi pro pecunia, & condictionem triticariam pro pane, qui ex tritico ſit omnium exquiſitiſſimus, nec minus tamen pro cæteris rebus omnibus extra pecuniam numeratam, quia non ab omnibus rebus potuit fieri denominatio actionis, ſed ab inſigniore denominanda fuit. Etſi autem pecuniæ nomen generale eſt in lege 12. tabularum, vt cæteras quoque res comprehendat *l. verbis legis 120. l. pecuniæ 178. de verb. ſignif.* pecuniam tamen numeratam cùm dicimus, ſtrictiſſimè intelligimus ad excluſionem rerum omnium præterquam nummorum, vt bene hîc notat Accurſius, licèt malè ſubiiciat, triticariam dari pro frumēto & aliis rebus, quę conſiſtunt in pondere, numero & menſura, quaſi res illæ faciliùs quàm immobiles tritici appellatione contineantur, aut quaſi non detur æquè pro cæteris reb. ſoli & immobilibus, contrà quàm hîc ſcriptum ſit & in *l. prox. inf.*

a *Illa actione vtitur ſi certum petatur.* Hinc apparet quàm improbabiliter Accurſius, Bartolus & alij interpretes vulgò negent eſſe hoc nomen actionis, cùm Vlpianus hoc ipſum apertè exprimat. Et certè his verbis actio exprimitur, quam nos certi condictionem appellamus, de qua in *l. certi condictio 9. & tot. tit. de reb. credit. ſi cert. petat. ſupr.* Alius nec leuior

eiuſdem Accurſij error eſt, quod ait primis verbis huius legis non remoueri, quin condictio certi in aliis rebus quàm in pecunia numerata locum habeat, ſed triticariam remoueri, vt locum non habeat in pecunia numerata: quaſi Vlpianus non denotet hîc naturam condictionis certi, ſed triticariæ. Nam imò verò tam id agit Vlpianus, vt exprimat naturam condictionis certi, quàm vt naturam triticariæ condictionis: & falſum eſt, per condictionem certi aliud peti, quàm pecuniam numeratam, eo nimirum ſenſu quo ſuprà explicauimus. Actio enim tum eſſe incipit, cùm datur à prætore per formulam, per quam & iudex datur poſt litem conteſtatam: à quo tempore conſtat nihil niſi pecuniam numeratam peti, quamuis fundus tempore conteſtationis fuerit petitus *l. fundum* 28. *infr. de nouat.* Fit enim nouatio per conteſtationem *leg. delegare* 11. §. 1. *l. aliam* 29. *eod. tit.* & ea demùm petitio verè dicitur, quæ per conteſtationem fit *l. ampliùs non peti* 15. *infr. rat. rem haber.* Et quidem in eam petitionem quæ fit per litis conteſtationem, illud ipſum omninò deducendum eſt, quod fuit in obligatione, ac proinde fundus non pecunia, ſi fundus non pecunia debebatur *l. certum* 6. *l. cùm fundus* 31. *ſupr. de reb. credit.* & *d. l. fundum* 28. *de nouat.* Sed in petitionem, quæ fit in iudicio poſt litem conteſtatam datámque à prætore actionem, dico nunquam deduci, niſi pecuniam numeratam, cùm certi condictione agitur, ſecus verò eſſe in condictione triticaria, per quam ſcilicet res ipſa, quæ debita fuit ante conteſtationem, perinde petitur poſt litem conteſtatam, vſque ad ſententiam. Itaque cùm dicimus certi condictionem generalem eſſe, ita accipi debet, vt ex quacunque quidem cauſa detur, & ex quocunque contractu, ſiue certo, ſiue incerto, dummodò certum ſit quod debetur, & quod petitur, ſiue in ſpecie, ſiue in quantitate conſiſtat: *dict. leg. certum* & *dict. leg. certi condictio*, ſed non vt per eam actor quicquam aliud conſequi aut petere ex die litis conteſtatæ poſſit, quàm pecuniam numeratam, cùm per triticariam res ipſa etiam in iudicio petatur, quamuis per eam actor æquè nihil niſi pecuniam conſequatur, quia etiam in triticaria lis omnimodò æſtimanda eſt *d. l.* 3. *infr.* Nec verendum eſt, vt malè iudicet iudex qui pro fundo aut tritico petito condemnat reum ad æſtimationem *arg. l. vltim. Cod. de fideic. libert.* cùm id faciat non tantùm ex mera iuris neceſſitate, vt poſt ſententiam iudicati executio aliqua inuito etiam condemnato fieri poſſit ſine vi & impreſſione per capionem pignorum *d. l. à Diuo Pio* 15. §. *ſi pignora* & *paſſ. de re iudic.* ſed etiam ex præſcripto formulæ, à qua nec ſi velit, poſſit vnquam recedere. Proinde generalior eſt triticaria, quàm condictio certi, ſi tempus illud inſpicias, quod inter conteſtationem & ſententiam medium intercedit, non etiam ſi tempus ipſum litis conteſtatæ, aut ferendæ ſententiæ. Nam & in certi condictione litis conteſtatio fieri poteſt pro rebus omnibus, certis tamen, etiamſi in ſpecie non in quantitate conſiſtant: condemnatio autem etiam in triticaria fieri debet in pecuniam numeratam, perinde ac in condictione certi. Eſt etiam generalior triticaria in eo quod per eam petuntur etiam res incertæ & iura, vt ſequitur in hac lege, quæ tamen per certi condictionem peti non poſſunt, quia nec digito demonſtrari, nec per relationem ad aliud quid certum certa fieri iura poſſunt, cùm ſint incorporalia *tit. de reb. corpor.* & *incorp.* apud Iuſtin. *d. l. certum* 6. *ſupr. de reb. credit.* Nemo autem peius, meo iudicio, quam Iacobus Cuiacius vim & naturam condictionis huius triticariæ explicauit, cùm ſcripſit in condictione certi iudicem datum inſeruire contractui, arbitrij inopem: in hac verò triticaria æſtimare rem petitam habita ratione loci & temporis, quaſi verò ſit hæc quoque actio arbitraria, vt illa de eo quod certo loco, de qua dicemus *tit. prox.* Quod certè non ita eſt. Sunt enim condictiones omnes ſtricti iuris, nec minùs triticaria, quàm cæteræ, nulla penitus arbitraria, niſi cùm promiſſioni locus adiectus eſt. Neque ſanè in toto hoc tit. videas factam mentionem vllam adiecti loci vel temporis, vt alterutrius rationem habere iudex poſſit aut debeat, niſi in *l. vlt. hoc tit.* quæ non de triticaria eſt, ſed de condictione certi, & oſtendit potiùs non poſſe locum eſſe condictioni triticariæ quoties loci vel temporis ratio habenda eſt, quia eo caſu præciſè æſtimari lis debet inſpecto eo tempore vel loco quo dari res debuit, nec poteſt ex poſtfacto æſtimatio creſcere vel decreſcere, vt in triticaria. Reliqua quæ ad huius condictionis tractatum pertinent, petenda ſunt non ex *lib.* 16. *Coniecturarum noſtrarum*, vbi pleraque malè ſcripſimus, cùm huius condictionis vim & poteſtatem adhuc ignoraremus, ſed ex poſtrema parte Chiliadis noſtræ *de error. pragmat. Chiliade* 83. vbi omnia meliùs, ſubtiliùs, & veriùs.

b *Quare fundum quoque per hanc actionem petimus.*

RAT. DVB. Fundus, ſi denominationem adiicias Corneliani, aut Semproniani, tam certus eſt, quàm pecunia numerata, & quantitas centum aureorum *l. certum* 6. *ſupr. de reb. credit. l. ſtipulationum* 74. & *ſeq. infr. de verb. oblig.* Ergo per certi condictionem peti poteſt perinde ac pecunia numerata. DEC. Peti quidem poteſt & debet fundus ipſe vſque ad litem conteſtatam, & in ipſa litis conteſtatione ſi erat in obligatione, ſed poſt litem conteſtatam datámque formulam, à quo tempore actio & iudicium incipit, non debetur niſi pecunia, quia nec aliud in iudicium condictionis certi deductum intelligitur, niſi quanti fundus fuit tempore litis conteſtatæ *d. l. cùm fundus* 31 *de reb. credit. iunct. leg. ſequent. eod. tit.* & *leg. vltim. infr. hoc tit. dict. leg. fundum* 28. *infr. de nouat. leg. hominem* 37. *infr. mandat.* cùm tamen in iudicium condictionis triticariæ, ſi per eam fundus petatur, ipſe quoque fundus deducatur, non eius æſtimatio, quæ præciſè fuerit tempore litis conteſtatæ, ita vt nec alia quantitas deducenda ſit in condemnationem, quàm quæ fuerit tempore latæ ſententiæ *leg. 3. infr.* Multùm ergo intereſt, an fundus debitus petatur per condictionem certi, an per triticariam, nullo etiam adiecto loco vel tempore. Adiectio enim loci facit actionem arbitrariam non triticariam: adiectio verò temporis nõ magis arbitrariam quàm triticariam, vt contra Cuiacium dicemus ad *leg. 3. infr. tit. prox.*

c *Et ſi vectigâlis ſit.* RAT. DVB. Fundus vectigâlis ille eſt, cuius retinendi poteſtatem poſſeſſor habet, etiam inuito domino quandiu vectigal ſoluit: quem & vindicare poteſt vtili in rem actione, ſi fortè nulla ſua culpa poſſeſſionem amiſerit, *leg. 1.* & *tot. tit.* vbi diximus *ſupr. ſi ager vectigâl.* & *emphyt. petat.* Non ergo poteſt venire in condictionem ſiue triticariam ſiue aliam, quia per condictionem ſicuti nunquam petimus id quod noſtrum eſt niſi à fure, vt ſequitur in textu, ita

petimus

petimus ſemper id quod noſtrum fuit *leg. videamus 28. in princip. & §. ſi actionem infr. de vſur.* Fundus autem vectigalis neque in poſſeſſoris dominio vnquã fuit, neque ita eſt domini, vt abſolutè poſſit eum ſuum dicere *l. lex vectigali fundo 31. infr. de pignor. l. ſi finita 15. §. ſi de vectigalibus inf. de dam. infect.* Per condictionem verò quamlibet etiam furtiuam intendimus aduerſarium dare nobis oportere, *§. ſic itaque & ſeq. Inſtit. de action.* Dic. Tam qui vectigalem fundum poſſidet, quàm qui eius fundi dominus eſt, ius aliquod in eo fundo habet, eiuſque iuris dominus eſt. Ergo condicere ius illud poteſt, non quidem per condictionem certi, quoniam iura omnia cùm incorporalia ſint, incerta eſſe creduntur *leg. vbi autem 75. §. fundi autem & ſeq. verſic. qui verò inf. de verb. oblig.* ſed per triticariam, per quam incerta & conſequenter etiam iura petuntur: fundus enim vectigalis partim in re, partim in iure conſiſtit. Quidni ergo per triticariam condici poterit, ſicut & cætera, quæ in iure tantùm conſiſtunt? Illud obſeruatione dignũ eſt, quod ad factum non magis datur triticaria, quàm condictio certi, ſed diuerſa ratione, condictio quidem certi, quia facta omnia ſunt incerta *l. vbi autem 75. §. qui id quod de verb. oblig.* triticaria verò quia licèt ad res quoque incertas detur, non tamen datur ad pecuniam numeratam: in omnibus autem faciendi obligationibus ſuccedit in locum obligationis facti obligatio præſtandæ pecuniæ *leg. ſi quis ab alio 13. in fi. de re iudic.*

d *Siue ius ſtipulatus quis ſit veluti vſumfructum.* Rat. dub. Vſusfructus portionis inſtar obtinet, in eoque differt à ſeruitutibus prædiorum vtrorumque, tam vrbanorum quàm ruſticorum *l. cùm filius 76. §. dominus de legat. 2.* quia emolumentum rei continet *l. Maxim 66. §. fundo eod.* ideóque in multis caſibus dominij inſtar obtinere dicitur *l. 4. l. ſi Titio 31. § ſupr. de vſufr. l. qui vſumfructum 58. inf. de verb. oblig.* conſiſtit enim vſusfructus ex vtendo fruendo *l. 1. ſupr. quando dies vſumfr. legat. ced.* quod vtique facti non iuris eſt *leg. ſi vſumfructum 66. inf. de iur. dot.* Non ergo ius ſtipulatus videri poteſt is, qui ſtipulatus eſt vſumfructum.

Dic. Vſusfructus licèt effectu ipſo emolumentum rei contineat, formaliter tamen in iure, non in parte conſiſtit *d. §. fundo leg. ſi à reo 76. § ſi reo inf. de fideiuſſ.* cùmque ſit ſeruitus perſonalis, proculdubio ius eſt, vt & cæteræ ſeruitutes omnes tam perſonarum quàm prædiorum *tit. de reb. corpor. & incorpor. in fin.* apud Iuſtin. Vnde eſt, quod qui fundi quamuis certi vſumfructum ſtipulatus eſt, incertum ſtipulatus intelligitur *l. vbi autem 75. §. fundi certi inf. de verb. oblig.* quoniam ſcilicet iura omnia ſunt incerta, quippe quibus non poſſit conuenire diffinitio certi poſita in *l. certum 6. ſup. de reb. credit.* quamuis ius ipſum per ſe minus certum ſit, quàm finitum *l. 2. inf. de iur. & facti ignor.* Planè de ſeruitutibus vtrorumq; prædiorum tam vrbanorum quàm ruſticorum, de quibus hîc Vlpianus ſubijcit, nemo dubitat, quin ſint iura, cùm non modò in iure conſiſtant, ſed nec emolumentum rei contineant: in quo differunt ab vſufructu *d. §. dominum,* quamuis generaliter dici poſſit iura prædiorum nihil aliud eſſe, quàm ipſa prædia qualiter ſe habentia *l. quid aliud 86. de verb. ſignific.* Vnde & ratio dubitandi ad hunc locum ſumi poteſt. Ergo tam vſusfructus quàm cæteræ ſeruitutes promiſſæ per hanc actionem rectè petentur & condicentur, antequam conſtitutæ ſint. nam poſtquam conſtitutæ & traditæ fuerint, eo ſcilicet modo quo iura tradi poſſunt, non condicuntur, ſed vindicantur propria actione, de qua in *tit. ſi vſuſfruct. pet. & tit. ſi ſeruit. vindic.* condicere enim ſuam ſeruitutem ſiue perſonalem ſiue realem non magis quàm aliam rem ſuam quiſquam poteſt, *§. prox. inf.* vbi bene Accurſius contra Azonem, & poſt Accurſium Bartolus.

1 ¶ Rem autem ſuam per hanc actionem nemo petet, niſi ex cauſis, ex quibus poteſt: veluti ex cauſa furtiua, vel in re mobili vi abrepta[a].

*Ad §. 1. Rem autem ſuam.*

Rat. dub. Condictio triticaria concurrit cum cæteris condictionibus omnibus, præterquam cum certi condictione generali, vt ſupra diximus. Atqui condictio furtiua datur etiã domino *l. 1. ſu. de condict. furt.* Ergo etiam condictio triticaria poteſt dari domino, vt rem quoque ſuam condicat. Dic. Nulla condictio eſt, per quã non intendat actor dari ſibi oportere *§. ſic itaque Inſtit. de action.* cùmque dare nihil aliud ſit, quàm dominium transferre *l. vbi autem 75. §. vlt. inf. de verb. oblig.* apparet id quod meum iam eſt, dari mihi amplius non poſſe, quia nec magis meum fieri poteſt *d. §. ſic itaque l. non vt ex plurib. 91. de regul. iur. l. in bello 12. §. ſi quis ſeruum infr. de capt. & poſtlim.* niſi cum agitur contra furem, cuius odio hoc receptum eſt, vt non minus condictione quàm vindicatione teneatur *l. vltim. ſup. vſuf. quem. caueat.* Atqui condictio triticaria tam verè condictio eſt, quã cæteræ condictiones, eiuſdémque naturæ & poteſtatis eſt. Ergo per eam æquè intendit actor ſibi oportere. Et conſequenter rem ſuam petere per hãc condictionem nemo poteſt, niſi ex quibus cauſis poſſet ſpecialiore alia condictione, id eſt, contra furem. Habet enim hoc caſu condictio triticaria naturam condictionis furtiuæ, ſicut & alijs caſibus naturam retinet earum condictionum, cum quibus concurrit. Planè, quin etiam ſuæ rei poſſeſſionem poſſit quis per hanc actionem condicere nemo dubitat, ſicut & per condictionem indebiti *l. indebiti 15. §. ſed ſi nummi* vbi dixi *ſupr. de condict. indeb.* Poſſeſſio enim cùm facti ſit magis quam iuris, ad alium pertinere poteſt, licèt proprietas rei ſit mea, quandoquidem nihil commune habet proprietas cum poſſeſſione *leg. naturaliter 12. §. nihil commune l. penult. inf. de acquir. poſſ.* Itaque qui poſſeſſionem rei ſuæ ab alio detentam condicit, rem alienam condicit, non ſuam: nam & poſſeſſio rei appellatione generali continetur *l. prox. in fin. inf.*

a *Vel in re mobili vi abrepta.* Putauimus aliquando poſſe meliore ſenſu legi *re immobili abrepta*, non quòd ignoraremus raptorem eſſe furem improbiorem *leg. item ſi cùm 14. §. qui vim intulit ſupr. Quod met. cauſ. leg. 2. § cæteri inf. vi bonor. rapt.* ideóque rei immobilis nõ magis rapinam, quàm furtum fieri poſſe *§. quod autem Inſtit. de vſucap. leg. quam rem 38. inf. eod. tit.* ſed vt Vlpiani ſententia latius acciperetur, & ad rem quoque immobilem extenderetur. Sed nihil certè mutandum eſt. Nam, vt bene Accurſius monet, tam abripi quam rapi res mobilis tantùm dicitur, immobilis verò inuadi *§ pen. Inſtit. vi bonor. rapt.* Et quemadmodum dicimus, etiam illi, qui v

rapuit, condici poſſe furtiua condictione *leg. ſi-ne manifeſtus* 10. §. *ei quoque ſupr. de condict. furt.* ita & monendum fuit poſſe dari triticariam condictionem rei propriæ aduerſus raptorem, non minùs quàm contra furem, exemplo condictionis furtiuæ: nam contra eum quoque dari debere, qui alium de fundo vi deiecit, ſubiicitur in *leg. prox. ſeq.*

2. IDEM libro 18. ad Sabinum.

SEd & ei, qui vi aliquem de fundo deiecit, poſſe fundum condici Sabinus ſcribit. & ita etiam Celſus. ſed ita, ſi dominus ſit, qui deiectus condicat. cæterum, ſi non ſit, poſſeſſionem eum condicere Celſus ait.

*Ad l. Sed & ei 2.*

RAT. DVB. Condictione triticaria nemo rem ſuam perſequi poteſt, niſi iis ipſis caſibus quibus poſſet eam perſequi per condictionem furtiuam §. *vlt. l. prox. ſupr.* Atqui per furtiuam condictionem nemo poteſt fundum condicere, quia rei immobilis furtum fieri nunquam poteſt, vt proximè diximus. Ergo nec per triticariam condicere fundum vi poſſeſſum quiſquam poteſt. DEC. Condictio triticaria ſicuti latiùs patet, quàm condictio certi, vt diximus ad initium legis præcedentis, ita & latiùs quàm condictio furtiua. Hæc enim ad res mobiles tantùm pertinet, non ad immobiles neque ad iura, quorum ſcilicet furtum fieri non poteſt, quia nec poſſideri poſſunt, *tit. Inſtit. de reb. corpor. & incorpor.* triticaria verò & ad res immobiles, & ad iura quoque competit *d. l. prox. ſup.* Et diuerſitatis ratio euidens illa eſt, quia condictio furtiua naſcitur ex furto *l. ſi ambo, 10. §. quoties infr. de compenſat. l. ſed ſi damnũ 9. aliàs l. peculium §. ſiue autem inf. de pecul.* ita vt vbi furtum non eſt, neque condictio furtiua locum habere poſſit *l. ſi duo 13. §. idem Iulianus ſupr. de iureiur.* at triticaria non item. Et ſicuti lex Atinia de rebus furtiuis lata eſt, ne poſſint vſucapi, ita & lex Iulia Plautia de fundis & immobilibus vi poſſeſſis §. *furtiuæ quoque res Inſtit. de vſucap.* Cæterùm quamuis latiùs pateat condictio triticaria, quàm furtiua, in eo tamẽ retinet ſimilitudinem cum furtiua, quòd ſicuti non datur furtiua pro re actoris propria niſi contra furẽ & raptorem, itémque triticaria, ita nec datur triticaria domino niſi contra violentum inuaſorem, nec contra violentum inuaſorem niſi domino, vt nec melior nec deterior conditio ſit inuaſoris, quàm raptoris & furis. Quòd ſi is cuius poſſeſſionẽ alius inuaſit, non ſit dominus, habebit quidem nihilominùs condictionem triticariam, ſed pro poſſeſſione tantùm non etiam pro dominio. Quamquã & cùm dominus eſt, ſi malit poſſeſſionem condicere quàm dominium, adhuc audiendus eſt, nam & poſſeſſionis dominium quoddam eſt, vt & proprietatis, tametſi faciliùs amittatur illud quàm proprietatis *leg. ſi quis vi 17. §. differentia infr. de acquir. poſſ. iunct. l. 1. de bon. poſſ.* Et ita benè hic Accurſius, notans etiam per actionem perſonalem perinde atque per interdicta poſſeſſionem peti poſſe ex *l. indebiti 15. §. ſed ſi nummi ſupr. de condict. indeb. l. 1. §. retinendam infr. vti poſſid.*

3. IDEM libro 27. ad Edictum.

IN hac actione ſi quæratur, res, quæ petita eſt, cuius temporis æſtimationem recipiat? verius eſt, quod Seruius ait, condemnationis tempus ſpectandum. ſi verò deſierit eſſe in rebus humanis [a]: mortis tẽpus, ſed ἐν πλάτει *q. d. latiùs*, ſecundùm Celſum erit ſpectandum: non enim debet nouiſſimum vitæ tempus æſtimari: ne ad exiguum pretium æſtimatio redigatur in ſeruo fortè mortiferè vulnerato. In vtroque autem [b], ſi poſt moram deterior res facta ſit, Marcellus ſcribit libro 20. habendam æſtimationem, quantò deterior res facta ſit. & ideo, ſi quis poſt moram ſeruum eluſcatum dederit, nec liberari eum. quare ad tempus moræ in his erit reducenda æſtimatio.

*Ad l. In hac actione 3.*

Vix alia eſt in toto iure noſtro lex quæ obſcurior & difficilior eſſe credatur, nec immeritò apud eos, qui condictionis triticariæ naturam & poteſtatem ignorant. Mihi nulla videtur facilior, & ex iis quæ ad legem primam ſcripſimus, remanet iam ni fallimur, propemodum explicata. Ait Vlpianus in hac actione, id eſt, in condictione triticaria, ſi quæratur res, quæ petita eſt, cuius temporis æſtimationem recipiat, verius eſſe quod Seruius ait, condemnationis tempus ſpectandum eſſe. In quo illud primùm occurrit, quod interpretes omnes mirantur, cur petito per triticariam homine debito æſtimatio ipſius deducatur in condemnationem.

RAT. DVB. Quia in condemnationem deducendum eſt illud ipſum quod petitum fuit, & deductum in libellum, vt ſententia ſit conformis libello *l. vt fundus 19. ſupr. commun. diuid.* & fatuus iudex eſſe dicitur qui iudicat vltra petita *l. vlt. C. de fideic. libert.* vbi de hoc ipſo iudice tractat Iuſtinianus qui pro petito homine condemnauit reum ad æſtimationem. Sed decidendi ratio eſt, quia prætor in edicto de re iudicata & de ſententiarum effectu & executione voluit in actionibus omnibus litem à iudice æſtimari per ſententiam, vt iudicati executio aliqua fieri poſſet, quæ alioqui non poſſet citra vim & impreſſionem, ſiue ad dandum ſiue ad faciendum quis condemnaretur *l. 4. §. ait prætor infr. de re iudic.* Pecunia enim ſola eſt, quæ per pignorum capionem & diſtractionem explicari commodè poteſt, inuito etiam condemnato, & ipſo tamen non hoc vel illud facere, ſed pari tantùm coacto *l. à Diuo Pio 15. §. ſi pignora & paſſ. eod. tit.* Idque pluribus à nobis oſtenſum eſt in *error. 1. & 2. & 7. Decad.* 85. neque hîc repetemus. Sed addemus hanc ipſam iudicandi rationem, aut potiùs neceſſitatem, licèt à Triboniano ſtulta & abſurda dicatur in *dict. leg. vltim. Cod. de fideic. libert.* & ab Accurſio noſtro fatua ad hanc legem, apud veteres tamen prudentes non ſolùm receptam, ſed etiam indubi-

Digitized by Google

indubitatam fuiſſe, nec eius rei luculentiorem probationem vllam quærendam eſſe, quàm quæ extat in *dict. leg. vltim. Cod. de fideic. libert.* vbi refert Iuſtinianus, in ſpecie illa de herede iuſſo dare ſeruum legatario ad eum manumittendum, ſi heres ſeruum dare noluerit, ſed litigare maluerit, & condemnatus ad litis æſtimationem eam præſtiterit, dubitatum fuiſſe apud veteres iuris interpretes, an aliquod obſtaculum libertati ex hac cauſa procederet. Non ait dubitatum fuiſſe, an ſententia eo modo concipi poſſet aut deberet. Quid enim fuiſſet ſtultius, quàm iuris quæſtionem mouere circa eius ſententiæ effectum & executionem, quæ perperam ac nullo iure lata eſſet? ſed ait dubitatum fuiſſe duntaxat, an ex eiuſmodi ſententia mandata executioni libertas impediretur. Videbatur enim impediri, cùm non poſſet libertas præſtari neque ab herede qui ſerui æſtimationem legatario ex condemnatione præſtitiſſet, neque à legatario qui ſeruum non haberet, ſed pro ſeruo æſtimationem ipſius accipere iuſſus eſſet. Nec ſanè ratio vlla eſſet conſeruandæ huius libertatis, niſi aliqua ex parte ad SC. Rubrianum pertinere videretur, de quo in *leg. cùm verò 26. §. ſubuentum & ſeqq. infr. de fideic. libert.* Videtur enim hic caſus proximè accedere ad illum de quo in *§. vltim. dict. leg. cùm verò*, vbi tractat Vlpianus, ſi heres latitet à quo ſeruus legatus fuerat, legatarius verò qui libertatem præſtare rogatus fuerat, præſens ſit, an Senatuſconſultum Rubrianum deficiat. Et ait deficere, & libertatem impediri, ſi ponas legatarium eius ſerui dominium nunquam nactum fuiſſe. Senatuſcenim eum duntaxat caſum complexus eſt, quo ij à quibus libertatem præſtari oportet, euocati à prætore adeſſe noluerint *dict. §. ſubuentum.* In propoſito autem latitat heres, qui libertatem præſtare iuſſus non eſt, legatarius verò præſens eſt, qui libertatem dare iuſſus fuit. Ob eam nimirum cauſam ſubiungitur ex Paulo in *leg. ſeqq.* principem hoc caſu adeundum eſſe, vt & in hac ſpecie libertati proſpiciatur. Quo exemplo non malè Iuſtinianus ſupradictam conſtitutionem edidit ad conſeruandam libertatem. Quid enim refert, an heres latitet ne à legatario conueniatur, an verò ſui copiam faciat, ſed vt litiget cum legatario, præſtetque ei æſtimationem ſerui, ſeruum verò ipſum ſibi retineat? Sed malè Iuſtinianus occaſionem ferendæ nouæ conſtitutionis, & materiam ſumpſit ex ſtultitia iudicis, cùm ex mera ratione ac neceſſitate iuris eam ſumere potiùs debuiſſet, miratque prudentum veterum ſtultitiam, non noui iudicis qui ſecundum veterem Iuriſprudentiam iudicaſſet. Videtur autem Tribonianus in illa conſtitutione ad ius illud nouum reſpexiſſe, quod ipſe totam veterem Iuriſprudentiam peruertendo induxerat in *leg. qui reſtituere 68. ſupr. de rei vindic.* vt ibi docuimus. Etſi lex illa ad actiones tantùm arbitrarias pertinere videtur, non etiam ad actiones ſtrictas, cuiuſmodi ſunt actiones omnes tam ex ſtipulatione quàm ex ſtipulatu, itémque condictiones, & conſequenter triticaria, vt diximus. Quare non eſt quod cum Accurſio, Bartolo aliiſque interpretibus dicamus, hominem debitum, qui in ſpecie huius legis petitus fuerat per triticariam, fuiſſe quidem adhuc in rerum natura tempore ſententiæ, ſed non in dominio debitoris, qui proinde cùm petitoris eum perfectè facere non poſſet, condemnari debuerit ad æſtimationem: totum enim hoc commentitium & diuinatorium eſt. Nec minùs illud quod Bartolus tanquam ſubtilior de ingenio ſuo ſubiungit, fuiſſe in rerum natura hominem tempore ſententiæ, ſed periiſſe ante iudicati executionem, quaſi verò lis æſtimetur in iudicati executione duntaxat ſi iudicato non ſatisfiat, non autem per ſententiam ipſam & condemnationem *l. prox. infr.* Atque hic primus noſtrorum in huius legis interpretatione error eſt. Sequitur alia longè grauior huius legis difficultas, quæ alium quoque, & grauiorem interpretum errorem inuexit in eo quod Vlpianus ex Seruij ſententia ſcribit veriùs eſſe, in hac actione ſpectandam eam æſtimationem quæ eſt tempore condemnationis.

RAT. OV ii. In actionibus omnibus ſtricti iuris, quoties de ineunda rei debitæ æſtimatione quæritur; inſpiciendum eſt præciſè tempus litis conteſtatæ *l. vinum 22. ſupr. de reb. credit. l. prox. infr. l. 3. §. in hac infr. commod. l. hominem 37. mandat. leg. fundum 28. de nouat. & deleg.* Eſt enim hoc proprium iudiciorum bonæ fidei, vt in iis rei iudicandæ tempus ſpectetur *dict. §. in hac*, aut moræ vero tempore res pluris fuit *leg. 3. §. ſi per venditorem de action. empt.* Atqui condictio triticaria eſt ſtricti iuris, vt & cæteræ condictiones omnes, ſi ſufficiens eſt, vt eſt, actionum omnium bonæ fidei enumeratio apud Iuſtin. in *§. actionum Inſtit. de action.* Ergo in triticaria perinde atque in condictionibus cæteris omnibus tanti lis æſtimanda eſt per ſententiam, quanti præciſè fuit tempore litis conteſtatæ. DEC. Ex eo tempore quidque æſtimandum eſt, quo ſolui nouiſſimè potuit *leg. ſi Calendis 11. infr. de re iudic.* Atqui res per triticariam condictionem petita potuit ſolui vltimo inſtanti ante condemnationem; eiúſque ſolutio haud dubiè pepeteriſſet debitori liberationem *§. vlt. Inſtit. de perpet. & tempor. action.* vbi dicitur iudicia omnia hoc ſenſu eſſe abſolutoria. Ergo ſi ea res ſoluta non ſit ante ſententiam, tempus condemnationis in ea præciſè ſpectandum eſt: inſtans enim illud primum eſt, quo res petita præſtari & ſolui poſſe deſinit, quia ſemper lis æſtimanda eſt per ſententiam: Litis autem æſtimatio, niſi in pecunia numerata, fieri nullomodo poteſt. In cæteris condictionibus omnibus aliud iuris eſt, in quibus ſcilicet pecunia deberi incipit; & res petita ſolui poſſe deſinit ex tempore litis conteſtatæ propter nouationem, quæ fit per conteſtationem, & quæ tamen nulla fit in triticaria, quoniam in ea hoc ipſum expreſſim agitur, vt nulla fiat, ſed vt illud ipſum quod in obligatione & petitione fuit tempore litis conteſtatæ, in eadem cauſa maneat vſque ad tempus rei iudicatæ. Valeat ergo Placentinus, qui dixit legem hanc intelligendam eſſe de condictione triticaria, quæ proficiſcatur ex contractu bonæ fidei, quaſi verò poſſit aliqua condictio triticaria eſſe bonæ fidei, aut ex contractu bonæ fidei naſci actio ſtricti iuris: contrà quàm ſcriptum ſit in *leg. in bonæ fidei 7. verſ. ſi tamen infr. tit. prox.* Aut quaſi condictio triticaria generalis dicatur, ideò quod ea quolibet contractu etiam bonæ fidei poſſit competere, ac non potiùs quòd ad res omnes competat præterquàm ad pecuniam numeratam & ad factum. Valeant item, qui diſtinguunt ſpeciem debitam à rebus cæteris, vt in ſpecie debita, & per triticariam petita tempus condemnationis ſpectetur, in cæteris verò rebus quæ in pondere, numero, & menſura conſiſtunt, tempus litis conteſtatæ. Obſtat enim lex quæ ſequitur in hoc tit. vbi poſtquam dixit Caius; ſi merx aliqua petatur per

condictionem certi, quæ nec loco, nec tempore certo dari debuerit, ſpectandum eſſe tempus quo petita eſt, id eſt litis conteſtatæ, ſubiungit de cæteris rebus idem iuris eſſe. Sed neque quod ſcriptum eſt in *dict. leg. 3. §. in hac commod.* ad alium caſum pertinere patet, quàm quo ſpecies debeatur, vt antitheſis aliqua ſit inter contractum commodati, & contractus ſtricti iuris, quandoquidem extra commodati cauſam ſunt res omnes, quæ pondere, numero, & menſura conſtant *dict. leg. 3. §. vltim. & leg. 4. eod. tit.* Valeat etiam quod Bulgarus, & poſt eum Bartolus dixit reſtringendam eſſe hanc legem ad eum caſum, quo res per triticariam petita pluris fuerit tempore condemnationis, non enim diſtinguit Vlpianus, an pluris eo tempore fuerit, an minoris, ſed condemnationis tempus præciſè ſpectandum eſſe ait: non etiam quomodo interpretes ferè omnes vulgo intelligunt, vt in triticaria quoque ſpectandum ſit, quanti plurimi res vnquam fuerit à tempore moræ ad tempus vſque condemnationis: quod eſt ridiculum. Nam neque in bonæ fidei iudiciis id obtinet, in quibus ſpectamus tantùm vtro tempore rea pluris fuit, aut moræ, aut condemnationis *leg. 3. §. vlt. infr. de action. empt.* quomodo accipi debet quod ſcriptum eſt, quantum ad bonæ fidei contractus pertinet in *dict. leg. 3. §. in hac commod.* Quanto minus ergo in ſtrictis iudiciis id obtinebit? Denique inauditum eſt in libris noſtris nomen æſtimationis quanti plurimi extra caſum legis Aquiliæ *l. 1. l. ait lex 21. ſupr. ad leg. Aquil.* & condictionis furtiuæ *l. in re furtiua 8 §. 1.* vbi diximus *ſupr. de condict. furt l. 2. §. quæſitum infr. de priuat. delict.* vbi tamen additur quod ad ſententiam noſtram confirmandam valde facit, etiam in condictione furtiua æſtimationem quanti plurimi non egredi terminum iudicij accipiendi tempus, id eſt litis conteſtatæ. Cur non enim egrederetur ad tempus vſque furti commiſſi, ſi à tempore moræ etiam in ſtrictis iudiciis æſtimatio quanti plurimi deberetur, cùm ab eo tempore fur moram ſemper facere intelligatur, nec odioſior mora vlla ſit quàm quæ furis eſt *dict. leg. in re furtiua §. 1. & leg. vltim. eod. tit.?* Concludamus ergo adeò non attendi tempus moræ in contractibus ſtricti iuris, quod ad ineundæ rei æſtimationem attinet, vt nec in condictione furtiua contra furem ipſum attendatur. Neq; obſtat quod in fine huius legis ſcriptum eſt, quod interpretes omnes decepit, ſi homo debitus & per triticariam petitus deterior poſt debitoris moram factus ſit, ad tempus moræ æſtimationem reducendam eſſe. Aliud enim eſt deteriorem factum eſſe hominem poſt moram, aliud verò factum eſſe viliorem. Etſi enim quiſquis deterior fit, hoc ipſo fit vilior, poteſt tamen fieri vilior etiam is qui tamen nullo modo factus ſit deterior: nec videtur præſtari homo debitus, ſi poſt moram præſtetur deterior *dict. leg. 3. §. ſi reddita infr. commodat.* cùm tamen non eo minùs præſtari poſſit, quòd factus ſit vilior dum ne deterior. Sed & longè aliud eſt dicere, reducendam eſſe æſtimationem ad tempus moræ, vt Vlpianus ex Marcello in fine huius legis loquitur, aliud verò æſtimādum eſſe hominem quanti plurimi vnquam fuerit à tempore moræ, quomodo interpretes noſtri intelligunt. Prioris enim locutionis ſenſus eſt, inſpiciendum eſſe præciſè tempus moræ, id eſt, quanti res fuerit vltimo illo inſtanti quod præceſſit deteriorationem. Poſterior autem locutio è contrario totum illud tempus complectitur, quod deteriorationem ſubſecutum eſt. Denique ſic Marcellus loquitur, habendam eſſe æſtimationem *quanti deterior res facta ſit poſt moram*, vt intelligamus ſolius deteriorationis, non etiam totius rei debitæ faciendam eſſe æſtimationem, cùm mora deteriorationem præceſſit: itémque nullam penitus moræ rationem habendam ſi rea debita vilior tantùm facta ſit, non etiam deterior, quamuis mora præceſſerit. Quæ ſententia interpretum errorem manifeſtiſſimè conuincit, qui monſtrum hoc, vt appellare ſoleo, æſtimationis quanti plurimi etiam in condictione triticaria, cæteriſque ſtricti iuris contractibus inducunt, quoties mora aliqua præceſſit, licèt nulla deterioratio interuenerit. Suaues verò ſunt interpretes, qui in ineunda æſtimatione rei debitæ etiam ex contractu ſtricto, ideo tempus moræ ſpectari volunt, quòd tanti lis æſtimanda ſit quanti res fuit eo tempore quo dari debuit, vt ſcriptum eſt in *leg. ſequent.* Dari autem debuit etiam ante litem conteſtatam, ſic enim ad hanc legem argumentatur Accurſius, nec videt Caium in *leg. proxim. ſequent.* cùm ita loquitur, eum caſum tractare, quo res certo die dari debuerit, extra quem caſum apertè profitetur Caius, tanti litem æſtimandam, quanti tunc res fuerit, cùm iudicium acciperetur: alioqui nec tempus moræ ſpectandum eſſet, nec quanti plurimi ab eo tempore res fuiſſet, vt volunt interpretes, ſed tempus ipſum contractus, quo res ipſa purè promiſſa fuerit, aut quanti plurimi ab eo tempore res fuit, cùm ab eo tempore dari debuerit. Igitur quemadmodum non attendimus tempus illud, quo dari rea debuit, quouſque interpellatio & mora ſecuta ſit, iuxta ipſorum interpretum ſententiam, ita neque tempus moræ, ſi qua per interpellationem extraiudicialem ſecuta ſit: non quaſi in ſtricti iuris contractibus nulla contrahi mora poſſit per interpellationem extraiudicialem, ſed tantùm per litis conteſtationem, vt quidam malè crediderunt, ſed quia in iis nullus moræ effectus eſſe poteſt ad augendam principalem obligationem, ſed tantùm ad eam perpetuandam, hactenus vt ſiue res debita perierit, ſiue deterior facta ſit poſt moram, nihil tamen de obligatione principali detrahatur, ſed talis res præſtanda ſit qualis ante moram fuit, *leg. ſi ex legati 23. & ſequentibus leg. ſi ſeruum 91. §. ſequitur & ſequent. & vltim. infr. de verbor. oblig.* Idque adeò verum eſt, vt tum quoque cùm ſpecies debita poſt moram periit, non tamen æſtimanda ſit quanti fuit tempore moræ, multóque minùs quanti plurimi fuerit à tempore mortis ad tempus vſque moræ, ſed quanti eſt, cùm petitur, quod quoniam æſtimari non poteſt citra iuſiurandum in litem, quia rei quæ non extat, nulla præſens eſt æſtimatio, ideò nimirum in ſtrictis quoque actionibus hoc caſu ea neceſſitate iuratur in litem *leg. in actionibus 5. §. planè ſupr. de in lit. iur.* Cuius iuriſiurandi præſtandi nulla ſubeſſet neceſſitas, ſi æſtimanda res eſſet quanti plurimi à tempore moræ fuiſſet, vt cernere eſt in actione legis Aquiliæ, in qua occiſus homo æſtimatur commodiſſimè quanti plurimi eo anno fuit, ſine vlla iuriſiurandi delatione, itémque in condictione furtiua, in qua furtiuus homo, ſi poſt litem conteſtatam mortuus ſit, æſtimatur quanti plurimi fuit non à tempore moræ, id eſt, admiſſi furti, ſed à

die-

die tantùm litis conteſtatæ ad tempus vſque mortis; nec vllo in eam rem iureiurando eſt opus, ſed eo tantùm caſu quo ſeruus furtiuus ante litem conteſtatam deceſſiſſe proponatur, ne alioqui deterioris conditionis ſit furtiua condictio, quàm cæteræ condictiones omnes & actiones ſtricti iuris. Illud ferri nullomodo poteſt, quod vult Accurſius, nullam eſſe hac parte differentiam inter actiones bonæ fidei & ſtrictas, cùm de ineunda rei debitæ æſtimatione quæritur, ſed tantùm cùm de acceſſionibus agitur, id eſt, de fructibus, de vſuris, & de eo quod intereſt acceſſoriè debito. Differentia enim apertiſſimè ponitur in *d. l. 3. §. in hac infr. commod.* vbi de æſtimanda tantùm re agitur, non de fructibus aut de vſuris, probatúrque eadem differentiis ex aliis legibus ſupra in hanc rem citatis. Nec verius eſt, licèt ſubtilius videatur, quod Bartolus tradit ad *d. §. in hac*, eo tantummodo caſu admittendam eſſe differentiam inter contractus bonæ fidei & ſtricti iuris quo debita res æſtimanda ſit per iuſiurandum in litem, ſicque intelligi debere quod ſcriptum eſt in *d. §. in hac*, non etiam cùm aliis modis & probationibus res æſtimatur. Pugnat enim hæc quoque ſententia cum verbis *d. §. in hac*, vt ibi dicemus. Sequitur in hac lege,

a *Si verò deſierit eſſe in rebus humanis.* RAT. DVA. Iudex non poteſt ſine delatione iuriſiurandi æſtimare rem, quæ non extat *l. in actionibus 5. §. planè ſupr. de in lit. iur.* Ergo iuſiurandum actoris in litem hoc caſu neceſſarium eſt, nec permitti debet iudici, vt litẽ æſtimet inſpecto tempore mortis, ne quidem ſumpto eo tempore ἐν πλάτει, vt lex ait. DEC. Multum intereſt, an homo debitus perierit poſt moram & ante litem conteſtatam, vt in *d. §. planè*, an verò poſt litem conteſtatam, ſiue mora aliqua præcedente, ſiue nulla. Priore caſu neceſſarium eſt iuſiurandum in litem, quia ſicuti homo debitus, & poſt promiſſoris moram mortuus, peti adhuc poteſt *dict. l. ſi ſeruum 91. § vlt. de verb. oblig.* ita æſtimandus eſt, ac ſi viueret inſpecto præciſè tempore quo petitus eſt, id eſt, litis conteſtatæ: dici autem non poteſt citra iuſiurandum in litem, quanti eo tempore æſtimandus ſit homo iam mortuus, & qui amplius nullus eſt. At poſteriore caſu ſubdiſtinguendum eſt, an debitus homo, & poſt litem conteſtatam mortuus, petitus eſſet per cõdictionem certi, an per triticariam. Si per condictionem certi æſtimandus eſt, quanti fuit præciſè tempore litis conteſtatæ: quod facile ſciri poteſt eo quoque mortuo, & quidem citra iuſiurandum in litem, cùm illo tempore vixerit, quemadmodum contingit in actione legis Aquiliæ, vt diximus. At ſi per triticariam neque æſtimatio illa ſpectari poteſt, quæ fuit præciſè tempore litis conteſtatæ, quia in huiuſmodi actione litis conteſtatio non facit, vt res ipſa deberi deſinat, eiúſque precium deberi incipiat, quomodo in condictione certi, aliiſque actionibus omnibus ſiue bonæ fidei ſiue ſtricti iuris contingeret, neque rurſus illa æſtimatio quæ eſt tempore condemnationis, cùm eo tempore iam deſierit viuere, & conſequenter deſierit præſtari poſſe? Neceſſariò igitur ea æſtimatio facienda eſt, quæ fuit tempore mortis, latius tamen & ἐν πλάτει, ne alioqui ad exiguum penéque nullum precium redigatur æſtimatio, ſi præciſè inſpiciatur vltimum inſtans vitæ ſeruo mortiferè vulnerato: quodnam enim precium eſſe poteſt ſerui iamiam morituri? Dices ita futurum vt moroſo debitori magis noceat mora extraiudicialis per ſimplicem interpellationem contracta, quàm iudicialis commiſſa per conteſtationem. Sed reſpondendum eſt id fieri non propter moræ extraiudicialis poteſtatem, ſed potius ex neceſſitate iuris, & quia mora extraiudicialis, licet eam vim habeat, vt obligationem perpetuet, non tamen habet eam vim, vt eius ratio aliqua poſſit haberi in ineunda æſtimatione rei debitæ poſt moram peremptæ, quia ſi haberi aliqua poſſet, inſpiceremus quanti res fuiſſet præciſe attento tempore moræ; neque actoris iuſiurandum in eam rem exigeremus, quod proinde neceſſarium eſt, ne alioqui actor non tam minus quàm nihil conſequi poſſit, atque ita fiat inanis & illuſoria obligatio, quę tamen ne intercidat per moram perpetuatur. At cùm mora iudicialis contracta eſt per litis conteſtationem, nihil cauſæ eſt, cur alterius temporis æſtimationem exigamus, quàm quæ fuit tempore litis conteſtatæ, ſi condictione certi, non triticaria actum ſit, quia & illud ipſum tempus inſpiceremus ſi ſeruus viueret *l. hominem 37. infr. mandat.* aut ſi triticaria non certi condictione actum fuerit, eam æſtimationem inſpiciemus quæ fuit tempore mortis, id eſt, primo illo inſtanti quo ex vulnere mortifero infirmari cœpit, ex regula *d. l. ſi Calendis 15. infr. de re iudic.* non item illam, quę fuit tempore litis conteſtatæ, quia in actione triticaria non facit conteſtatio, quin etiam poſt litem conteſtatam ſpecies quæ adhuc petitur, adhuc præſtari poſſit. Hinc porrò euidentius apparet, quàm falſum ſit, quod interpretes ſomniant de æſtimatione quanti plurimi etiam in ſpecie huius legis ineunda. Nam ſi æſtimatio quanti plurimi hoc caſu deberetur, quid neceſſe eſſet ad eam æſtimationem recurrere, quę mortis tempore ἐν πλάτει ſumpto reperiretur? An nõ latius & verius ἐν πλάτει fieret æſtimatio condemnato promiſſore quanti homo à tempore litis conteſtatæ ad tempus vſque mortis valuiſſet? An non pluris fuit homo poſt litem conteſtatam priuſquam vulneraretur mortiferè quam quo tempore cœpit ex vulnere infirmari? Tractat ſi quidem Vlpianus eum caſum, quo petitus homo poſt litem conteſtatam decaſſerit, non quo poſt moram extraiudicialem, & ante conteſtationem, ac proinde in quo ſecundum interpretes deberetur æſtimatio quanti plurimi homo fuiſſet à tempore extraiudicialis moræ, ſi qua ante litem conteſtatam contracta probaretur? periiſſe enim hominem poſt litem conteſtatam ex eo conſtat, quod ponit Vlpianus fuiſſe petitum per triticariam, petitio autem nulla fieri intelligitur niſi per conteſtationem: qui enim nondum litem conteſtatus eſt, nõ tam petit quàm petere vult *d. l. amplius 15. infr. rat. rem haber.* Et verò cur ita ſcriberet hîc Vlpianus *non enim debet nouiſſimum vitæ tempus ſpectari*, ſi non ita ius eſſet, vt in æſtimanda re debita certi alicuius temporis rationem haberi præciſè oporteret, non autem in toto illo temporis ſpacio negari quod à die moræ in diem vſque mortis ſerui aut condemnationis interceſſiſſet? Nam neque in bonæ fidei iudiciis in quibus pleniores & vberiores præſtationes fiunt, æſtimatio vnquam præſtatur, quanti plurimi res fuerit à tempore moræ ad tempus vſque rei iudicatæ, ſed vtro tempore res pluris fuit aut moræ aut condemnationis, vt Vlpianus loquitur in *l. 3. §. vlt. de action. empt.* Quod & in aliis ferè omnibus iuris partibus æquè obſeruatur etiam in æſtimando eo quod intereſt, vt ad certum præciſè tempus reſtringatur æſtimatio, neque ex eo, quod

plutis vel minoris poſtea intereſſe cœperit, recipiat actio augmentum vel diminutionem *l. vbi exigitur 8. §. 1. ſupr. de edend. l. 4. § hac autem actio infr. vi bonor. rapt. l. ſi qui in puteũ 11. §. quod ait prætor quod vi aut clam. d. l. fundum 28. de nouat. l. 3. §. dum fratres de iur fiſc. l. 5. §. vlt. ſup. de ſer. corrupt. l. cum certum 9. de aur. & argent. legat. d. l. vinum & l. prox. inſr.* Sequitur

b *In vtroque autem.* Id eſt, ſiue res extet tempore condemnationis, ſiue ante cõdemnationem perierit poſt litem conteſtatam, non item ſi perierit ante cõteſtationem poſt moram extra iudicialem. Nec enim hunc caſum tractat Vlpianus, ſed quo res debita petita ſit per triticariam, nam prius quàm petatur, licèt iam debita ſit, neſciri tamen adhuc poteſt, an & quando futurum ſit, vt petatur, & cùm petetur, an per cõdictionem certi, an per triticariam, inter quas actiones nulla eſt differentia, quod ad ius debiti & obligationis pertinet, ſed tantùm in hac vel in illa actione eligenda & exercenda poſt litem conteſtatam. Ait lex,

c *Si poſt moram res deterior facta ſit.* Non ait Vlpianus *ſi vilior* quomodo ad interpretum errorem confirmandum loqui debuiſſet, ſed *ſi deterior*. Aliud enim eſt, fieri rem deteriorem, aliud verò fieri viliorem. Non poteſt equidem res fieri deterior, quin hoc ipſo fiat vilior, ſed poteſt fieri vilior etiam non facta deterior: adeóque quod magis mirum eſt, fieri poteſt per accidens, vt facta deterior fiat tamen precioſior aucto precio rerum quæ ſunt eiuſdem ſpeciei vel generis. Finge commune precium ſeruorũ tempore moræ fuiſſe viginti aureorum, tempore verò ſubſequenti auctum eſſe vſque ad quadraginta aureos. Seruus poſt moram eluſcatus adhuc poterit æſtimari triginta aureis, qui antequam eluſcatus eſſet, non fuerat dignus niſi viginti, ſed qui tamen hodie dignus eſſet quadraginta, ſi non eſſet eluſcatus. Idémque multo facilius eueniret in frumento, vino, & aliis mercibus, quarum precia in ſingulos ferè dies mutantur. Quàm enim ſæpe accidit, vt frumentum vel vinum deterioratum carius tamen vendatur, quàm quanti fuit ante deteriorationem, ſed ſemper vilius, tamen quàm ſi deterioratum hodie non eſſet? Rem aliquam viliorem factam cùm dicimus, nihil niſi valoris diminutionem ſignificamus, cùm verò factam deteriorem, ſignificamus diminutionem ſubſtantiæ. Res debita etiamſi facta ſit vilior, nihilominus ſolui poteſt, ex eáque ſolutione contingit liberatio, ſed facta deterior, quamuis precioſior in quantitate precij, quod ex ea redigi poteſt, mutato auctóque, vt diximus, rerum eiuſdem generis precio, non poteſt ſolui, vt ex ea ſolutione inuito creditore debitor liberetur, quomòdo ſcriptũ eſt in hac lege, & in *d. l. 3. §. ſi reddita infr. commod.* ſcilicet ſi facta ſit deterior poſt moram aut per culpam debitoris, alterutrum ſi quidẽ ſufficit *leg. qui ſibi 33. §. 1. infr. de ſolut.* nam ex die moræ omne periculum pertinet ad moroſum debitorem, quod alioqui ad creditorem pertinuiſſet *d. l. ſi ex legati 23. & ſeq. l. ſi ſeruum 91. §. ſequitur & ſequ. & §. vlt. inf. de verb. oblig.* Et ideò benè Vlpianus ex Marcello ſubiungit, re facta deteriore habendam eſſe æſtimationem *quanto deterior res facta ſit*, non autem *quanto vilior*. Poteſt enim fieri, vt etiam ſubducto precio deteriorationis res præterea vilior facta ſit, quo tamen caſu Marcellus non diceret reducendam eſſe ad tẽpus moræ æſtimationem, nihil enim debitoris intereſt, an creſcat, vel decreſcat æſtimatio rei debitæ, nec ſi poſt moram ea diminutio contigerit, ſi modò debitor ex contractu ſtricto tenebatur, dum ne ea valoris diminutio ex ſuperueniente deterioratione contingat. Semper enim periculo debitoris qui in mora fuit, cedit deterioratio, quia & eius periculo cederet, ſi tota res periret: quæ enim fit deterior, ex aliqua parte perit, quatenus ſcilicet deterior facta eſt. Cũ autem poſt Marcellum & Vlpianum dicimus, re facta deteriore poſt moram, habendam eſſe rationem, quanto deterior res facta ſit, & ad moræ tempus reducendam eſſe æſtimationem, vt in fine huius legis ſcriptum eſt, non illud ſignificamus quod putant interpretes, æſtimãdam eſſe rem quanti plurimi fuit à tempore moræ, adeóque nec quanti res illa fuit inſpecto præciſè tempore moræ, aut potius inſtanti illo vltimo quod deteriorationem immediatè præceſſit, nondum ſecuta conteſtatione, quo inſtanti poteſt res debita pluris eſſe aut minoris quàm fuerit tempore moræ, ſed hoc potius, tanti litem æſtimandam quanti eſſet tempore condemnationis res extans, aut tempore mortis [illegible] ſumpto, perempta poſt litem conteſtatam, ſi poſt tempus moræ deterior facta non fuiſſet. Finge hominem debitum poſt promiſſoris moram eluſcatum adhuc viuere tempore condemnationis, ſed propter eluſcationem non eſſe dignum niſi triginta aureis, qui ſi eluſcatus nõ fuiſſet, dignus eſſet quadraginta, vt in exemplo ſuperius allato: hunc ipſum verò ſeruum antequam eluſcatus eſſet, ac eo tempore quo mora per interpellationem cõgruo loco & tempore factam commiſſa eſt, non fuiſſe dignum niſi viginti, quòd eo tempore commune ſeruorum precium vilius eſſet: An in condictione triticaria æſtimabimus eum viginti duntaxat aureis, hoc eſt, quanti fuit ſeruus integer tempore moræ, an triginta quanti eſt tempore condẽnationis propter eluſcationem? an deniq. quadraginta, quanti eſſet ſi non fuiſſet eluſcatus? Et non dubito, quin quadraginta æſtimari debeat, alioqui prodeſſet moroſo debitori, quod poſt moram ſeruus deterior factus fuiſſet, ſi ob deteriorationem illam non niſi ad viginti teneretur, qui ſi mora facta non eſſet, teneretur ad triginta, etiam deteriorato & eluſcato ſeruo, adeóque ad quadraginta ſi eluſcatus homo non fuiſſet. Sẽſus ergo Marcelli & Vlpiani eſt, inſpiciẽdum eſſe tempus moræ, vt ſciatur qualis ſeruus æſtimari debeat, vt nimirum æſtimetur integer, non autem eluſcatus, ſed non vt ſciatur qualiter & quanti æſtimari debeat, ſemper enim lis æſtimanda eſt inſpecto tempore condemnationis, aut mortis, ſed integri hominis, non eluſcati, quæ porrò integri hominis æſtimatio nõ poſſet fieri, niſi reduceretur ad tempus moræ quo erat ſeruus integer. Itaque coniungendum eſt tempus moræ cum tempore condemnationis vel mortis, non vt lis æſtimetur vtro tempore res pluris fuerit, quomodo in bonæ fidei contractu contingeret *d. l. 3. §. vlt. de act. empt.* ſed vt æſtimetur homo quanti eſt tempore cõdemnationis, nulla habita ratione vilitatis quæ per deteriorationem poſt moram ſuperuenit, ſed perinde ac ſi poſt moram deterioratus nõ eſſet. Planè non aucto ſeruorum precio, atque ita quod neceſſario conſequens eſt, imminuta ſerui debiti propter deteriorationem poſt moram æſtimatione, tempus moræ præciſè ſpectandum erit. Et ita commodè intelligi hic verſic. poterit, ſi ad hunc caſum reſtringatur quo nulla mutatio ſuperuenerit in precio communi ſeruorum, ſed tantùm in æſtimatione ſerui debiti. Eſt enim ille caſus paullo alienior

& ra-

Digitized by Google

& rarior quo ſeruorum omnium precium auctum ſit vel imminutum, nec facilè mutandi ſunt termini. Quòd ſi poſt moram & ante litem conteſtatam debitus homo eſſet mortuus, tum verò æſtimandus eſſet, non quanti fuiſſet tempore moræ aut mortis, ſed quanti tunc cùm peteretur, & conſequẽter per actoris iuſiurandum in litem, cùm aliter non poſſit iudex rem quæ non extat; ſed tamen pro extante adhuc habetur ex præſenti tempore æſtimare, vt ſuprà diximus ex *d.l. in actionibus 5. verſ. planè ſupr. de in lit. iur.* Atque hæc quidem germana mihi videtur huius legis interpretatio. Ratio igitur dubitãdi ſpecialior illa eſt ad hunc verſiculum, quòd in actionibus ſtrictis qualis eſt condictio triticaria; vt & alia quælibet, non ſolet haberi ratio moræ, ſed tantùm in contractibus & iudiciis bonæ fidei *l. mora 32. §. in bona fidei l. videamus 38. § pen. l. & in contraria 36. infr. de vſur. l. 3 C. de in integr. reſt. minor.* Sed decidẽdi illa fortior quod in iudiciis ſtrictis, licet non habeatur ratio moræ ad augendam obligationem, habetur tamen ad eam perpetuandã ſiue debita res poſt morã in totũ perierit, ſiue deterior facta ſit, vt docuimus.

4. CAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

SI merx aliqua, quæ certo die dari debebat, petita ſit: veluti vinum, oleum, frumentum: tanti litem æſtimandam Caſſius ait, quãti fuiſſet eo die, quo dari debuit. ſi de die nihil conuenit: quanti tunc, cùm iudicium acciperetur. idémque iuris in loco eſſe: vt primùm æſtimatio ſumatur eius loci quo dari debuit: ſi de loco nihil conuenit, is locus ſpectaretur, quo peteretur. Quod & de cæteris rebus iuris eſt.

*Ad l. vlt. Si merx aliqua.*

Huius legis interpretatio non alia à nobis expectãda eſt, quàm quæ ex iis colligi poteſt, quæ ad legem proximam ſcripſimus, & ad *l. vinum 22. ſupr. de reb. credit.* vbi ex Sabino eadem omnino ſententia proponitur, quæ hîc ex Caſſio. Fuerunt enim Sabinus & Caſſius eiuſdẽ ſcholæ authores, earundémq; opinionum ſectatores, vnde alij prudentes Sabiniani & Caſſiani dicti, ad differentiam Proculianorũ, qui licet non ſemper, plerunque tamen contra Sabinum & Caſſium ſentiebãt. Itaque mirum eſt Accurſiũ opponere hanc legem quaſi contrariam *dictæ legi vinum*, cuius tamen non modò idem ſenſus eſt, ſed eadem quoque propemodum verba, niſi quod in *d. l. vinum* ſcribitur, ſi de die quo vinum præſtari debuerit, nihil conuenerit, tanti æſtimandum eſſe quanti tunc fuit cùm petitum eſt. Quod Accurſius eo loco intelligit, etiam extra iudicium, dummodo congruo loco & tempore. Hîc verò Caius ſcribit tanti æſtimandam eo caſu litem quanti tunc merx fuit, cùm iudicium acciperetur. Sed non ſunt hæc cõtraria. Petitum enim id demum dicitur quod per litis conteſtationem petitum eſt, vt ſæpius diximus, quia is qui controuerſiam aut minatur aut mouet, necdum tamen litem conteſtatur, non tam petit quàm petere vult, inquit *l. amplius non peti 15. rat. rem haber. iunct. l. ſed ſi 25. § ſi ante ſupr. de petit. hered.* Quod Accurſius in ſua illa interpretatione non benè obſeruauit. Præcipua huius legis difficultas in eo eſt; quod pugnare videtur cum *l. prox. ſup.* Illa enim vult in condictione triticaria ſpectari eam æſtimationẽ, quæ ſit tempore condemnationis, hæc verò eam, quæ tempore accepti iudicij, & litis conteſtatæ. Et pugnaret ſanè ſi hæc quoque lex vt ſuperior de cõdictione triticaria intelligeretur, neque conciliationis ratio vlla ſatis commoda iniri meo iudicio poſſet. Nam quod vulgò putant, legem ſuperiorem loqui de ſpecie debita, hanc verò de merce, verũ quidem eſt, ſed tamen etiam de ſpecie hæc lex loquitur in poſtremis illis verbis, *Quod & de cæteris reb. iuris eſt*, quæ ſcilicet in ſpecie non in genere, vt merces conſiſtunt. Neq; rurſus differentiæ rationẽ vllam probabilẽ adferre poſſunt, qui hac parte ſpeciẽ à merce diſtinguunt. Etſi enim ſpecies perire poteſt, & perit facile, non etiam merx, vt nec aliud quicquam eorũ quæ recipiunt functionem in ſuo genere, quoties per modum generis debentur *vulg. l. incendium 11. C. ſi cert. pet. l. in ratione 30. § incerta inf. ad l. Falcid.* cũ tamen ſpecies extat, nec aut perempta aut deterior poſt morã facta eſt, quid impedit quominus æſtimetur inſpecto tẽpore litis cõteſtatæ, ſicuti merx, aut merx quoq; inſpecto tempore rei iudicandæ vt ſpecies? *l. 3. § in hac infr. Commod. l. hominem 37 infr mandat.* quæ & de homine loquitur, & de condictione certi ex ſtipulatione, vt & *lex fundum Cornelianum 28. infr. de nouat.* de fundo debito ex ſtipulatione. Negandum igitur eſt loqui hanc legẽ de condictione triticaria, quamuis ſub hoc tit. poſita ſit, ſed potius de condictione certi, de qua & in *d. l. vinum d. l. hominem & d. l. fundum.* Nã nec triticaria locũ habere vnquam poteſt, ſi res debita fuit, ſoluenda certo die, quia eius temporis æſtimatio hoc caſu præſtanda eſt præcisè, nec quicquã prodeſſet agere triticaria, vt condemnationis tempus ſpectaretur *d. l. vinum & hac lege & d. l. hominem iunct. l. quoties 59 & ſeq. infr. de verbor. oblig.* nec de qualibet condictione certi, ſed de ea quæ ex mutuo, non de ea quæ ex ſtipulatione. Quæ tamen omnia quam rationem habeant, quia pluribus explicauimus in *error. 4. & 7. decad. 84. de error. pragmat.* nec malè, vt nobis videtur, & longiore tractatu indigent, conſulto hîc prætermittimus, vt te, mi Lector, ad perlegendã, probandámq; Chiliadem noſtrã, præſertim verò vltimam illam partem, inuitemus. Quod ſi rationes dubitãdi & decidẽdi ſpecialiores ad hãc quoq; legem quæris, eas vide quas attulimus ad *d. l. vinum*, cuius cum eadem ſententia ſit, quæ huius legis, vt diximus, non alias proculdubio admittere poteſt ſiue dubitandi, ſiue decidendi rationes.

# DE EO QVOD CERTO LOCO DARI OPORTET.

## TIT. IIII.

CAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

ALio loco, quàm in quem ſibi dari quiſque ſtipulatus eſſet, non videbatur agendi facultatem competere. ſed quia iniquum erat, ſi promiſſor ad eum locum, in quem daturum ſe promiſiſſet, nunquam accederet, quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis neceſſariò diſtringeretur, non poſſe ſtipulatorem ad ſuum peruenire: ideo viſum eſt, vtilem actionem in eam rem comparare.

*Ad l. Alio loco 1.*

EXplicito condictionum omnium tractatu difficillimo certè ac obſcuriſſimo, ſuccedit *tit. de eo quod cert. loc. dar. oportet.* non minùs difficilis, & perplexus quàm ſuperiores, in quo agitur de actione vtili & arbitraria, quę nec aliud quàm huius tituli nomen habet *de eo quod cert. loc.* Videtur autẽ huic titulo hîc ſubiungendo cauſam dediſſe quod ſcriptum eſt in *l. vlt. tit. praced.* de ineunda per condictionem certi æſtimatione rei, quæ certa die aut certo loco ſolui debuit, ſi aut nõ ſua die ſoluta ſit, aut non ſuo loco, de eo quod certa die dari debuit, nec datum eſt, titulum nullum Prætor propoſuit, nec actionem vllam vtilem & arbitrariam, quia quod Calendis Ianuariis præteritis dari debuit, ſi datum non ſit, multo magis dari debet Ianuariis ſequentibus, quia ſaltem hodie dandum eſt, quod iam olim dari oportuit *l. ſi ſterilis 21. §. cùm per venditorem in fin. infr. de action. empt.* Itaque ſufficit in eam rem directa actio ex ſtipulatione, vt quocunque tempore peti poſſit, adeò vt nec priùs naſcatur actio & condictio certi ex ſtipulatione, quàm totum tempus præterierit, quod ſtipulatione comprehenſum erat *l. qui hoc anno 42. l. liber homo 118. §. decem l. continuus 137. §. cùm ita de verb. oblig.* Plus enim tempore actor peteret, ſi ante totum illud tempus præteritum peteret, quod liberum eſt debitori ad ſoluendum *l. quod certa 70. de ſolut. l. ſtipulatio iſta 38. §. inter incertam de verb. oblig.* At loci alia ratio eſt, nec enim locus vnus in alio cõtinetur, ac proinde quod certo loco ſolui promiſſum eſt, in alio peti non poteſt directa actione. Ob eámque cauſam fuit neceſſe proponi à Prætore actionem hanc vtilem & arbitrariam, *de eo quod cert. loc.* per quam permittitur ſtipulatori etiam alio loco petere, ſed æſtimata tamen vtilitate loci, in quo fieri ſolutio debuit ex parte tam actoris quàm rei *leg. 2. §. nunc de officio infr. hoc tit.* RAT. DVB. Contractus omnes ex conuentione legem accipiunt *l. 1. §. ſi conuenerit infr. depoſit.* præſertim verò ſtipulationes conuentionales, quæ inde nomen acceperunt *leg. 5. l. in conuentionalibus 52. infr. de verb. oblig.* & quæ adeò pẽdent ex verbis, vt quicquid ſtipulatione comprehẽſum eſt, id fieri oporteat, quicquid autem omiſſum eſt, pro omiſſo haberi *l. quicquid adſtringenda 99. eod. tit.* Atqui ponimus ſtipulationem ita conceptam eſſe *Capua centum dari.* Ergo fieri nequit, vt alibi quàm Capuæ ea centum petantur, alioqui ageretur ex ſtipulatione non tantùm præter, ſed etiam contra verba ſtipulationis. Nec enim locus minùs quàm dies in ſtipulatione adiectus facit partem ſtipulationis *l. 1. §. editiones ſupr. de edend.* quaſi ſtipulator eligendo vnum locum videatur aliis renunciare *arg. l. vlt. C. de pact. conuent.* Indéque eſt quod qui certo loco dare promiſit, eam æſtimationem debet, quæ in eo loco fuit, vbi ſolutio fieri debuit *l. vlt. ſupr. tit. prox. l. vinum 22. ſupr. de reb. credit.* Nam & contraxiſſe quiſque intelligitur in eo loco, in quo vt ſolueret ſe obligauit *l. 3. infr. de reb. author. iudic. poſſid. l. contraxiſſe 21. de oblig. & act. l. omnem 21. ſupr. de iudic.* DAE. Nunquam debet eſſe in poteſtate debitoris an debeat, aut an ſoluat *l. 2. §. Scæuola infr. l. ſub hac condicione 8. inf. de oblig. & action.* Eſt enim obligatio iuris vinculum, quo neceſſitate adſtringimur alicuius rei ſoluendæ, ſecundùm ciuitatis noſtræ iura, vt Iuſtinianus diffinit in Inſtit. *tit. de oblig. & act.* vt proinde vbi neceſſitas illa non eſt, nec obligatio eſſe aliqua videri poſſit *l. ſtipulatio 17. infr. de verb. oblig.* Atqui eſſet in poteſtate & arbitrio promiſſoris, qui certo loco dare promiſiſſet, vt nunquam ſolueret, nec vllibi gentium conueniri poſſet. Quid enim ſi ad eum locum in quem daturum ſe promiſiſſet, nunquam accederet, ſiue data opera & dolo malo id faceret, ſiue quia aliis locis neceſſariò diſtringeretur? An non eſſet iniquum etiam ceſſante dolo promiſſoris, adeóque nulla ipſius culpa interueniente, puta ſi vrgente quo alio creditore in carceres detruſus ſit, nullam miſero creditori ſupereſſe rationem debiti ſui conſequẽdi? Nec enim vnquam talis interpretatio fieri debet ſtipulationis, vt inutilis fiat ſtipulatio *l. Titia 134. §. 1. de verb. oblig. l. ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogonus verſ. planè eod.* Bene igitur Prætori viſum eſt ſi actione directa prorſus deficiẽte vtilem in eam rem compararet, vt quocunque loco conueniri per arbitrariam poſſet is qui certo loco dare promiſiſſet, nec vtrobique tantùm, id eſt, in loco vel domicilij, vel ſolutionis, vt malè Accurſius hîc notat, ſed vbique *leg. ſi duo*

16. §. 1.

*36.§.1.infr.tit.prox.* perinde atque is qui nullo certo loco debet, de quo in *l.eum qui 43.ſupr.de iudic. leg qui loco certo 27 ſupr.de cond.indeb.* quamuis ille qui certo loco dare promiſit, alibi ſoluere inuito ſtipulatore non poſſit *l.pen.* vbi dicemus *infr.* Hæc autem actio cur dicatur vtilis, non eſt difficile intelligere, cũ detur ex ſola æquitate, vt & cæteræ omnes vtiles & præter, contráq; verba ſtipulationis, ex quibus tãtùm poteſt directa competere. Sed cur arbitraria dicatur per emphaſim & antonomaſticè, ita vt arbitrariam ſimpliciter cũ dicunt Iureconſulti, hanc intelligant, difficilius eſt dicere, cùm nec ei conueniat diffinitio arbitrariarum actionum, quam tradit Iuſtin. *in §.præterea Inſtit.de act.* 10 quibus, inquit, niſi pareant arbitrio iudicis, condẽnatio fieri ex bono & æquo debeat. Certũ enim eſt in actione iſta nullum præcedere arbitrium de re reſtituenda, quod in cęteris arbitrariis omnino præcedere neceſſe eſt, vt ſequi poſſit condemnatio, ſed recta perueniri ad condemnationẽ nec duas hîc ferri ſententias, vnam quæ arbitrio cauſam præbeat, aliam verò quę condemnationem vel abſolutionẽ contineat, quomodo in cæteris actionibus arbitrariis contingit *leg qui reſtituere 68.ſupr.de rei vind.* Vnde fit, vt in hac actione de eo quod certo loco ſemper reus condemnãdus ſit, ad ſolutionem in eo loco, in quo cõuenitur, faciendã, non tantùm ſi per eum ſteterit, quominus deſtinato loco facta ſolutio ſit, ſed etiamſi per actorem (quamuis in minorem quantitatem condemnãdus ſit hoc caſu detracto ſcilicet eo quod ipſius intereſt, ſoluere potius ſuo loco) abſoluendus verò nunquam, niſi in caſu *l.4.§.1.hoc tit.* vt pluribus docuimus *decad.90.& 91.de error.pragmat.* maximè verò in *Error.3 & 4.* & dicemus ad *d.l.4.§.1* Sed dicendũ eſt quod nos etiam explicauimus in *Error.1. & 4.dicta decadis 91.* dici hanc actionem arbitrariam, quòd in ea fiat ſemper condemnatio arbitrio iudicis *l.2.§ vlt.l.3.l.centum 8.infr.* non item in cæteris arbitrariis: in quib. ſcilicet arbitriũ iudicis nullum eſt circa faciẽdam condemnationẽ, ſed tantũ circa rei reſtitutionem imperandam. Fit enim in iis & fertur arbitrium ex bono quidem & æquo *d.§.præterea*, ſed tamen cõdemnatio ſecundũ eam formam, quæ vel edicto prætoris cõſtituta eſt, vt in actionibus, quod metus cauſa, de dolo & aliis pleriſque ſimilibus, vel ex ipſis legibus, vel deniq; authoritate prudentum: vt ex ſingularũ exẽplis in Chiliade à nobis demonſtratum eſt, ita vt ſi æquitatis alicuius prætextu aliã condemnationem facere iudex vellet quàm quæ ſingulis actionib. præſcripta eſt, non eſſet ei permittendum. Habet autem locũ hæc actio ex ſtipulatione, & ex ea naſcitur, vt conſtat ex hac lege, & apertius ſcriptum eſt in *l.prox.§.1.infr.* vt intelligamus nõ æquè naſci eam ex aliis contractibus, nõ ſolum qui ſint bonæ fidei in quibus ſola poteſtas formulæ in hanc rem poteſt ſufficere, ob verba illa *ex bona fide*, quæ in dictandis à prætore bonæ fidei actionibus nũquam prætermittebatur *l.in bonæ fidei 7.infr.iunct.§.in bonæ fidei Inſtit.de act.* ſed etiamſi ſtricti iuris ſint, puta ex mutuo; quia condictio ex mutuo cùm naſcatur ex numeratione, poteſt exerceri quolibet locó etiam directa, quamuis conuenerit vt certo loco ſoluatur, cũ non obligationis, ſed ſolutionis tãtùm cauſa poſſit locus adiici in cõtractu mutui, vt dicemus ad *l.aut mutua 6.infr hoc tit.* Quod & in cæteris omnib. contractibus excepta ſtipulatione iuris eſt. Porrò ne quidẽ ex ſtipulatione naſcitur arbitraria, niſi cùm locus ſtipulationi inſertus eſt obligationis tantũ cauſa, vt ſi promiſſum ſit *Capuæ centum dari, hac leg & d.l.prox §.1.inf.* Nam ſi ſolutioni tantùm adiectus ſit, poteſt actio directa ſufficere. Verùm de his omnib. vide quæ ſcripſi latius *dict.decad.90.& 91.* vbi & refutata videbis ferè omnia, quę Accurſius, Bartolus; & alij circa hunc tractatum peccauerunt.

2. VLPIANVS libro 27.ad Edictum.

ARbitraria actio vtriuſque vtilitatem continet, tam actoris, quàm rei. quòd ſi rei intereſt, minoris fit pecuniæ condemnatio, quàm intentatum eſt. at ſi actoris, maioris pecuniæ fiat.

*Ad l.2.Arbitraria.*

RAT. DVX. Hæc actio cùm ſit arbitraria & vtilis, nullã poteſt parere cõdemnationẽ niſi ex æquitate *l.4.§.1.infr.* Atqui æquitas non patitur, vt in eodem caſu vtilitatis vtriuſque litigatoris ratio habeatur, id eſt, & actoris & rei. Nam vel alteruter tãtùm in mora eſt, vel vterque, vel neuter: ſi alteruter tantùm, æquitas dictat vt habẽda ſit ratio vtilitatis aduerſarij, cui nihil imputari poteſt, quiſquis ille ſit, ſiue actor ſiue reus, non etiam illius, cui aliquid imputari poteſt, ex regula *l.quod quis 203.de reg.iur.* ſi verò vterque in culpa ſit vel in mora, neutrius vtilitas æſtimanda eſt, ſed vtriuſque culpa compenſanda vt in *l.ſi ambo 10.infr.de compenſat.l.viro 39.ſolut.matr.* aut potiùs vtilitas eius negligenda eſt, qui poſteriorem morã contraxit, ſemper enim poſterior mora nocet, & purgat priorem *l.qui decem 72.in princ.& §.1.infr.de ſolut.l.ſi ſeruum 91.§.ſequitur de verb.oblig.l.illud pen.infr.de peric.& commod.rei vendit.* Quòd ſi neuter in mora nec in culpa fuit, æquum eſt ſolius rei vtilitatem ſpectari non etiam actoris. Etſi enim actio hæc actoris potiſſimum gratia comparata eſt, ne alioqui iacturam debiti ſui facilè incurreret, ſi alibi quàm in loco ſolutioni deſtinato conuenire debitorem ſuum non poſſet, cùm tamen ex æquitate non minus quàm ex neceſſitate comparata ſit, eam ſecum legem & condicionem trahit, vt indemnitati rei conſuli oporteat, cui certè alioqui fiat iniuria, ſi in alio loco, quàm qui ſolutioni deſtinatus eſt, conueniatur: nam nec congrua eſſet interpellatio ad conſtituendum debitorem in mora, tanquam quæ non congruo loco facta eſſet *leg.mora 32.infr.de vſur.l.qui Romæ 122.in princip.de verb.oblig.* Qua fortaſſis ratione motus Accurſius ſcripſit ad hũc locum, ſemper habendam eſſe rationem vtilitatis rei, actoris verò nõ aliter quàm ſi imputari aliquid reo poſſit. Sed malè: nam ſicuti verum eſt, non aliter æſtimandam eſſe vtilitatem actoris, quàm ſi reo aliquid imputari poſſit, ſcilicet quòd in loco ſolutioni deſtinato non ſoluerit, cùm poſſet, nec ad eum acceſſerit locum, in quo & conueniri potuiſſet, & ſoluere debuiſſet: ita falſum eſt habendam eſſe rationem vtilitatis rei, quoties ei imputari aliquid poteſt: quemadmodum vix etiam eſt, vt reo proſpiciatur, quin actori imputari aliquid poſſit, vel ob hoc ipſum quòd alio loco debitorem cõueniat, quàm in quem dari ſtipulatus fuerat, niſi cùm id facit ex neceſſitate, quòd aliter ad ſuum peruenire non poſſit, vt loquitur Caius in *l.prox.præced.* Ergo fieri nequit, vt in

hac arbitraria actione vtriuſque litigatoris vtilitas æſtimetur, vt Ioannes putabat, quem Accurſius refert & probat. Dec. Vtriuſque vtilitatem dixit hîc Vlpianus, pro *alterutrius*. Et ita hîc locus intelligi omnino debet, vt conſtat ex *l. centum Capua* 8. *infr.* & *ex l. vnic. C. hoc tit. vbi conuen. qui cert. loc. dar. promiſ.* vt nimirum aliquando actoris ſolius vtilitatem inſpici oporteat, aliquādo ſolius rei, nunquā verò vtriuſque. Illud enim potiſſimum ſpectare, & ante oculoa habere debet iudex, qui huic actioni addictus eſt, per quem factum ſit, vt alio loco agatur, quàm vbi ſolutio fieri debuit, an per actorem, an per reum: vt actoris vtilitas æſtimetur ſi per reum ſteterit, aut rei ſi per actorem, nunquam vtriuſque ſimul. In eóque Ioannes ſanè errauit, tametſi Accurſius & Bar. eum ſequantur. Effectus autem huius iuris ille eſt, quòd ſi rei intereſt, minoris pecuniæ ſit condēnatio quā intentatū eſt, ſi verò actoris, in maiorē quantitatem fieri debet condemnatio, & æſtimata vtroque caſu omni vtilitate loci quam actor vel reus amittit, ob id quòd alio loco agatur, nō adhibita diſtinctione, quam Accurſius hîc adhibet, an interſit ratione rei, au ratione perſonæ, vt in exemplo quod adfert de reſtitutione in integrū: ſufficit. n. quoquomodo intereſſe ratione loci, & ita benè hîc Barr. contra Accurſium. Ita fit vt per arbitrariā iſtā actionē petatur quidem ea præcisè quantitas quæ debetur, ſed nunquā cōdemnetur reus ad eā præcisè quantitatē quę petitur. Quod & in cęteris arbitrariis iuris eſt, ſed diuerſum in eo, quod in cæteris ſēper in plus cōdemnatur reus, quia ſēper in culpa & mora eſt ꝙ iudicis arbitrio parēre noluerit *leg. qui reſtituere 68. ſupr. de rei vindic. l. vl. infr. de fideiuſ.* nūquā tn minus, quia nūquā actor in culpa eſt. lūge §. *vlt. infr.* & quę ibi dicemus.

1 ¶ Hæc autem actio ex illa ſtipulatione venit, vbi ſtipulatus ſum à te, *Epheſi decem dari.*

*Ad §. 1. Hæc autem actio.*

Rat. dvb. Actio arbitraria naſcitur etiam ex mutuo *l. aut ſi mutua 6. infr. hoc tit.* & ex teſtamento *l. ſi heres 5. eod.* & ex conſtituto *leg. ſi duo 16. §. 1. infr. tit. prox.* Ergo non tantùm ex ſtipulatione, ſed etiam ex cæteris actionibus ſtricti iuris. Nam de actione ex teſtamento, nemo dubitat, quin ſit ſtricta *l. aliàs 6. ſupr. de in lit. iur.* quamuis quod ad fructus & vſuras pertinet, imitetur naturam actionum bonæ fidei *l. in minorum 3. C. de in integr. reſtit. minor.* Atque ita vulgò interpretes omnes ſentiunt, actiones arbitrarias fieri ex ſtrictis, nullámque eſſe actionem ſtrictam, quę non adiectione loci poſſit fieri arbitraria. Dec. ſtipulatio ſola admittit, vt locus inſeratur ſtipulationi, non tantùm ſolutionis, ſed etiā obligationis cauſa, ſi excipias actionem ex teſtamento, cùm heres legatum vel fideicōmiſſum certo loco dare iuſſus eſt *d. l. ſi heres*, vbi dicemus *infr.* Nam condictio certi, cæteræque condictiones omnes, quæ ſunt ſtricti iuris omnes, non ita loci adiectionem admittunt niſi ſolutionis cauſa, ideóque nec per adiectionem loci fiunt arbitrariæ, ſed facit tantùm adiectio loci, vt æſtimationem rei debitæ & petitæ fieri oporteat, inſpecto quanti res fuit tempore litis conteſtatæ in eo loco in quo fieri ſolutio debuit *l. vinum 22. ſupr. de reb. credit. l. vlt. ſupr. tit. prox.* Obligationes enim omnes ex quibus proficiſcuntur condictiones omnes, naſcuntur ex re aliqua, & ex negotio, non ex verbis, excepta condictione certi ex ſtipulatione, & condictione incerti ex ſtipulatu, quæ naſcuntur ex verbis & obligatione verborum *tit. de verbor. oblig. Inſtit. in princip.* Quare neque ex omni ſtipulatione venit actio arbitraria, ſed ex illa tantùm in qua locus adiectus fuit obligationis gratia, quam Vlpian. exprimit illis verbis *Capuæ centum dari*. Quibus verbis nemo non videt locum Capuæ ita eſſe inſertum obligationi, vt nec intellectu concipi poſſit huius ſtipulationis ſubſtantia ſine loco, aliter quàm ſi concepta ſic eſſet ſtipulatio *Centum dari ſoluenda Capuæ*. Eo namque caſu fatendum eſſet non fuiſſe adiectum locum ad ſubſtātiam obligationis, ſed tantùm ad effectum ſolutionis, vt in *l. heres abſens 19. §. vlt. ſupr. de iudic. l. quæro 100. infr. de ſolut. l. qui Romæ 122. in pr. de verb. oblig.* quod longè diuerſum eſt, *l. cum quis ita 56. §. qui ſibi verſ. quòd ſi ſoli infr. de verbor. oblig. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. quæſitum de ſolut.* ac proinde nulla hoc caſu ſubeſt neceſſitas aut vtilitas inducendæ actionis arbitrariæ, cū poſſit ſtipulator agere directa actione ex ſtipulatione contra promiſſorem, aut in loco domicilij, etiamſi debitor non ibi inueniatur, aut in loco ſolutioni deſtinato ſi ibi inueniatur, ita vt alterutrubi defendere ſe omnino debeat, aut ni id faciat, cogatur pati vēditionem bonorum *d. l. heres abſens §. vltim. l. 1. 2. & 3. infr. de reb. author. iudic. poſſid.* At per arbitrariam conueniri nullo loco poteſt debitor, niſi in quo inueniatur, ne quidem in loco domicilij, quoniam directa actio, quæ ex ſtipulatione competit, vt agatur Capuæ, omnem alium locum excludit præter eum in quem collata ſtipulatio eſt, nec minus locum domicilij, quam loca cætera. Nam & quamuis ſtipulator qui centum Capuæ ſibi dari ſtipulatus eſt, directam actionem habeat, non arbitrariam ad conueniendū promiſſorem Capuæ *l. 1. ſupr.* perinde tamen requiritur vt inueniat eum Capuæ atq; ſi ageret arbitraria: alioqui nulla eſſet neceſſitas inducendę arbitrariæ, tametſi nunquā debitor accederet ad eum locū in quem collata ſtipulatio fuiſſet, quod tamen euidenter falſum eſt *d. l. 1. ſupr.* Cæterùm non eſt exiſtimandum actiones arbitrarias eſſe ſui natura ſtrictas, vt vulgò interpretes exiſtimant: tertiā enim ſpeciem actionum conſtituunt, tam à ſtrictis quam à bonæ fidei actionibus differentem *§. præterea Inſt. de action. l. 3. §. in his infr. de vſur.* ſed maximè à ſtrictis, in quibus nulla vnquam bonæ fidei aut æquitatis ratio habetur, cuius tamen ratio ſemper habenda eſt in arbitrariis *d. §. præterea*, maximè verò in hac de eo quod certo loco, in qua potiſſimum æquitatem ob oculos habere ſemper iudex debet *l. 4. in fin. infr.* Fateor naſci hanc ex ſtipulatione, quæ ſui natura ſtricta eſt *l. quicquid adſtringendæ 99. de verb. oblig.* & adiectione loci ad ſubſtantiam obligationis fieri hanc actionem ex ſtricta arbitrariam, vt ſcriptum eſt in hoc §. *& l. prox. ſupr.* Sed nego perinde ſtrictas cæteras per adiectionem loci poſſe ſemper fieri arbitrarias *d. l. vlt. ſupr. tit. prox. l. vinum 22. ſupr. de reb. credit.* Nego itē cæteras arbitrarias puta vindicationem directam, aut Publicianam, aut hypothecariam, aliáſque ſimiles naſci ex actionib. ſtrictis, aut habere quicquam ſimile aut commune cum ſtrictis, ſunt enim omnes ſui natura & ab initio arbitrariæ, nunquam ſtrictæ, vt pluribus docuimus in poſtrema parte *Chiliadis noſtræ de error. pragmat.*

2 ¶ Si

2 ¶ Si quis Epheſi decem, aut Capuæ hominem dari ſtipulatus, experiatur: non debet detracto altero loco experiri: ne auferat loci vtilitatem reo. Scæuola libro quintodecimo quæſtionum ait, Non vtique ea, quæ tacitè inſunt ſtipulationibus, ſemper in rei eſſe poteſtate. ſed quid debeat eſſe in eius arbitrio: an debeat, non eſſe. Et ideo cum quis Stichum aut Pamphilum promittit, eligere poſſe quem ſoluat, quamdiu ambo viuunt: cæterùm vbi alter deceſſit, extingui eius electionem, ne ſit arbitrio eius, an debeat, dum non vult viuum præſtare, quem ſolum debet. Quare & in propoſito eum, qui promiſit Epheſi aut Capuæ: ſi fuerit in ipſius arbitrio, vbi ab eo petatur: conueniri non potuiſſe: ſemper enim alium locum electurum. ſic euenire, vt ſit in ipſius arbitrio, an debeat. quare putat poſſe ab eo peti altero loco & ſine loci adiectione. damus igitur actori electionem petitionis. Et generaliter definit Scæuola petitorem electionem habere, vbi petat: reum, vbi ſoluat: ſcilicet ante petitionem. Proinde mixta (inquit) rerum alternatio, locorum alternationi, ex neceſſitate facit actoris electionem & in re propter locum: alioquin tollis ei actionem, dum vis reſeruare reo optionem.

*Ad §. 2. Si quis Epheſi.*

Præfandum neceſſariò eſt, interpretes noſtros malè hunc §. ſic intelligere, quaſi ſeparandus ſit à *verſic. Scæuola*, & quaſi alia lex illa ſit, quam inchoant ab illis verbis *non vtique*, & illa Scæuolæ, cùm hæc ſit Vlpiani. Sunt enim etiam ſequentia Vlpiani nunc Scæuolam, nunc Iulianum, nunc etiam Marcellum referentis. Loquitur nimirum de Scæuola, ſicut de Iuliano & Marcello in tertia perſona. Et verba illa *non vtique ea quæ tacitè ſtipulationibus inſunt* regi à præcedentibus illis *Scæuola libro quintodecimo quæſtionum ait* oſtendunt ſequentia *ſemper in Rei eſſe poteſtate*. Scribendum enim erat *ſunt* non *eſſe* ſi Scæuolæ ſcribentis non Vlpiani referentis verba eſſent: & verò hanc ipſam ſpeciem quæ proponitur in hoc §. de eo qui Epheſi decem, aut Capuæ hominem dari promiſit, eandémque quæſtionem, an in vno ex his locis detracto altero experiri poſſit, Vlpianum proſequi in ſequentibus conſtat euidentiſſimè ex *verſicul. Quare & in propoſito* vbi poſt intermixtum aliud exemplum de eo qui duas res in vno eodémque loco alternatiuè debuit, redit Vlpianus ad quæſtionem propoſitam initio huius §. & contrà quàm hic ſcriptum ſit, concludit ex Scæuola poſſe ſtipulatorem in alterutro loco ſine alterius loci adiectione petere, quod in illo loco ſolui promiſſum fuerat. Interpretes fefellit non ſolùm quòd Scæuolæ dictum pro noua lege, quæ Scæuolæ non Vlpiani eſſet, vt diximus, acceperunt, ſed etiam quòd Scæuolæ ſententiam corruptè legerunt. Nam cùm in Pandectis Florentinis ſcriptum ſit, & benè, *an debeat, non eſſe. Et ideò cùm quis Stichum.* Sic enim legendum eſt repetita littera *s* in dictione *qui* ex ſequenti littera S maiuſcula quæ eſt in verb. *Stichum* more perpetuo & familiari librario Florentino. Quem morem Antonio Auguſtino notiſſimum, hîc tamen non fuiſſe ab eo obſeruatum miror. Is enim *libr. 1. Emendat. cap. 9.* textum hunc quaſi mendoſum ſic emendat, vt pro *cum* legat *eum*. Habet ſiquidem hæc lectio *eum qui* bonum ſenſum quem non habet illa *cùm qui Stichum* niſi nobiſcum legas *cùm quis Stichum* quo nihil verius, neque expeditius. Vulgaris verò interpres quidam dictionem illam *eum* nullius ſenſus eſſe videns putauit mancam & imperfectam eſſe vocem, maluitque reponere *locum*. Sic enim habet volgata lectio quam Accurſius ſecutus eſt & poſt eum cæteri *ſed quid debeat eſſe in eius arbitrio, an debeat non eſſe, & ideo locum*. Et quod ſequitur *Qui Stichum & Pamphilum promittit*, habent pro §. ſeparato, diuerſoque à ſententia præcedente. Quæ omnia perridicula certè ſunt & abſurda. Quem enim ſenſum habere obſecro poteſt illa locutio, *& ideo locum*. An non prorſus mancum & imperfectum? Niſi cum Accurſio ſuppleas lineam integram hoc modo *ſcilicet dicimus in eius arbitrio non eſſe ſemper*. Quo ſenſu debuerat ſiue Scæuola ſiue Vlpianus ſcribere *& ideo nec locum*, non affirmatiuè, quomodo ſcriptum volunt, *& ideò locum*. Quàm meliùs ſecundum lectionem noſtram, nulla etiam facta emendatione, cum librario Florentino ſic legimus, *Et ideo cùm quis Stichum aut Pamphilum promittit, eligere poſſe quem ſoluat quandiu ambo viuunt, cæterùm vbi alter deceſſit extingui electionem, ne ſit in eius arbitrio an debeat, dum non vult viuum præſtare quem ſolum debet*. An non enim eſt optima illatio ex eo, quod immediatè Vlpianus ex Scæuola ſcripſerat, poſſe in arbitrio debitoris eſſe quid debeat, ſed an debeat non eſſe? Potuitne aliud accommodatius exemplum adferri vllum? Sed omnium optimè quadrat quod ſequitur, *quare & in propoſito*, quæ verba rurſum malè interpretari Accurſius cogitur, vt error ex errore ſolet fluere, quaſi Vlpianus ſcripſerit aut Scæuola *in propoſito caſu obſcurè*, inquit, *propoſito à Scæuola in verbis, & ideò locum non eſſe*, qua interpretatione imponit primùm Scæuolæ, qui non ita ſcripſit ſi vulgatam lectionem ſequare, ſed ſimpliciter *& ideo locum*. Neque rurſus verum eſt etiam admiſſa interpretatione Accurſij caſum vllum proponi iis verbis *& ideo locum dicimus in eius arbitrio non eſſe*. Theſis enim illa generalis eſt, non ſpecialis hypotheſis. Et caſum adhuc quærimus in quo poſſit & debeat dici locum non eſſe in arbitrio promiſſoris, cùm ſub alternatione locorum aliquis



Digitized by Google

promiſit. Eum verò ipſum caſum quem nos fruſtrà quærimus, idem Vlpianus an non apertè exprimit, cùm addit *eum qui promiſit Epheſi aut Capua*? Vbinam verò caſum illum propoſuerat niſi in principio huius §? Ergo ab his verbis *ſi quis Epheſi* vſque ad §. *ſi quis ita*, vnus idémque §. eſt, & continuata tractatio de eo qui Epheſi decem aut Capuæ hominem promiſit, an poſſit Epheſi decem petere detracto altero loco Capuæ, nullâque mentione facta hominis qui alternatiuè Capuæ dari debuit. Nam hunc ipſum caſum tractari & repeti in *d. verſic. Quare & in propoſito*, licèt nulla hîc neque pecuniæ neque hominis mentio fiat, probatur etiam ex *verſic. proinde*, vbi ponit Vlpianus eum ſe caſum tractare, in quo mixta ſit alternatio rerum alternationi locorum. Non enim mixta eſſet in hoc exemplo *Epheſi aut Capua decem* ſed in illo dic quo in hoc §. *Epheſi decem aut Capua hominem*. Et verò mixta hæc alternatio eſt rerum & locorum quæ ex neceſſitate facit actoris electionem & in rem, hoc eſt, etiam ratione rei propter locum, ne alioqui tollas actionem ſtipulatori, dum vis reo reſeruare optionem. Iam ergo dubitandum non eſt, quin ita legendus ſit hic §. vt diximus. Reſtat tantùm vt explicemus quomodo ſit intelligendus. Ideò enim difficilis & obſcurus viſus eſt omnibus interpretibus, quòd finis §. hoc modo pugnaturus ſit cum principio, & ſententia Scæuolæ cum ſententia Vlpiani. Hoc verò ſibi perſuadere interpretes non potuerunt, vt tam citò tamque facilè Vlpianus ſententiam ſuam correxerit *arg. l. non ad ea 89. De cond. & demonſtr.* Et Rogerium vnum ex veteribus gloſſatoribus qui iam olim ita ſenſerat, Accurſius nominatim reprehendit, quòd licèt actor in locis habeat electionem, habet tamen, inquit, ob hoc ſolùm ne ſit in rei arbitrio, an debeat, non autem ob hoc, vt reus in altero loco conuentus alterius loci non prætendat vtilitatem: in quo ipſo tamen fallitur. Implicat enim contradictionem, vt electio locorum ex iuris neceſſitate danda ſit actori, & tamen actor electionis ſuæ pœnam illam patiatur, vt ex ea cauſa præſtare debeat reo quanti eius intereſt non eſſe relictam reo electionem: quod enim fit iure non modò permittente, ſed etiam cogente, pœnam certè nullam meretur *vulg. l. Gracchus 4. Cod. ad leg. Iul. de adulter.* In propoſito autem fauemus actori ex mera iuris neceſſitate, vt Scæuola dicebat, vt & in ſpecie *l. ſi mulier 59. §. ex aſſe in fin. infr. De iur. dot.* Et ſanè ita eſt omnino vt Rogerius dicebat. Corrigit Scæuola ſententiam Vlpiani, aut potius id quod Vlpianus ſcripſerat, non tam ex ſua quàm ex aliorum opinione, qui ante Scæuolam ita reſponderant, quaſi ex iuris ratione, vt ſi quis decem Epheſi aut Capuæ hominem dari ſtipulatus experiri velit, non debeat detracto altero loco experiri, id eſt, Epheſi præcisè decem petere, ne, inquit, auferat loci vtilitatem reo: nec tantùm loci, ſed etiam rei, cùm aliud promiſſum ſit Epheſi, aliud Capuæ, & fieri queat, vt promiſſori facilius ſit hominem Capuæ dare, quàm decem Epheſi. Et verò fatendum eſt plauſibilem eſſe hanc rationem, quæ veteres prudentes illos mouebat, vt pro reo reſponderent, cùm in alternatiuis obligationibus omnibus tacitè id actum videatur, vt electio ſit promiſſoris, niſi cùm in contrarium expreſsè actum & dictum eſt, vt electio ſit ſtipulatoris *l. plerunque 10. §. vltim. infr. de iur. dot. l. Stichum aut Pamphilum 95. in princ. infr. De ſolut. cap. alternatiuis De reg. iur. in 6.* Sed Scæuola longè meliùs ac ſubtiliùs vidit quod priores non viderant, non vtique ea quæ tacitè inſunt ſtipulationibus ſemper in rei eſſe poteſtate, ſed ita rem temperandam & diſtinguendam, vt in poteſtate & arbitrio rei eſſe poſſit quid debeat, ſed an debeat, non poſſit. Sub hac enim conditione *ſi volam* nulla prorſus fit obligatio, & pro non dicto habendum eſt quod præſtare ſi nolis, cogi non poſſis *l. ſub hac 8. De oblig. & act. l. ſtipulatio non valet 17. de verb. obligat.* cùm obligatio nihil aliud ſit, quàm iuris vinculum, quo neceſſitate adſtringimur alicuius rei ſoluendæ, vt diximus ad *l. 1. ſupr.* ex obligationis definitione quam à Iuſtiniano habemus initio *Tit. Inſtit. de oblig.* Vnde fit, inquit Scæuola, vt cùm quis Stichum aut Pamphilum promiſit, quæ rerum duntaxat non etiam locorum alternatio eſt, eligere promiſſor poſſit quod ſoluat, id eſt, Stichũne an Pamphilum quamdiu ambo viuunt: at vbi alteruter deceſſit, extinguatur electio, & qui ſolus ſupereſt, omnimodo præſtãdus ſit, ne ſit in arbitrio promiſſoris an debeat, dum non vult viuum præſtare eum quem ſolum debet *d. l. Stichum aut Pamphilum in princ.* Nec eſt quod addas cum Accurſio *fortaſsè vel mortui pretium ex l. cùm res 47. §. ſed ſi Stichus De leg. 1.* Sunt enim verba illa proculdubio imperiti & errantis, titubanter tamen, interpretis, cùm idem Vlpianus noſter in præcedentibus apertè ſcribat, ſi ex duobus ſeruis alternatiuè legatis alteruter deceſſerit, alterum omnimodo præſtandum. Quid enim illud eſt *omnimodo* niſi idem quod ſi Vlpianus ſcripſiſſet, *nulla heredi reliqua electione*? Nam neque mortui hominis præſens pretium vllum eſſe poteſt, niſi quod iudex per iuriſiurandi delationẽ æſtimauerit mortuo poſt moram homine debito *l. in actionibus 5. §. planè ſupr. De in lit. iur.* neque ſolet Vlpianus noſter, aut alius quiſquam ex prudentibus, adeò titubanter loqui, vt neque ſolent illi qui veram iuris rationem callent. Interpretem verò fefellit, vt arbitror, quod paullo ante ſcripſerat Vlpianus, ſuperſtitem præſtandum eſſe, aut abſentis æſtimationem. Quaſi verò ſicut abſens æſtimari poteſt, ita & mortuus poſſit, aut quaſi homo mortuus ſuo fato ante moram debitoris poſſit remanere in obligatione ſiue pura ſiue alternatiua: quod etiam falſum eſt: ſola enim mors id facere poteſt *l. ſi fideiuſſor 19. ſupr. De dolo l. ſi ſeruum 91. §. ſequitur §. nunc videamus & §. vlt. De verb. oblig. & d. l. Stichum aut Pamphilum 95. De ſolut.* Verum igitur eſt quod Scæuola dicebat, nec Vlpianus negat, eum qui Stichum aut Pamphilum promiſerat, mortuo alterutro ſolum debere illum, qui viuus ſupereſt, atque ita in ipſius arbitrio futurum non quid deberet, ſed an deberet, ſi adhuc electio ipſi aliqua ſupereſſet. Semper enim eligeret præſtare mortuum qui nullus eſſet, neque præſtari amplius poſſet, ne viuum præſtare cogeretur. Ex quo magis intelligimus, quàm verum ſit, quod proximè diximus, mortui precium nullomodo deberi, non enim eſſet in poteſtate debitoris an deberet alterutro ex ſeruis mortuo, etiam conſeruata ipſi electione, ſi adhuc aut Stichum viuum, aut Pamphili mortui pretium deberet, idque adeò verum eſt, vt etiamſi facto & culpa debitoris Pamphilus ſit mortuus, ſi tamen poſteà Stichus quoque ſine culpa debitoris moriatur, nullomodo ex ſtipulatione agi poſſit, ne quidem ad occiſi Pamphili æſtimationem, cùm in illo tempore quo Stichus moriebatur, non commiſerit ſtipulationem, vt eleganter ac ſubtiliter ratiocinatur Papinianus in *d. l. Stichum aut Pamphilum §. 1.* Porrò quemadmodum in exemplo illo quod

propo-

propoſitionis ſuæ confirmandæ cauſa attulit Scæuola de eo, qui Stichum aut Pamphilum debebat, & eligere poterat, vtrum præſtare mallet, & cui tamen alterutro mortuo adimimus electionem, ne in eius arbitrio ſit an debeat, apertiſſimum eſt adimi electionem promiſſori quã ab initio habuit, ne alioqui adimatur ſtipulatori actio, ita & in propoſito caſu de quo concepta primùm fuit quæſtio, ſi quis Epheſi decem aut Capuæ hominem dari promiſerit, fatendum neceſſariò eſt eadem penitus vrgente ratione electionem debere ſtipulatoris eſſe vbi petat, non autem rei vbi ab eo petatur: alioqui nullomodo conueniri poterit neque Epheſi neque Capuæ, quia ſemper alium locum eliget, quàm cum in quo conuenietur, vt neutribi conueniatur. Ita ſequetur & eueniet idem abſurdum, vt in eius arbitrio ſit an debeat. Similis penè ratio eſt in *l. ſi idem 11. ſup. de iuriſd. l. inter ſtipulantem 83. §. 2. inf. de verb. obl.* Conſequens igitur omnino eſt, vt poſſit ſtipulator altero loco ab eo petere etiam ſine alterius loci adiectione, contrà quàm Vlpianus primùm ſcripſerat, qui & ipſe quaſi victus tam vera & ſubtili ratione Scæuolæ tranſit libenter in eius ſententiam, cùm ita concludit *demus igitur actori electionẽ petitionis*. Rectè verò *petitionis* at non etiam *ſolutionis*. Nam ne quis fortè putet durius agere Scæuolam cum promiſſore, ſi omnem omnino electionem ipſi auferat, & vt quiuis intelligat non niſi coacta ratione fieri, vt electionem petitionis actori concedamus, ſubiungit Vlpianus ex eodem Scæuola, *Et generaliter definit Scæuola petitorem electionem habere vbi petat, reum vbi ſoluat.* Itaque nulla promiſſori fit iniuria, cùm poſſit ille eligendo prius vbi ſoluat, id eſt, ſoluendo vbi volet, impedire ne actor poſſit vnquam eligere vbi petat, atque ita eligendi facultatem actori præripere. Quòd cùm ita ſit, tanto certè abſurdior & iniquior eſt Accurſij noſtri ſententia, iam à nobis ſuperius confutata, exiſtimantis actore electionem occupante petendi vbi volet, non eo minùs æſtimandam eſſe vtilitatem alterius loci in fauorem rei, cùm imputari reo poſſit, cur non aduerſus incommodum illud ſibi proſpexerit ſoluendo vtrubi maluiſſet, antequàm actor petendi locum elegiſſet. Nec ſimile eſt, quod cùm debitor actione arbitraria conuenitur alio loco, quàm in quo ex verbis ſtipulationis dare debuit, vtilitatis tamen loci ratio habetur fauore debitoris, qui tamen potuerat ab initio vbique ſoluere *l. continuus 137. §. cùm ita de verb. oblig.* Potuit enim quidem vbique ſoluere antequam certo loco deberet, id eſt, priuſquàm ad locum in ſtipulatione comprehenſum perueniri poſſet, quomodo textus ille intelligendus eſt, at non poſteaquàm certo loco debere cœpit, is enim qui certo loco dare promittit, nullo alio loco quàm in quo promiſit ſoluere inuito ſtipulatore poteſt *l. pen. infr.* Non enim fuit neceſſaria actio arbitraria pro reo, cui facultas ſoluendi non eripitur, etiamſi alio loco quàm in quem collata ſolutio eſt, ſoluere prohibeatur, ſed pro ſtipulatore cui adimeretur actio, ſi non ei quocunque loco agendi facultas concederetur. In quæſtione autem propoſita, cùm quis Epheſi decem aut Capuæ hominem dari promiſit, ſi conueniatur Epheſi actore locum illum eligente, non arbitraria actio illa eſt, ſed directa quæ in eo ipſo loco qui ſtipulationis verbis comprehenſus eſt, exercetur *l. 1. ſupr. l. 4. in princ. infr.* Proinde quamuis detracto altero loco experiatur, & ita alterius illius loci vtilitatem reo auferat, non ideò tamen vtilitas loci æſtimanda eſt, quæ nunquam æſtimatur niſi ex æquitate, cùm arbitraria agitur, non autem cùm in eo ipſo loco in quo dari res debuit, itémque cùm actor aufert reo electionem, quam tamen hîc non aufert, ſed iure ſuo vtitur agendo Epheſi, quandoquidem ex ſtipulatione ſic concepta *Epheſi decem aut Capuæ hominem dari* ius ab initio quæſitum eſt ſtipulatori, vt electionem loci ad petendum habere omnimodo deberet, non etiam promiſſor vbi ab eo peteretur. Nec quod electio fuit promiſſoris, vbi mallet ſoluere, ad rem facit: electionem enim loci ad ſoluendum habuit quidem reus, ſed ante petitionem, vt Vlpianus hîc ex Scæuola ſubiungit, non autem poſtquàm Epheſi ab eo petitum eſt per conteſtationem, cùm in litis conteſtatione apud prætorem facta, & in accipiendo iudicio quaſi contrahatur *l. 3. §. idem ſcribit infr. de pecul. l. delegare 11. §. 1. l. aliam 29. infrà de nouat. & delegat.* Nam & inde eſt, quòd in ineunda rei debitæ æſtimatione ex contractu ſtricto inſpicimus tempus litis conteſtatæ, tanquam nouiſſimum inſtans, quo ſolui res potuit ex *l. ſi Calendis 11. infr. de re iudic.* vt diximus ad *l. penult. & vltim. ſupr. tit. prox.* Item quod ſic concepta ſtipulatione *fundum illum ſi illi non dederis, mihi dare ſpondes*, dicimus finem dandi alteri fore quando iudicium acciperetur, & ideo occupantis fore actionem *l. ſi Titius 9. infr. de verborum obligationibus.* Denique ne cætera omnia conquiramus, in omnibus faciendi obligationibus purgari poſſe moram vſque ad litem conteſtatam, non poſtea *l. ſi inſulam 84. eod.* Petitionem itaque hîc intelligere debemus non extraiudicialem illam interpellationem, quæ ad moram contrahendam ſufficeret *l. mora 32. infr. de vſur.* ſed litis conteſtationem quæ petitionis nomine propriè ſignificatur *l. amplius non peti 15. infr. rat. rem haber. l. ſed etſi 25. §. ſi ante ſupr. de hered. petit.* ad quam vſque permittitur promiſſori variare quoties velit *l. cum qui certarum 138. §. 1. de verb. oblig. l. ſi quis ſtipulatus 57. §. 1. de ſolut.* Non tantùm autem locorum electionem damus ſtipulatori in ſtipulatione illa, de qua in hoc §. agitur, ſed etiam rerum, non vt cùm agit Epheſi, poſſit ibi petere aut decem aut hominem, ſed vt decem præcisè, acſi ſtipulatio ſimplex hoc modo concepta fuiſſet *Epheſi decem dari.* idque in neceſſariam conſequentiam, quia cùm debitor non promiſerit *Epheſi decem vel hominem* ſed *Epheſi decem vel Capuæ hominem* fieri certè nequit, vt ſtipulator ex ea ſtipulatione decem vel hominem Epheſi petere poſſit. Quamuis enim nullam videatur ſtipulator iniuriam facere promiſſori, cùm petendo Epheſi decem vel hominem dat ei electionem, an pecuniam ſoluere malit an Stichum, malè tamen agit, qui hominem nullomodo deductum in ſtipulationem deducit in petitionem, quia nihil poteſt peti ne quidem alternatiuè quod prius non ſit in obligatione *l. illud aut illud 25. infr. tit. prox. l. ſi duo 128. in fin. de verb. obl.* Proinde ſi melius loqui volumus, non tam acquirit ſibi hoc caſu ſtipulator electionem rei, quæ petitur, quàm adimit reo electionem rei ſoluendæ: aut acquirit ſibi quidem electionem etiam rei ſoluendæ, ſed eius tantùm quæ debetur in eo loco quem eligit. Non enim poteſt eligere locum Epheſi ad petendum, quin hoc ipſo cogatur eligere decem quæ Epheſi dare debitor promiſit, aut locũ Capuæ quin hominem petere debeat non decem, ſicque hoc ex mera neceſſitate ob mixtam alternationem rerum & locorum, vt Vlpianus ex Scæuola hîc concludit. Eſt enim locus vnus ſeparatus ab altero, itémque

res vna ab altera, ſed non ſimiliter res vlla ab eo loco in quo ſolui debuit. Planè ſi alio & tertio loco velit ſtipulator petere (quod facere per arbitrariam poteſt, ne alioqui nõ poſſit vnquam agere, ſi neque Epheſum neque Capuam venire vnquam reus velit *d.l.1.ſup.*) poterit vtique aut decem aut hominem petere, ſed relicta reo electione, nec ſine vtriuſque loci adiectione, vt ſi reus decem ſoluat, æſtimetur vtilitas loci Epheſi, ſi verò hominem, æſtimetur vtilitas loci Capuæ, quia non niſi per arbitrariam actio huiuſmodi inſtitui poteſt. Igitur ratio dubitandi ad Scæuolam non aliunde ſumenda eſt quàm ex eo quod Vlpianus initio huius §. ſcribit nõ eſſe auferendã reo vtilitatem alterius loci, in quo ex verbis ipſis ſtipulationis poſſit ſoluere: quod tamen fieret ſi in alterutro loco permitteretur ſtipulatori agere ſine alterius loci adiectione. Sed decidendi ratio fortior pro Scæuola & quæ Vlpianum vicit, illa eſt, quòd hoc caſu electio loci in quo petendum eſt, ad actorem pertinere debeat, licèt electio loci in quo ſoluere reus velit, ad ipſum ſpectet ante petitionem, ne alioqui tollamus actionẽ ſtipulatori, dũ reo volumus reſeruare optionem. Nũquam.n. reo permittẽdum eſt, vt in eius arbitrio ac poteſtate ſit actori adimere actionem *d.l. ſi ſeruum 91. §. nunc videamus De verb.obl. Granius 71. §.pen. De fideiuſ.* ſicut nec in actoris poteſtate eſſe debet, vt reo competentem exceptionem poſſit adimere *l.vlt. ſup. de pact.* vt proinde cùm ſtipulator petit decem præcisè Epheſi, non arbitraria agat, ſed directa, in qua nunquam alterius loci & vtilitatis ex eo emergentis ratio illa habetur. Fuit Scæuola ex præcipuis & ſubtilioribus Iureconſultis, cui ſæpe accidit, vt & Iulianum & Marcellũ, qui ad Iulianũ notas ſcripſit, reprehenderet vt in *l.ſi alienã 10. § Scæuola & l.nõ ſolum 33. in princ. inf. De verb. oblig.* Facileque ſuſpicor ſententiã quæ initio huius §. proponitur, & quã Scæuola reprehendit fuiſſe Iuliani, quẽ toti ferè hac reliqua lege authorẽ laudat Vlpianũ, licèt nulla hîc dũ Iuliani mẽtio fiat. Quòd ſi Vlpianus de Scæuola loquens adieciſſet dictionẽ aliquam aduerſatiuam hoc modo, *at Scæuola* vel *Scæuola autem* vt Scæuolæ notam hanc & reprehenſionẽ eſſe appareret, vix vlla difficultatis & dubitationis materia nec ipſis quidẽ interpretibus ſuperfuiſſet. Et hæc apertiſſima certè, &, ni fallor, veriſſima huius loci ſententia eſt ab Accurſio Bartolo, & aliis tam malè intellecta, in eo maximè quòd putãt nihil intereſſe an ſtipulator agat in eo loco, qui non ſit deſtinatus ſolutioni, an verò in vno ex pluribus locis in obligatione alternatiua poſitis, quaſi vtroque caſu vtilitatis loci ratio habenda ſit. Perinde enim eſt, acſi dicerent, nihil hac parte referre, an ſtipulator directa actione ſtipuletur, an arbitraria, quòd ex prudentibus nemo vnquam dixit. Sed & in eo errat Accurſius quod ait, ſi quis promiſerit Epheſi dare, aut Capuæ & Epheſi inueniatur, antequam peruenire Capuam potuerit, nõ poſſe illum Epheſi interim conueniri *arg. l.ſi teſtamento 49. §.vlt. infr. De fideiuſſ.* Nam cum electio ſit ſtipulatoris, vbi velit petere, quid refert, obſecro, an reus Capuam peruenire iam potuerit necne, cùm etiamſi potuiſſet, Epheſi tamen eum conuenire actori permitteretur: Longeque alia ſpecies eſt, quæ proponitur in *d. §.vlt.* vbi Capuæ tantùm locus erat in ſtipulatione comprehenſus, nõ vt in propoſita ſpecie ille aut ille, niſi quis dicat electionem quidem eſſe actoris vbi petat, ſed rei vbi ſoluat, non poſſe autem illum ſoluere Capuæ priuſquàm peruenire Capuam poſſit, atque ita futurum vt auferretur ei ſoluendi electio, ſi Epheſi præcisè conueniri interim poſſet, quod ferendum non eſt. Sed hæc ratio non tam concludit, malè ſtipulatorem agere, ſi petat Epheſi, quàm fieri hoc caſu actionem arbitrariam, ideòque faciendam mentionem loci Capuæ, ne vtilitas eius loci reo auferatur, qui etiam Capuæ ſoluere inuito ſtipulatore poſſet, ſi non præmatura petitione ſoluendi Capuæ facultas & electio ei præriperetur.

3 ¶ Si quis ita ſtipuletur, *Epheſi & Capuæ?* hoc agit, vt Epheſi partem, & Capuæ partem petat.

*Ad §. 3. Si quis ita.*

RAT. DVB. Solutio per partes habet magna incommoda ex parte creditoris *l.3 ſupr. Fam.erciſc.* nec veriſimile eſt eum qui ſtipulatur *Epheſi & Capuæ decem dari* id agere, vt quinque Epheſi & alia quinque Capuæ accipere cogatur, ſed potiùs vt vtrobique decem petere poſſit, acſi ſtipulatus eſſet Epheſi aut Capuæ decem dari. Nam nec nouum eſt, vt coniuncta pro diſiunctis & viciſſim diſiuncta pro coniunctis accipiantur *leg coniunctionem 29. l.ſæpe 53. De verb.ſignif.* Alioqui finge ſtipulatum eſſe me *Epheſi & Capuæ hominem*, an non abſurdum fuerit cogi te partem Stichi aut alterius hominis mihi ſoluere Epheſi, nec tamen vlla ex parte liberari, quin hominem integrum à te petere adhuc poſſim, acſi nihil ſoluiſſes, quouſque eiuſdem Stichi partem alteram Capuæ mihi ſolueris? Nec enim is qui hominem promiſit, partem ſoluendo Stichi liberatur ne quidem pro parte, in quo differt debitũ hominis à debito pecuniæ, nec ſi alterius hominis partem quoque ſoluerit *l.ſtipulatus ſum 9. §.1. infr de ſolut. l qui hominem 34. in princ. eo.* DEC. Pluralitas & diuiſio locorum facta per copulam & diuidit quoq; ſummam quæ in iis locis ex verbis ſtipulationis ſolui debuit, vt pars eius ſummæ ſolui debeat in vno loco, alia pars in alio, ſicuti pluralitas & enumeratio perſonarum diuiſionem quantitatis inducit *l reos 11. §. cùm tabulis infr. De duob. reis l. ſi mihi & Titio 110. De verb.oblig.* adeóque conditionis, quamuis ea ſui natura ſit indiuidua *l.cui fundus 56. De cond. & demonſtr.* Ergo non aliam interpretationem recipere poteſt hæc ſtipulatio, quam ſi à te ſtipulatus eſſem dari mihi Epheſi quinque & quinque Capuæ, mihíque imputare debeo ſi id agebam, vt poſſem Epheſi aut Capuæ decem integra petere, cur non aliter conceperim ſtipulationem, legémque dixerim apertiùs *l. quicquid adſtringendæ 99. in princ. De verb. obl. l.veterib. 39. ſupr. de pact.* ſtipulatoris enim eſt legem dicere, non promiſſoris, cùm reſponſio interrogationi congrua eſſe debeat, vt valere poſſit ſtipulatio *l.1. de verb. oblig.* niſi cùm extrinſecus aliquid adiicitur quod ad ſtipulationis ſubſtantiam non pertinet *l.quæ extrinſecus 65. eod.* Neque verò abſurdi quicquam eſt in eo, quod dicimus ſtipulatorem cogendum quinque accipere Epheſi & quinque Capuæ, vt abſurditatis huius euitandæ gratia mutari coniunctiua debeat in diſiunctiuam ex *d. l. ſæpe & dict. l. coniunctionem*, cùm ita ſtipulator voluerit, poſſitque eius intereſſe ſic ſummam diuidi, nec in alterutro locorum totam ſolui, ſed partem Epheſi dimidiam &

Capuæ

Capuæ dimidiam alteram i partem enim ſimpliciter quoties dicimus, dimidiam intelligimus *l. nomen filiarum* 164. §. 1. *eod. tit. l. etiam partis* 43. *ſupr. de vſufr.* Ex eo autem quod Vlpianus hîc ſcribit, diuiſionem locorum factam per copulam *&* inducere diuiſionem quantitatis promiſſæ, intelligimus, aliud ergo dicendum eſſe, ſi in ſtipulationem deductum ſit aliquid indiuiduum, puta ſi quis Epheſi aut Capuæ hominem in genere ſtipulatus ſit. Hominis enim in genere ſtipulatio indiuidua eſt *l. 1. §. 1. de verbor. oblig.* licèt orationis compendio ſingulos homines contineat, vt Papinianus loquitur in *l. Mænius* 66. §. *duorum de legat.* 2. alioqui redderetur ſtipulatio inutilis: quæ maligna certè eſſet interpretatio *l. ſi ita ſtipulatus* 126. §. *Chryſogonus verſ. ſequens ſtipulatio l. Titia* 134. §. 1. *de verb. oblig.* Potiùſque accipienda eſſet hoc caſu coniunctio pro diſiunctione: vt totus homo peti alterutro loco poſſet, ſicut & in exemplo quod adfert Bart. ſi conuenerit vt Epheſi & Capuæ & vbicunque fuerit inuentus reus dare debeat decem. Integra enim decem peti vbicunque poterunt, ne alioqui ſumma ad exiguum deducatur, & ſtipulatio ita fiat inutilis. Idque prætereà conuenit præcedentibus. Nam in ſuperioribus tractauit Vlpianus in §. 1. de ſtipulatione illa *Epheſi decem dari* & in §. *ſeq.* de illa *Epheſi decem aut Capuæ hominem dari.* Itémque in *l. 4. in princ. infr.* de certa ſumma Epheſi danda, numquam verò de homine Epheſi ſoluendo. Neque verò pars hominis in genere vlla eſt, ſed tantùm Stichi aut Pamphili *d. leg. 2. §. 2. de verb. oblig.* Quid ergo ſi ſtipulator decem tota velit petere Epheſi? Poteſt vtique, ſed per arbitrariam hanc actionem de eo quod certo loco, non per directam, cùm petat aduerſus verba ſtipulationis. Itaque ratio vtilitatis loci Capuæ habenda erit pro quinque illis quæ Capuæ peti & ſolui debuerunt: nam etſi mallet ſtipulator tota decem Romæ petere per arbitrariam poſſet vtique, dummodo detracta voluntate locorum in quibus ex ſtipulatione ſolui debuit. Et ita benè hîc Bartolus, licèt malè putet hunc §. aliquid habere commune cum ſuperiore, itémque ſequentes §§. quod omnino falſum eſt.

4 ¶ Si quis inſulam fieri ſtipuletur, & locum non adiiciat: nõ valet ſtipulatio.

*Ad §. 4. Si quis inſulam.*

Rat. dvb. Quod certo loco fieri promiſſum nõ eſt, vbique fieri poteſt: vt diximus ad *l. 1. ſupr. ex l. cum qui 43. ſupr. de iudic. l. qui loco certo 27. ſupr. de cond. indeb. l. continuus 137. §. cùm ita infr. de verb. obl.* Ergo ſi quis inſulam fieri ſimpliciter ſtipuletur, quamuis locum non adiiciat, non eo minùs tamen valere debet ſtipulatio, cùm poſſit ſtipulator vbique agere & promiſſor vbique inſulam facere: præſertim cùm in obligationibus faciendi generale ſit vt in iis ſuccedat obligatio eius quod intereſt *l. ſi quis ab alio 13 in fin. de re iudic. l. quoties quis alium 81. l. cùm ſtipulatus 113. §. vlt. de verb. ob.* Id verò quod intereſt ſicuti in pecunia numerata ſemper conſiſtit *l. vlt. de ſtipulat. prætor. l. ſi commiſſa 13. rat. rem haber.* ita ſolui & præſtari facilè quocunque loco poteſt. Dec. Cùm quis inſulam fieri ſtipulatus eſt, nec locum adiecit, prorſus vaga & incerta eſt ſtipulatio, ita vt neſciri poſſit, an & quando ſatisfeciſſe videri reus debeat. Nam ſi dicat ſtipulator velle ſe inſulã fieri Romæ, dicet promiſſor eam ſe velle ædificare Epheſi, atque ita nunquam in locum conſentient. Opus autem omne quod ſolo cohæret, neceſſario requirit locum, vt Bart. hic notat diſtinguens opus ab operis. quarum promiſſio valet etiam ſine loci electione *tot. tit. de oper. libert. & l. interdum 73. §. 1. de verb. oblig.* Nec rurſus hæc ſtipulatio aut alia vlla valere aliter poteſt quàm ſi interſit ſtipulatoris *l. 3. §. 1. l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri de verborum oblig.* Poſſet autem fieri, vt promiſſor in eo loco inſulam ædificaret, in quo ædificari eam nihil ſtipulatoris intereſſet, quæ Accurſij ratio eſt nec mala. Sed mihi omnium optima & accommodatiſſima illa videtur, quòd ex obligationibus faciendi nunquam agitur ad faciendum quod ſine vi & impreſſione fieri poſſet, ſed poſt elapſum tempus intra quod fieri potuit, & debuit, ſi factum non ſit, datur actio ad id quod intereſt, ſecundum Proculianos *l. ſi ita ſtipulatus 124. & ſeq. eo. tit.* adeòque ex quo cœpit mora fieri ædificandæ inſulæ, ſecundum Sabinianos *l. ſtipulationes non diuiduntur 72. §. vlt. eod.* Atqui non poteſt ſciri, quanti interſit ſtipulatoris ædificatam eſſe inſulam, ſi nullus locus in ſtipulatione adiectus ſit, cùm ex diuerſitate locorum poſſit longè pluris vel minoris intereſſe ædificatum habere in vno loco potiùs quàm in alio: & præterea id quod intereſt, facilè in infinitum excurreret cùm in pecunia numerata, vt diximus, ſemper conſiſtat, niſi certo loco vel tempore coarctaretur. Vnde eſt, quòd nulla iuris noſtri parte videas ratione pecuniæ præſtari id quod intereſt, niſi cùm ea loci vel temporis adiectione taxari poteſt, ne in immenſum procedat *l. prox. infr. l. 3. ſupr. de in lit. iur.* Meritò igitur placuit ſtipulationẽ faciẽdæ inſulæ, ſi locus nullus adiectus ſit, non valere *l. qui inſulam 95.* vt nec legatum domus ſi nullam domum teſtator habeat *l. ſi domus 71. de leg. 1. l. ita ſtipulatus 115. in princ. infr. de verb. oblig.* vbi & alij caſus huic perſimiles proponuntur, in quibus ob incertitudinem vitiatur ſtipulatio. In ſtipulationibus dandi diuerſa ſunt omnia, quia ſi quod dandum eſt, ſit quid immobile, ſuo loco præſtari omnino debet, nec alio præſtari poteſt, ſi verò ſit pecunia aut quid aliud mobile nullo adiecto loco & præſtari & peti vbique poteſt, vt diximus. Sed & optimũ conſilium pro ſtipulatore eſt, vt non modò locum ſtipulationi adiiciat, ſed etiam tempus vt in *d. l. cum qui 43. de iud.* ne cum Proculianis & Sabinianis diſputandum habeat, quando futurum ſit vt committatur ſtipulatio, itémque ne purgare moram poſteà reus poſſit. Nam nullo adiecto die, tametſi tantum temporis prætererit quanto inſula ædificari potuit, indubitatè quidem commiſſa eſt ſtipulatio, vt ad id quod intereſt agi poſſit, adhuc tamen purgari mora poteſt ad tempus vſque litis conteſtatæ *l. ſi inſulam 84. de verb. oblig.* quod præterito die certo non idem eſt *d. l. cum qui.* Maior enim vis eſt hac parte taciti temporis quàm expreſſi *l. cum qui certarum 38. §. 1. de verb. oblig. l. ſi ita legatum 65. §. 1. de legat. 1.*

5 ¶ Qui ita ſtipulatur, *Epheſi decem dari*: ſi ante diem, quàm Epheſum peruenire poſſit, agat: perperam ante diem agit. quia & Iulianus putat, diem tacitè huic ſtipulationi ineſſe. Quare verum puto, quod Iulianus ait [a], eum, qui Romæ ſtipulatur, *Hodie Carthagine dari*, inutiliter ſtipulari.

*Ad §. 5. Qui ita ſtipulatur.*

RAT. DVB. Quicquid adſtringendæ obligationis eſt, id niſi palam verbis ſtipulationis exprimatur, pro omiſſo habendum eſt *l. quicquid adſtringendæ 99 infr. de verb. obligat.* Hoc enim eſt quod dici ſolet ſtipulationem eſſe ſtricti iuris adeóque ſtrictiſſimi, cùm nihil aliud ſit quàm verborum ſolemnis conceptio & obligatio. Atqui tempus quod in ſtipulatione adiicitur, non tantùm obligationis, ſed etiam ſolutionis gratia pars eſt ſtipulationis, non minùs quàm ſumma ipſa in ſtipulationem deducta *l. 1. §. editiones, ſupr. de edend.* Ergo ſi quis ita ſtipulatus ſit *Epheſi decem dari* nec tempus adiecerit, non poteſt dici tẽpus vllum neceſſe huic ſtipulationi, cùm nullum expreſſum ſit, & conſequenter non eſt prohibendus ſtipulator ex ea ſtipulatione agere per arbitrariam alibi quàm Epheſi priùs etiam quàm Epheſum peruenire poſſit. DEC. Semper in ſtipulationibus perinde ac in cæteris contractibus ſequimur id quod actum eſt, de quo ſi non appareat, tum demum ſequimur id quod expreſſim dictum eſt *l. ſemper in ſtipulationibus 34. de reg. iur.* Multa enim tacitè aguntur in contractibus & negotiis quibuſcunque, tametſi non exprimantur, & quæ nec exprimi eſt neceſſe *l. pen. infr. de euict. l. inter ſocerum 26. §. cùm inter infr. de pact. dotal. leg. 3. ſup. de reb. credit.* Imò quòd magis eſt, interdum etiam extra id quod actũ fuit obligatio quædam tacita naſcitur quæ actionem quoque parit, vt euenit in condictionibus omnibus *l. is qui 13. §. vlt. infr. commod.* Quid autem magis actum videri debet, quàm vti ne rei alicuius impoſſibilis contracta videatur obligatio, quæ nec expreſſa cõtrahentiũ voluntate contrahi poſſet, *l. impoſſibilium 185. de reg. iur. leg. non ſolùm 31. de oblig. & act. l. impoſſibilis 7. l. ſi homo mortuus 69. de verb. oblig.* Atqui certum eſt impoſſibile eſſe, vt qui Romæ alióve quolibet loco extra Epheſum promittit decem Epheſi dari, ea decem det Epheſi, priuſquàm Epheſum peruenire poſſit. Ergo vt valeat ſtipulatio, quæ alioqui valere non poſſet, fatendum neceſſariò eſt tempus tacitè ineſſe huic ſtipulationi, intra quod ſcilicet Epheſum peruenire poſſit *l. eum qui Calendis 41. §. 1. l. continuus 137. §. cùm ita eod. tit.* vbi latiùs & eleganter explicat Venuleius, quodnam & quantum tempus illud eſſe debeat. Maligna enim eſt interpretatio, per quam fit, vt ſtipulatio corruat, quæ benigna interpretatione potiùs adiuuanda eſt, vt valeat *l. ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogonus verſi. ſiquens ſtipulatio l. Titia 134. §. 1. iunct. l. quoties 80. eod. tit. l. quoties 12. de reb. dub.* Conſequens igitur eſt, vt ſi ſtipulator priùs agat ex ea ſtipulatione quàm Epheſum peruenire potuerit, non tam malè agat, vt aliàs ſolet, qui ante diem agit, quia tempore plus petit *§. ſi quis agens Inſtit. de action.* quàm perperam, vt ex Iuliano Vlpianus hic loquitur, id eſt, nihil agat, ita vt nec actionem eo nomine competituram cõſumat, quia necdum nata eſt, adeóque nec obligatio vlla vt in *l. vnic. in fi. ſupr. Quand. dies vſusfr. legat. ced. l. cum qui 41. §. penult. de verbor. oblig.* Neque aliud eſt in legatis *l. 1. §. vlt de condict. & demonſt.* & in ſtipulatione operarum liberti *l. quoties 24. infr. de oper. libert.* Vide quid ſimile in *l. promiſſor 21. §. 1. infr. tit. proxim.* Sic & conditio interdum tacitè ineſt ſtipulationi, vt ſtipulatio quæ ex conceptione verborum videtur pura, dilationem tamen ex tacita conditione recipiat vt in *l. interdum 73. de verb. obligat.* Quamuis rarò id accidat, vt vel dies vel conditio, quæ expreſſa non eſt, tacitè ſubintelligi debeat, id eſt, niſi cùm id actum fuiſſe appareat, vt benè Paulus explicat in *dict. §. Chryſogonus in fin.* Vbi addit, quod maximè notandum eſt, perſonam tamen niſi expreſſa ſit in ſtipulatione, nunquam extrinſecus ſubintelligi debere, in eóque differre à tempore & conditione. Nec certè dari caſus vllus poteſt in quo id actum videri poſſit, vt perſona aliqua ſuppleatur.

a *Quare verum puto quod Iulianus ait.* RAT. DVB. Semper id actum intelligi debet inter contrahentes, vt actus valeat potiùs quàm vt ſit inutilis *dict. l. quoties 80. de verb. oblig. l. quoties 12. de reb. dub.* & aliis ſuprà citatis. An non enim ridiculus ſit, qui dicat ſe actum deriſorium facere voluiſſe: nam nec ſtipulatio aliter fieri intelligitur quàm ſi quis ſeriò interroganti, ſeriò reſpondeat, in quo maximè differt ſtipulatio à pacto nudo *l. iuris gentium 7. §. quod ferè ſupr. de pact.* Idque eſt quod Varro dicebat *libr. 5. de ling. Latin.* non omnem qui dicit *Spondeo* obligari ex ſponſo, ſed duntaxat eum qui ſeriò ſic reſpondeat, & animo ſe obligandi. Ob eámque cauſam non omnis verborum conceptio facit ſtipulationem, ſed ea demùm quæ habeat verba ſolemnia & congrua, ex quibus appareat inter contrahentes ſeriò rem agi *l. 1. de verb. oblig.* Ergo ſi quis Romæ cùm eſſet, decem hodie Carthagine dari ſtipulatus ſit, potiùs dicendum eſt tollendam eſſe dictionem *hodie* quæ impoſſibilem facit promiſſionem, quàm vt ſtipulatio ex hoc fiat inutilis, ne alioquin vtile per inutile vitietur, contra *l. placuit 29. infr. de vſur.* Nam & cùm quis ſtipulanti reſpondet *arma virúmque cano, ſpondeo* conſtat non eo minùs validam eſſe ſtipulationem reiectis prioribus illis verbis, quæ ineptam eam facere videbantur *l. quæ extrinſecus 65. de verbor. obligat.* DEC. Contractibus omnibus commune illud eſt, vt impoſſibilis rei adiectione vitientur: vix enim eſt vt non velint contrahẽtes nihil agi adiecta ea conditione, quam impoſſibilem eſſe ſciunt, inquit eleganter Mæcianus in *l. non ſolùm 31. in fin. de obligat. & act.* cúmque ex duorum conſenſu ac voluntate perficiantur, parum eſſet ſi alteruter contrahentium aliud à ſe actum diceret, ſi non alius quoque conſentiret, quo tamen caſu adhuc noua ſtipulatio neceſſaria eſſet. In eóque differunt contractus ab vltimis voluntatibus, quæ quoniam ex ſolius teſtatoris voluntate pendent, & legis vim obtinent *l. verbis 120. de verb. ſignific.* impoſſibilis conditionis adiectione non vitiantur, ſed conditio ipſa impoſſibilis reiicitur, quia nec legis eſt actum aliquem deriſorium facere, nec impoſſibilem vllam conditionem admittere *l. 1. de cond. inſtit. l. 3. de cond. & demonſtr.* dummodò ſublata conditione impoſſibili id quod ſupereſt, tale ſit, vt legis vim & executionem aliquam habere poſſit. Non enim ſicuti lex tollit impoſſibilitatem, quę ex impoſſibilis conditionis adiectione naſcitur, ita & eam tollere poteſt quæ ex manca teſtatoris voluntate inducitur, vt puta ſi teſtator, qui nullam domum habebat, domũ ſuam tibi legauerit *l. ſi domus 17. in princ. de lega. 1. iunct. l. ſi mihi & tibi 12. §. 1. eod. l. non tantùm 19. C. eod.* Et quod dicimus, etiam in contractibus vtile nõ vitiari per inutile in iis quidem quæ diuidua ſunt, verum eſt *d. l. placuit*, ſed non in indiuiduis cuiuſmodi ſunt eſſentiæ omnes contractuum quoties de ipſorum validitate quæritur *l. cùm ex cauſa 139. de verb. oblig.* vt & eſſentię cęterarum rerum omnium apud philoſophos. Proinde ſi ſtipulationi adiectum ſit tempus quod impoſſibilẽ eam faciat, non poteſt detrahi, cùm partem ſtipulationis perinde ac ſumma ipſa conſtituat, *dict. §. editiones*

*l.1.de edend.* quam tamen ex ſtipulatione detrahi vel immutari poſſe nemo vnquam dixerit. Atqui impoſſibile eſt, vt quod hodie Romæ promittitur, hodie Carthagine detur. Ergo fatendum eſt inutilem eſſe ſtipulationem propter impoſſibilitatem, id eſt, cùm impoſſibilis ſit rei promiſſio: ſic enim lego apud Iuſtinianum pro eo quod vulgò *repromiſſio* in *§.loca etiam in fin.Inſtit.de verbor.obligat.* Nec aliud eſt in ſtipulatione quamuis omnium fauorabiliſſima operarum liberti *l.quoties 24. infr. de operib. libert.* Generaliter enim verum eſt impoſſibilium obligationem nec eſſe vllam nec eſſe poſſe *dict. l.impoſſibilium 185.de reg.iur.* Vnde fit, vt ſi qua ratione deſinat hæc ſtipulatio eſſe impoſſibilis, valeat, vt in eleganti ſpecie *l.vltim. §.ſi inter eos.infr. de verb.oblig.* id eſt, ſi contigerit, quod certè poteſt contingere, vt tam ſtipulator quàm promiſſor ante aliquod tempus ſuo quiſque diſpenſatori notum fecerit in eum diem futuram ſtipulationem, ac demandaſſet promiſſor quidem ſuo diſpenſatori, vt daret, ſtipulator autem ſuo, vt acciperet: hoc enim caſu non continet impoſſibilem cauſam ſtipulatio, vt in *d. §. Caius ſcribit.* Dicat aliquis dictionem hanc *hodie* in ſtipulationibus non tam pro certo die ac tempore adiecto haberi debere, quàm vt præſens oſtendatur eſſe reſponſum, ac ſi pura omnino eſſet ſtipulatio, vt ſubtiliter Papinianus tractat in *l.liber homo 118. §.1. de verb.oblig.* vbi ait ex hac ſtipulatione *decem hodie dari* poſſe ſtipulatorem vel eo ipſo die pecuniam petere, neque videri præmaturiùs agere, non finito ſtipulationis die, quod in aliis temporibus iuris eſt: nam peti interim non debet, quia intra comprehenſum tempus ſolui poteſt. Cùm ergo dictio *hodie* non faciat, vt ſtipulatio in diem facta videatur, ſed è contrario potius, vt præſens & pura ſit, ac ſi ea dictio adiecta non eſſet, cur non valet illa quoque ſtipulatio Romæ facta *hodie decem Carthagine dare ſpõdes*, vt perinde tempus tacitè ſtipulationi credatur ineſſe, intra quod Carthaginem perueniri poſſit, quomodo ſi ſublata dictione *hodie* ita concepta eſſet ſtipulatio *Carthagine dare ſpondes?* Subtilis certè obiectio eſt, ſed quæ tamen dilui facilè poteſt, ſi dicamus dictionem *hodie* licèt nõ faciat ſtipulationem in diem, quomodo ſi ſic concepta proponeretur, *cras dare decem Carthagine ſpondes*, attamen facere eam tantò magis impoſſibilem, cùm nec vnius quidem diei ſpatium promiſſori liberum relinquatur ad ſoluendum, verbis ipſis ſtipulationis id euincentibus, & omnem illam taciti temporis ſupplendi interpretationem impedientibus. Expreſſum enim, vt eſt in vulgari noſtrorum brocardico, facit ceſſare tacitum *l.vlt.C de pact.conuent.tam ſup.dot.* aut potius, vt eſt in iuris regula, *expreſſa nocent, quæ non expreſſa non nocerent l.expreſſa 195.de reg.iur.*

6 ¶ Idem Iulianus tractat: an is, qui Epheſi ſibi aut Titio dari ſtipulatus eſt, ſi alibi Titio ſoluatur, nihilominus poſsit intendere, ſibi dari oportere. & Iulianus ſcribit, liberationem non contigiſſe: atque ideo poſſe peti, quod intereſt. Marcellus autem & aliàs tractat, & apud Iulianum notat poſſe dici, & ſi mihi alibi ſoluatur, liberationem contigiſſe: quamuis inuitus accipere non cogar. planè ſi non contingat liberatio, dicendum ait, ſupereſſe petitionem integræ ſummæ, quemadmodum ſi quis inſulam alibi feciſſet, quàm vbi promiſerat, in nihilum liberaretur. Sed mihi videtur ſummæ ſolutio diſtare à fabrica inſulæ: & ideò, quod intereſt, ſolum petendum.

*Ad §.6.Idem Iulianus.*

Rat. dub. Adiectus ſolutionis cauſa ius habet accipiendæ ſolutionis perinde ac ille ipſe qui ſtipulatus eſt, adeòque inuito ſtipulatore in cuius poteſtate eſſe non debet, vt ſtipulationem immutet, quæ ab initio certam legem habuit *l.obligationum ferè 44. § acceſſio.infr.de oblig.& action. l.cùm quis 55.& ſeq.§.qui ſibi. infr. de verborum obligat. l.Stichum aut Pamphilum 95.§.quæſitum.l.aliud eſt 106. l.vltim.de ſolut. iunct. l.vero procurator 12.§.penult.l.qui hominem 34.in princip. & §.ſtipulatus ſum. l.qui res 98.§.mihi dare, & §.mihi Romæ eod. l.vltim. §.cùm mihi de verborum oblig.* quamuis adiectus neque agere poſſit, neque nouare, quia non obligationis, ſed ſolutionis gratia adiectus eſt *l.cui rectè 10.de nouat.* Idque adeò verum eſt, vt ſi is qui ſtipulatus eſt *ſibi aut Titio dari* ageret præcisè ad hoc, vt ſibi ſolueretur, nulla Titij facta mentione, malè ageret, & cauſa plus peteret, quoniam adimeret reo electionem ſoluendi Titio *arg.§.hùic autem.Inſtit.de action.* Ergo ſi cùm quis Epheſi dari ſibi aut Titio ſtipulatus ſit, alibi Titio ſoluat debitor, dicendum eſt liberationem ei contingere non minùs, quàm ſi ſtipulatori ipſi alibi ſolueret, ideoque nullam ſtipulatori actionem ſupereſſe per quam poſſit intendere dari ſibi oportere, nec magis id quod ſtipulatoris intereſſet, quàm ſummam ipſam ſolutam. Nam ſi ſtipulatori mihi etiam alibi ſolueretur, ne Iulianus quidem negaret liberationem ex ea ſolutione contingere, quamuis cogi non poſſem, vt alibi acciperem ſolutionem, *l.qui Romæ 122.in princip. de verbor.obligat.* Et hæc præcipua ratio Marcelli fuit propter quam notauit & reprehendit contrariam Iuliani ſententiam. Nec valde diſſimilis Pauli ratiocinatio eſt in *d.l.qui res 98.§.mihi dare de ſolut.* vbi ait, ſi mihi Calendis Februariis aut Titio Calendis Ianuariis dari ſtipulatus ſim, poſſe quidem dubitari, an vtiliter ſtipulatus ſim, quod ad Titij adiectionem pertinet, ſed tamen magis eſſe, vt ſit vtilis ſtipulatio & Titij adiectio. Nam cùm in diem ſit, inquit, mea quoque obligatio (ſic enim legendum eſt, non *ea*) etiam mihi ſolui poteſt ante Februarias. Igitur & illi ſolui poterit. Aut ſi quis cum Iuliano adhuc dicere velit, liberationem ex eiuſmodi ſolutione non contigiſſe, dicendum erit, inquit Marcellus, non eius tantùm quod intereſt ſtipulatoris, vt Iulianus dicebat, ſed integræ ſummæ petitionem ſupereſſe, quemadmodum, inquiebat idem Marcellus, ſi quis inſulam alibi feciſſet, quàm vbi promiſiſſet, in nihilum liberaretur.

Dec. Quiſquis ſolutionis tantùm cauſa adiectus eſt, ſolutionem quidem à reo accipere etiam

inuito & prohibente ſtipulatore poteſt, & debitori plenam liberationem præſtare, & quidem non tantùm ope exceptionis, ſed etiam ipſo iure; niſi cùm alia res in perſona Titij, alia verò in perſona adiecti deſignata eſt, vt in *d.l.vlt.§.cùm mihi de verb. obl.* (etſi videtur hoc fuiſſe inter prudentes veteres controuerſum *d.l.obligationum ferè 44.§.acceſſio.de oblig. & action. d.l. qui res 98.§.mihi Romæ, de ſolut.*) ſed ſtipulatori auferre vtilitatem loci non poteſt, in quo fieri ſolutionem ſtipulator voluit: eſt enim id extra cauſam accipiendæ ſolutionis. Quòd ſi nec ſtipulatori permittitur, vt ſtipulationis legem, quæ ab initio conſtituta fuit, imminuet *dict. l. vero procuratori 12. §. pen. de ſolut.* cùm tamen ſoli ſtipulatori obligatio tota & actio acquiratur, quanto minus permittendum eſt adiecto, vt inuito vel ignoranti ſtipulatori auferat vtilitatem loci, in quem non tantùm ſolutio, ſed etiam obligatio ipſa & ſtipulatio collata fuerit, & qui non minus quàm dies partem faciat ſtipulationis? *l.1.§.editiones ſup. de edend.* Nec enim ius ipſum obligationis vllomodo commune eſt ei, qui ſolutionis tantùm cauſa adiectus fuit, ſed totum reſidet in perſona ſtipulatoris, qui nec ſi voluiſſet extraneo, tamen ſtipulari potuiſſet *l.ſtipulatio iſta 38. §.alteri dict. l.eum qui ita 56. §.qui ſibi l.ſi mihi & Titio 110. de verb. oblig.* communis autem eſt duntaxat facultas accipiendæ ſolutionis, dum ne à lege per ſtipulationem dicta recedatur. Ergo ſi quod ex verbis ſtipulationis Epheſi ſolui debuit ſtipulatori aut Titio, alibi ſolutum ſit Titio, non poteſt ea res facere quin ſtipulatori ſuperſit integra petitio non quidem ſummæ integræ (quod enim ſolutum eſt Titio, benè ſolutum eſt, quatenus ſolutum eſt, cùm ſolutionem vbique accipere potuerit ad præſtandam reo ſoluti liberationem) ſed eius quod intereſt ſtipulatoris Epheſi potius quàm alio loco ſolutum fuiſſe: nec enim habet actor qua de alia re conqueratur, quàm quòd adiectus ſolutionem accipiens alio loco vtilitatem loci, qui ſtipulatione comprehenſus erat, ipſi ademerit. Nulla igitur ei actio ſupereſſe poteſt, niſi ad conſequendam indemnitatem: quia ſicuti nec actionem nec exceptionem damus, niſi ei cuius intereſt, ita neque niſi quatenus intereſt. Verum igitur eſt, vt Vlpianus contra Marcellum concludit, vtrumque illud quod Iulianus dixerat, neque in plenam liberationem contigiſſe promiſſori qui adiecto ſoluit alibi, quàm vbi ex lege ſtipulationis ſolui debuerat, neque tamen ſummæ ſolutæ petitionem vlla ex parte ſtipulatori ſupereſſe, ſed hactenus tantùm ſaluam ei eſſe actionem, vt quod ratione loci eius intereſt, conſequi poſſit. Nam quod Accurſius putat, id quod ſolutum eſt, tàm in ſortem quàm in ſolutionem eius quod intereſt, cedere debere *arg. l.vlt. infr. hoc tit.* rectè reprehendit Bartol. ex eo quod in fine huius §. Vlpianus ſcribit, ſolum id quod intereſt petendum eſſe, nec in vlla parte ſortis plenam liberationem contigiſſe: Quamuis hoc ipſum difficile videatur, vt cum Vlpiano dicamus, liberationem quantitatis debitæ non contigiſſe, & tamen id quod intereſt, ſolum petendum eſſe. Bartolus ſic intelligit, vt tota quantitas etiam quæ ſoluta eſt, petenda ſit, ſed non abſolutè, vt eam ſtipulator iterum conſequatur, ſed cum illa adiectione, vt id quod ſua intereſt ratione loci conſequi ſolùm poſſit. In quam rem adfert quod ſcriptum eſt in *l.Iulianus 131. §.1. de verb.oblig. & in l. etiam 27. de ſolut. l.3. §.ſi reddita infr. Commod.* Ego verò facilè Bartolo hac in re adſentior. Certum enim eſt, vtilitatem loci per ſe ſolam peti non poſſe, cùm non debeatur niſi officio mercenario, vt noſtri loquuntur, & arbitrio iudicis, qui arbitrariæ actioni adiectus eſt *§.prox. infr. l.4. §.1. l.centum Capuæ 8. l.vlt. hoc tit.* Actionem igitur arbitrariam supereſſe ac retineri neceſſe eſt, vt loci vtilitas peti & exigi poſſit *d.l.centum in fin. l.qui per colluſionem 49. §.1. infr. de action. empt. l.4. C. depoſit.* non etiam vt quod iam ſolutum eſt, rurſum ſoluatur: plenam enim liberationem contigiſſe reo neceſſe eſt, ne in poſterum conueniri vllomodo poſſit, & vt actio arbitraria omnino extinguatur. Plena autem liberatio non poteſt contingere niſi ex plena ſatisfactione *l.Neratius 63. ſupr. de condict. indeb. l. item liberatur 6.§.1. infr. quibus mod. pign. vel hypoth. ſoluit. l.ſatisfactio 53. de ſolut.* Porrò non poteſt videri plenè ſatisfactum ſtipulatori quandiu aliquid ſoluendum ſupereſt quod ei ſolui oporteat, ſicut & cùm rei ſolutæ aliquid deeſt, vt in *dict. l. Iulianus, & d.l. etiam.* Nec benè hic caſus comparabitur ei, quod ſtipulator ipſe totius ſortis ſolutionem acceperit alio loco, quàm in quo fieri ſolutio debuerat. Quo caſu certum eſt nullā ei arbitrariam ſupereſſe pro vtilitate loci conſequenda quam cum ſorte ipſa exigere & conſequi debuerat: nam ſibi imputet qui hanc ipſe ſibi actionem facto ſuo ademit, at cùm adiecto ſolutum eſt, alibi quàm in loco deſtinato, nihil eſt quod ſtipulatori imputare poſſis, ne illud quidem quòd talem perſonam ſtipulationi cauſa ſolutionis adiecerit, cùm adiiciendo, certam ſolutioni faciendæ & accipiendæ legem dixerit, quam excedere & pręteгgredi adiectus non potuit, vt nec alius quilibet mandatarius: diligenter enim mandati fines cuſtodiendi ſunt *l. diligenter 5. infr. mandat. §.is qui exequitur Inſtit. eod. tit.* Eſſe autem adiectum hunc mandatarium ex eo apparet, quod actione mandati tenetur, vt quod à debitore accepit, ſtipulatori reſtituat *l. qui res 98. §.qui ſtipulatus in fin. infr. de ſolut. §.ſi quis alij Inſtit. de inutil. ſtipulat.* Cur ergo ei permittamus, vt accipiendo ſolutionem contra mandati formam liberet in plenum debitorem, locique vtilitatem auferat ſtipulatori? Niſi fortè propones plenum ei datum arbitrium ad ſolutionem accipiendam, vt in *l.qui Romæ 122. §.Callimachus in fin. de verb. oblig.* Planè quin ad ratam vſque acceptæ ſortis debitorem liberauerit, dubitari non oportet, cùm in eo nihil contra mandatum fecerit, ſed in eo tantùm quòd alio loco ſolutionem accepit: quæ res non ipſius ſummæ ſolutionem afficit, ſed loci duntaxat vtilitatem ſtipulatori detrahit. Nec bona comparatio eſt, qua Marcellus contra Iulianum vtebatur, vt probaret, ſi ex eiuſmodi ſolutione liberatio plena promiſſori non contigerit, in nihilum igitur liberatum eum eſſe, id eſt, ne quidem pro ſorte quam adiecto ſoluit, exemplo eius qui inſulam feciſſet alibi, quàm vbi promiſiſſet. Nam vt benè Vlpianus pro Iuliano reſpondet, multum diſtat ſolutio certæ ſummæ à fabrica inſulæ. Factum enim certo loco promiſſum, vt addit Bartolus, ſubſtatialiter variatur ex locorum diuerſitate, facti autem vnius pro alio facto ſolutio non parit liberationem, vt ex eodem Iuliano noſtro Paulus docet in *d. l.qui res §.mihi Romæ,* at præſtatio ſummæ non æquè quoniam eadem ſumma eſt, quæ alibi quoque ſolui potuit, & quocunque loco præſtetur, adfert ſuam recipienti vtilitatem, perindéque dominium pecuniæ transfertur: qui vnicus effectus eſt obligationis dandi *l.vbi autem 75. §.vlt. de verb. oblig.* nec aliud dominium eſt quod transfertur Capuæ quàm

quod

Digitized by Google

quod Epheſi transferretur ſi ſolutio ibi facta fuiſſet. Ac qnemadmodum is cui mandatum fuerat vt quinquaginta ſolueret, ſi centum ſoluerit, non eo minùs habet actionem mandati ad quinquaginta repetenda ſecundum eam prudentum veterum ſententiam, quam Iuſtinianus probat in *d. §. is qui exſequitur*, ita & is cui mandatum erat, vt centum ſibi ſoluenda acciperet ſi quinquaginta tantùm accepérit, non eo minus liberat debitorem in quinquaginta, quia nec nihil, nec aliud accipit quàm quod mandatum fuerat, ſed minus. Huic porrò ſimilis ille eſt qui ſolutionem Epheſi accipere iuſſus, accepit eam Capuæ: accepit enim id ipſum quidē quod debebatur, ſed alio loco quàm in quo debebatur, nec æſtimata vtilitate loci, ac proinde nec nihil, nec alind quàm qnod mãdatum ei fuerat, vt acciperet, ſed minus quàm deberetur & quàm accipere iuſſus eſſet. Liberat ergo debitorem in ea quãtitate quam ab eo accepit, non liberat in ea quam non accepit, & quam tamen accipere ex mandato debuerat.

8 ¶ Nunc de officio iudicis huius actionis loquendum eſt: vtrum quantitati contractus debeat ſeruire, an vel excedere, vel minuere quantitatem debeat: vt ſi interfuiſſet rei, Epheſi potius, ſoluere [a], quàm eo loco, quo conueniebatur, ratio eius haberetur. Iulianus Labeonis opinionem ſecutus [b], etiam actoris habuit rationem: cuius interdum potuit intereſſe, Epheſi recipere. itaque vtilitas quoque actoris veniet. quid enim ſi traiecticiam pecuniam dederat, Epheſi recepturus, vbi ſub pœna debebat pecuniam, vel ſub pignoribus: & diſtracta pignora ſunt, vel pœna commiſſa mora tua? vel fiſco aliquid debebatur: & res ſtipulatoris viliſſimo diſtracta eſt? in hanc arbitrariam, quod interfuit, veniet: & quidem vltra legitimum modum vſurarum [c]. quid ſi merces ſolebat comparare? an & lucri ratio habeatur, non ſolius damni? puto & lucri habendam rationem [d].

*Ad §. vlt. Nunc de officio.*

RAT. DVB. Actio arbitraria naſcitur ex contractu, & quidem ſtipulationis, qui omnium ſtrictiſſimus eſt, vt diximus ad *§. 1. huius legis & ad l. 1. ſup.* Ergo non poteſt latius patere & extendi, quàm contractus ipſe ſtipulationis: qualis enim contractus eſt qui parit obligationem, talis & obligatio eſt quæ ex eo proficiſcitur, & rurſum qualis obligatio eſt, talem & neceſſe eſt actionem eſſe quàm parit obligatio *l. licèt 42. §. ea obligatio ſupr. de procurat.* Denique qualis actio eſt, talem prætor dat formulam ex cuius præſcripto iudex pedaneus iudicandam neceſſariò habeat, ita vt ne latum quidem vnguem poſſit ab ea recedere. Vnde eſt quod iudex datus etiam in hac actione dicitur addictus actioni & formulæ in *l. 4. §. 1. infr.* tanquam ſeruus addictus glebæ. Cur ergo dubitamus an quantitati contractus inſeruire debeat, an verò poſſit excedere vel diminuere quantitatem?

DEC. Actio quidem ex ſtipulatu ſtricta eſt & ſtrictiſſima, ſed arbitraria, quæ naſcitur ex ſtipulatione propter adiectionem loci, qnamuis non ſit bonæ fidei, attamen nec ſtricta eſt, ſed arbitraria, quæ proinde iudicem obligat, vt pronuntiet ex bono & æquo *§. præterea Inſtit. de action.* vt ſcilicet quoties alio loco petitio aut ſolutio fit, quàm in quo ex contractus verbis fieri debuit, habenda ſit ratio vtilitatis loci, id eſt, quam vel reus, vel etiam actor ſperare potuiſſet, ſi in loco qui ſtipulatione comprehenſus eſt, ſolutio facta fuiſſet, vt ſequitur in hoc §. Nam etſi actio maneret ſtricta, qualis eſt condictio certi ex ſtipulatione, adhuc tamen loci ratio habenda eſſet in æſtimanda re debita, vt ſuprà diximus, obſeruari in condictione certi ex mutuo *l. vinum 22. ſupra de rebus credit. l. vlt. ſupr. tit. prox. l. quoties 59. & ſeq. inf. de verb. ob.* ſicut & habetur ratio temporis, quamuis adiectum in ſtipnlatione tempus non faciat actionem arbitrariam *l. quòd ſi Epheſi 4. in princip.* vbi dicemus *infr. l. ſi fundum certo die 114. de verb. oblig.* vbi ſcribit Vlpianus, ſi fundum certo die dari ſtipuler, & per promiſſorem ſteterit, quominus ea die præſtetur, conſecuturum me quanti mea intersit, moram factam non eſſe, quamuis in ſtipnlatione nihil de eo quod intereſt, dictum ſit. Cur enim ſtipulator diem adiecerit in ſtipnlatione, niſi vt promiſſor intelligeret futurum, ſi ea die non ſatisfaceret, vt quanti ex ea cauſa ſtipulatoris intereſſet, præſtare teneretur? Alioqui fatendum eſſet inutiliter adiectnm eſſe in ſtipulatione locum, aut tempus, ſi eiuſmodi adiectio hoc non operaretur. Differentia tantùm illa eſt inter locum & tempus, quod alio loco peti non poteſt, quàm qui obligationis cauſa inſertus ſtipulationi fuit, ideòque neceſſaria eſt actio arbitraria, vt alio loco peti poſſit: at alio tempore poteſt petere ſtipulator, quàm quod dari debuit, dummodò vlteriore, non citeriore, vt diximus ad *l. 1. ſupr. & l. ſi ſterilis 21. §. cùm per venditorem in fine infr. de action. empt.* nec arbitrariæ actionis auxilium in eam rem neceſſarium eſt *d. l. quòd ſi Epheſi.* Itaque differentia inter locum & tempus hac parte non in eo eſt, vt temporis vtilitas potius quàm loci ex vi & natura ſtipulationis habenda ſit, ſed vt loci vtilitas in ſtipulatione æſtimari non poſſit, niſi per arbitrariam, quia nec aliter fieri poſſet, vt alio loco ageretur: vulitas autem temporis adiecti in ſtipulatione perinde æſtimari poſſit per condictionem certi ex ſtipulatione, & per actionem ex ſtipulatu, quamuis vtraque illa actio ſui natura ſit ſtricti iuris, & ſtrictiſſimi: nec qui ſtipulatori præſtatur, fauor in eo eſt, quod propter locum poteſt conſequi quanti ſua intereſt, quando etiam propter adiectionem temporis tantundem conſequitur, ſed in eo ſolo quòd cùm ipſi actio directa deficiat, accommodamus vtilem & honorariam, non etiam illi qui certo die

Digitized by Google

dari quid ſibi ſtipulatus eſt, quia nec ſubſidiario hoc auxilio indiget. Eſt etiam inter diem & locum illa differentia, quod quemadmodum vix vnquam dies in ſtipulatione adiicitur, niſi fauore promiſſoris, vt totum medium tempus liberum habeat ad ſoluendum, nec quicquam interim peti ab eo poſſit *l. qui hoc anno 42 l. ſtipulatio iſta 38. §. inter incertam l. liber homo 118. §. decem hodie de verb. oblig. l. quod certa die 70. de ſolut.* ita vix etiam fieri queat, vt ob id quod ſua die ſolutum non ſit, quicquam interſit promiſſoris, ſed ſolius ſtipulatoris, cuius maximè intereſt, vt ad dictam diem ſolueretur *dict. l. quòd ſi Epheſi & dict. l. ſi fundum.* Proinde non poteſt ex ea cauſa vnquam contingere, vt quantitas deducta in ſtipulationem minuatur, ſed tantùm, vt augeatur: diminutio enim ad vtilitatem promiſſoris reſpiceret, exceſſus verò ad vtilitatem ſtipulatoris. At cùm locus in ſtipulatione obligationis cauſa adiectus eſt, æquè poteſt imò frequentiùs intereſſe rei, quàm actoris, vt alio loco non ſoluatur. Facit igitur adiectio loci, vt iudex huic actioni addictus non tantùm augere quantitatem contractus poſſit & excedere, ſed etiam diminuere, adeóque interdum reum prorſus abſoluere *dict. l. quòd ſi Epheſi* §. 1. Cùmque vix dari caſus poſſit, in quo non interſit alterutrius, id eſt, vel actoris vel rei, omnino conſequens eſt, vt nec alio caſu poſſit iudex in arbitraria iſta actione inſeruire contractui, támq; nec diminuere nec augere, quàm ſi neutrius interſit. Et hoc quamuis fiat per arbitrariam propter adiectionem loci, æquè tamen fieret per directam ſi ad agendum alio loco poſſet actio directa competere. Nam perinde æſtimaretur per directam vtilitas loci in gratiam alterutrius, atque æſtimatur vtilitas temporis in gratiam ſolius ſtipulatoris, *d. l. quòd ſi Epheſi.*

a *Vt ſi intereſſet rei Epheſi potius ſoluere.* RAT. DVB. Non poteſt reus conueniri per actionem arbitrariam alio loco, quàm qui ſtipulatione comprehenſus eſt, niſi poſtquam ad locum illum perueniri potuit *§. qui ita ſtipulatur ſup. l. continuus 137. §. cum ita infr. de verb. obl.* Atqui præterito illo tempore intra quod perueniri ad eum locum potuit, ſi reus non ſoluat, hoc ipſo in mora conſtitutus intelligitur, ſi Accurſio credimus, qui ſic ad hunc locum ratiocinatur. Ergo non eſt habenda ratio vtilitatis rei, ne alioqui ſua ei proſit mora & fruſtratio, quam è contrario ipſi nocere æquum eſſet *l. hominem 37. inf. mandat. l. in condẽnatione 173 §. pen. de reg. iur.* DEC. Qui per arbitrariam actionẽ alio loco agit quàm in quem collata ſtipulatio & obligatio eſt, adimit promiſſori vtilitatẽ illius loci, & ideò plus loco petere dicitur, ſi petat alio loco niſi petat ſub commemoratione eius loci in quo peti & ſolui debuit. Quę cõmemoratio eò pertinet, vt perinde ſit ac ſi paratum ſe diceret pręſtare quanti ob eam cauſam interſit promiſſoris *§. loco plus petitur inſtit. de action.* Ergo ſi rei interſit eo potius loco ſoluere qui verbis ſtipulationis comprehenſus eſt, quàm vbi conuenitur, ratio vtique habenda eſt vtilitatis quam ex loco illo ſperare potuit, & quam actor ei aufert, cùm exercet arbitrariam, vt qui in vno grauatur, in alio releuetur, quomodo noſtri ſolent dicere ex *l. cum quis 30. in princ. ſupr. de iureiur.* Quamquam enim neceſſitas inducendæ arbitrariæ fauorem merum actoris reſpicit non rei, ne ſcilicet aliter poſito iure nulla miſero creditori ſuperſit ratio ſuum conſequendi, cùm tamen & actio ſit vtilis & inducta ex æquitate, non aliter fuit actori concedenda, quàm vt indemnitati rei pleniſſimè conſuleretur, quod ipſum non melius fieri potuit, quàm ęſtimata in ipſius fauorem loci vtilitate *l. 1.* vbi diximus *ſupr.* nec enim prætor vult beneficium ſuum cuiquam eſſe captioſum *l. Paulus notat 8. de ſtipulat. prætor.* ſicut nec princeps *l. 2. §. ſi quis à Principe & §. merito infr. Ne quid in loc. public. l. ex facto 4. de vulg. & pupill. ſubſtit. leg. nec auus 4. C. de emancip. liber.* Eſſet autem captioſum ſi prætextu actionis arbitrariæ actori permitteretur vtilitatem loci reo adimere quam ſibi ex verbis ipſis ſtipulationis quæſiuiſſet. Neque verum eſt, quod Accurſius ſupponit pro vero, in mora eſſe reum qui vltro non ſoluit ſtatim atque præteriit tempus, intra quod ad locum ſtipulationis perueniri potuit. Non enim ad conſtituendum aliquem in mora ſufficit ab eo peti poſſe, niſi etiam illud concurrat, vt petitum ſit vel per iudicem vel per extraiudicialem interpellationem *l. mora 32. infr. de vſur. l. ſi pupillus 127. de verb. oblig. l. nulla 88. de reg. iur.* niſi cùm mora contrahitur re ipſa & ipſo iure, id eſt, citra interpellationem, vt euenit in perſonis minorum *l. in minorum 3. Cod. in quibus cauſ. non eſt neceſſ. in integr. reſtit. leg. cùm quidam 17. §. ſi pupillo infr. de vſur. l. Titia Seio 87. §. vſuras de legat. 2.* aut cùm vſuræ debentur in vicem fructuum perceptorum, vt in *l. curabit 5. Cod. de action. empt.* Alioquin eodem inſtanti quo inciperet quid deberi ex illa ſtipulatione, *Epheſi decem dari* mora etiam contraheretur, quod eſſet ridiculum *l. promiſſor 21. §. 1. infr. de conſtit. pecun.* Prius enim eſt, vt quid debitum ſit, quàm vt peti poſſit, & vt peti poſſit, adeóque vt petitum ſit, quàm vt mora contracta videri poſſit. In propoſito autem nemo dixerit contrahi moram re ipſa, ex eo ſolo, quòd lapſum ſit tempus intra quod Epheſum perueniri potuerit, cùm ab eo tempore poſſit reus Epheſi ſoluere & conueniri nulla eius quod intereſt oblatione facta *d. l. 4. in princip. infr.* quamuis imputare ſibi debeat ſi non ſoluerit prius quàm arbitraria conueniretur, vt ſequitur in hoc §. Denique dies tacita nunquam interpellat pro homine, ſed tãtùm expreſſa, idque potiſſimum in pœnalibus *l. magnam 12. Cod. de contr. & committ. ſtipul.* At nec illud rurſus verum eſt, quod idem Accurſius ex Ioanne ſubiungit, in actione arbitraria habendam rationem vtilitatis loci etiam in eius gratiam qui in mora fuit quaſi per adiectionem loci hoc tacitè inter contrahentes actum videatur *arg. l. cùm quid 3. ſupr. de reb. credit.* Ita namque fieret, vt moratori fruſtratio ſua prodeſſet, quemadmodum ſuprà diximus ex *l. hominem 37. infr. mandat. l. in condẽnatione 173. §. penult. de reg. iur.* Nec ſanè vlla æquitas hoc patitur, quæ tamen in hac maximè actione dominatur *d. l. 4. in fin. infr.* ſed dictat potius, vt ei qui aduerſarij culpa moram paſſus eſt, ſuccurratur, non etiam illi qui ipſe in mora fuit, vt ſequitur in hoc §. Multo autem abſurdius etiam illud eſt, quod idem Accurſius adiicit, non eſſe habendam rationem vtilitatis actoris, ſi ipſe ſit in mora non conueniendi, quaſi verò ex parte actoris mora cõtrahi dicatur ob id ſolùm quòd agat tardius, ſi non etiam illud concurrat, vt ſine cauſa recuſet accipere ſolutionem *l. qui decem 72. in princ. & §. 1. infr. de ſolut.* Quare nec defendi etiam illud poteſt quod Ioannes dicebat & Accurſius probat, in actione iſta poſſe fieri, vt vtriuſque partis, id eſt, tam actoris quàm rei in eodem iudicio ratio habeatur. Alterutrius enim ratio ferè ſemper habenda eſt, at vtriuſq; nunquam, vt diximus ad *l. 2. in prin. ſupr.* Neutrius etiam aliquãdo, ſed perrarò, ſcilicet ſi neutrius interſit. Nam eo quoque caſu quo vtrinque mora & negligentia interuenerit,

teruenerit,

retuenerit, adhuc dici poteſt, compenſationem quoque moræ faciendam eſſe *l. ſi ambo 10. infr. de compenſat.* ſed ea compenſatione facta habendam tamen rationem vtilitatis loci, non pro actore, ſed pro reo, cui vtilitas loci omnimodo præſtanda eſt, non propter moram quam patitur, ſed ob damnum quod ei per arbitrariam infligitur, cùm alio loco conuenitur. At actoris ratio in hac actione nunquam habeatur niſi per accidens, cùm moram à reo paſſus fuit, aut in alio loco ei ſoluitur, nulla præcedente ipſius actoris mora, vt in hoc §.

b *Iulianus Labeonis opinionem ſecutus.* RAT. DVB. In actione arbitraria videtur longè alia conſtituenda eſſe ratio actoris, alia rei. Idcirco enim vtilitatis rei ratio habetur, ne alioqui faciat ei iniuriam prætor ſi eum alio loco quàm qui in ſtipulatione comprehenſus eſt, conueniri patiatur, atque ita ei adimi vtilitatē loci ſine qua fortaſſis non fuerat cōtracturus? At cùm ſtipulator agit arbitraria, ipſe ſibi adimit vtilitatem loci, nec imputare culpā aut moram reo poteſt, cur non ad locum ſolutioni deſtinatum citius venerit, cùm nulla temporis adiectione ex verbis ſtipulationis vrgeretur, vt citius veniret. Nulla igitur cauſa ſubeſt vel æquitas propter quam actoris rationem haberi oporteat. Cùmque ei iam faueatur in eo quod alio loco permittitur ei agere contrà quàm ferant verba ſtipulationis, an non eſſet iniquum ei præterea faueri etiam in hoc, vt vtilitatis ipſius ratio aliqua haberetur? An non id pugnaret cum vulgari illo noſtrorum brocardico, qui negant duo ſingularia circa eandem rem eandémque perſonam poſſe cōcurrere? ex *vulg. l. 1. C. de dot. promiſſ.* DEC. Ex natura quidem actionis arbitrariæ eſt, vt rei rationem haberi potiſſimū oporteat vt quemadmodum in hoc grauatur, quod alibi cōuenitur, quàm vbi ex ſtipulationis lege conueniri debuerat: ita releuetur in eo quod loci conuenti vtilitatem conſequitur. Idque Iuſtinianus ſatis docet, cùm de ſolius rei vtilitate inſpicienda loquitur in § *loco plus petitur Inſtit. de action.* Sed tamen ea res non facit, quin aliquo caſu & ex iuſta cauſa etiam actoris ratio habenda ſit, puta ſi appareat locum illum fuiſſe adiectum pro ſtipulatore. Finge traiectitiam pecuniam eum dediſſe Romæ, vt eam reciperet Epheſi, vbi ſub pœna debebat, quæ commiſſa ſit ob non factam ſua die ſolutionem, vel ſub pignoribus, quæ diſtracta ſint ob non ſolutam ſua die pecuniam. Finge fiſco aliquid debitum fuiſſe & rem ſtipulatoris viliſſimo diſtractam pretio: nec enim ideo fides haſtæ fiſcalis conuelli facilè debet *l. ſi hypothecas 8. C. de remiſſ. pignor. l. ſi qui proſcribente 6. C. de fid. & iur. haſt. fiſcal. lib. 10. tit. 3.* niſi dolo & mala fide publica venditio facta ſit *l. 1. & 2. eod. tit. l. ſi quos 29. Cod. de reſcind. vendit.* His certè caſibus & aliis ſimilibus in hanc arbitrariam veniet etiam id, quod ſtipulatoris interfuit, cùm interfuerit propter moram debitoris, qui in eo loco non ſoluit in quo ſoluere ex conuentione debuerat. Nec deterior actoris cauſa fieri debet ob id quod ipſe debitorem alio loco conuenerit, atque ita loci vtilitatem ſibi præripuiſſe videatur: cùm ex neceſſitate id fecerit, ne alioqui iacturam totius debiti pateretur, ſi fortè debitor ad locum ſtipulatione comprehenſum accedere nunquam vellet ſiue data opera, ſiue quod aliis diſtineretur negotiis *l. 1. ſupr.* Magíſque imputari reo poteſt cur non vltro ſoluerit, vel vbique cùm poſſet priuſquàm Epheſum perueniri potuiſſet *l. continuum 137. § cùm ita de verb. obl.* vel in loco ſolutioni deſtinato, antequàm arbitraria cōueniretur. Deſiit enim poſſe ſoluere tum demū, cùm ab eo in alio loco peti cœptum eſt § *2. ſup.* Et ſanè aliter poſito iure fieret iniuria ſtipulatori, cuius fauore locum in ſtipulatione adiectum fuiſſe ponimus, & ex facti circumſtantiis apparet. Nec habet reus quod cōqueratur, cùm diligentior debuerit eſſe ad ſoluendum, & ſeipſum, vt ita dixerim, interpellare, vt ſe ab actionis arbitrariæ periculo liberaret *arg. l. quoties 9. § & generaliter & ſeqq. inf. de admin. tutor.* Quamquam poteſt etiam ita hic textus intelligi, vt extra iudicium interpellatus fuerit debitor ad ſoluendū Epheſi, atque ita in mora cōſtitutus. Ponit enim diſertè Vlpianus poſt Iulianum, moram à debitore contractā fuiſſe, illis verbis *mora tua*, vt Florētiæ ſcriptum eſt, pro quib. verbis cū veteres mendosè legerent *mortua* coacti ſunt addere *animalia*, quæ nullius ſenſus lectio eſt, quāuis ab Accurſio, ſed malè, explicata. Fecit ſanè hoc mēdum, vt non viderint interpretes moram hîc ab Vlpiano requiri, quæ tamen regulariter citra interpellationem non contrahitur *d. l. mora 32. infr. de vſur. l. Titia Seio 87. § vſuras de legat.* Niſi quis dicat de ea mora hîc loqui Vlpianum, quæ facti ſit magis quàm iuris, & quæ ex eo ſolo æſtimāda ſit, quod de facto, vt aiunt, reus nō ſoluerit, atque ita ſtipulatorē coegerit, vt eū arbitraria conuenire, à quo tēpore nec purgandæ huius moræ ratio vlla ſupereſt. Hácque interpretationē magis probo, quia nec aliam morā ex parte rei præcedere neceſſe eſt, vt arbitraria conueniri poſſit, niſi vt nec ſoluerit, nec actorem ipſum in mora conſtituerit, accipiendæ ſuo loco ſolutionis, priuſquàm arbitraria actio proponeretur. Ceterùm ſiue nihil ſit, quod imputare poſſis reo, ſiue aliquid ſit, quod imputare actori poſſis, non eſt exiſtimandum huic Labeonis & Iuliani ſententiæ locum eſſe, vt actoris vtilitatē æſtimari oporteat: etſi non facilè poteſt meo iudicio contingere, vt nihil imputari poſſit reo, quin aliquid imputari poſſit actori. Si enim nihil ab vtroque factum ſit, hoc ipſo per reum ſtetiſſe & factum eſſe videtur ne ſoluerit, & vt arbitraria conueniri eum neceſſe fuerit. Sequitur,

c *Et quidem vltra legitimum modum vſurarum.* RAT. DVB. Legitimus modus vſurarum eſt, vt duplum excedere non poſſint *l. ſi non ſortem 26. § 1. ſupr. de cond. indeb. l. pecuniæ 9. l. placuit 29. infr. de vſur.* Atqui nec id quod intereſt excedere duplum poteſt *l. vnic. C. de ſent. quæ pro eo quod inter.* Ergo neque pro actore habenda eſt ratio, quanti eius interſit ob vtilitatem loci vltra modum legitimum vſurarum. DEC. Id quod cuiuſque intereſt nihil aliud eſt, quàm quod ei abeſt quódque lucrari potuit *l. ſi commiſſa 13. infrà rat. rem haber.* Hoc verò non tam in iure quàm in facto conſiſtit *l. quatenus 24. de regul. iur.* pendétque, vt cætera omnia quæ ſunt facti ex probationibus, quarum ſiue inopia ſiue copia ſit, vt id quod intereſt, nunc ad exiguam, nunc ad maiorem ſummam deducatur *l. vlt. inf. de ſtipulat. prætor.* Primuſque Iuſtinianus fuit, qui ſupradicta conſtitutione prohibuit ne in caſib. certis, id eſt, vt ille ipſe interpretatur, in venditionibus, locationibus, cæteriſque contractibus ac proinde etiā ſtipulationibus, poſſit id quod intereſt, duplum excedere, quaſi id quod ſupra duplum eſt, immoderatam creditoris auaritiam & auiditatem denotet, quam facilè ſubſequi iudex non debet *d. l. vnic. l. ex damni 40. in prin. inf. de damn. infect.* Ergo ante Iuſtinianum, & Labeonis, Iuliani ac Vlpiani tēporibus, quorū hæc lex eſt, poterat id quod intereſt, duplum excedere, ſi modò tāti ſtipulatoris

intereſſe probaretur, quod hodie per dictam Iuſtiniani conſtitutionem correctum eſt. Ita enim ſentire malo quàm cum Accurſio & Bartolo dicere, intereſſe quidem ſingulare non poſſe excedere duplũ intereſſe communis, ſed in hoc §. ſolùm commune intereſſe peti nõ ſingulare. Nam nec intereſſe commune poteſt duplum excedere, ſi Iuſtiniani mentem & ſenſum in *d.l.vnic.* benè percipio. Alioqui ferè inanis & illuſoria eſſet Iuſtiniani cõſtitutio ſi commune, vt vocant, intereſſe etiam in caſib. certis duplum excedere poſſet, vt latius aliquando fauente Deo circa illius legis interpretationem ſcribemus.

d *Puto & lucri habendam rationem.* RAT. DVB. Facilè abibit res in infinitum, aut ſaltem in immẽſum, ſi in æſtimando eo quod intereſt, non tantùm damni emergentis, ſed etiam lucri ceſſantis ratio habeatur. Quid non enim lucraturus ſit diligens mercator ex negotiatione, commutatis mercibus in pecuniam, deinde pecunia in merces, aut contrà? aut quis finis eſſe poteſt ceſſantis lucri? Quare nec eius ratio ſemper haberi ſolet, ſed tantùm damni & detrimenti quod actor paſſus fuerit, vt in ſpecie *l.2.§.portio autem infr. de leg. Rhod. de iact. l.ſi is cui 71. §.1. in fin. infr. de furt. l.vlt. de peric. & commod. rei vendit. l.ſi ſterilis 21.§. cùm per venditorem de action. empt.* Quam ob cauſam Accurſius noſter ait ſpeciale hoc eſſe in arbitrariis, & in quibuſdam aliis actionibus, nulla tamen ſpecialitatis allata ratione. DEC. Eius quod intereſt duo ſunt capita, vnum quod circa damnum emergens verſatur, alterum quod circa lucrum ceſſans *l.ſi commiſſa 13. inf. rat. rem haber.* Quamuis enim qui occaſionem lucri amittit, hoc ipſo non tam fiat pauperior, quàm non locupletior *l.quod autem 6. inf. Quæ in fraud. credit. l.ſi ſponſus 5. §.conceſſa & §.ſi maritus & paſſ. de donat. int. vir. & vxor.* quotuſquiſque tamen eſt, cuius non interſit fieri locupletiorẽ? Proinde quoties quis habet actionem ad conſequendum id omne quod ſua intereſt, proculdubio etiam ratione lucri ceſſantis agere poterit, vt in ſpecie *l.ſi in lege 24. §.colonus l.ſi fundus 33. ad fin. infr. locat. l.ſi mulier 21.§ rerum verſ. commodi infr. rer. amot. l.quicquid 7. Cod. arbitr. tutel. d.l.vnic. in fin. C. de ſentent. quæ pro eo quod inter.* Ex quibus locis intelligimus, quàm falſum ſit, quod poſt Accurſium quidam putant, eſſe hoc reſtringendum ad actiones arbitrarias. Nam neque actiones locati & conducti arbitrariæ ſunt, de quibus in *d.§.colonus & d.l.ſi fundus*, neque actio tutelæ de qua in *d.l.quicquid*, ſed bonæ fidei: & generaliter in *d.l.vnic. C. de ſentent. quæ pro eo quod inter.* Iuſtinianus definit conſtitutionem illam non minus in lucro quàm in damno habere locum debere, quia, inquit, etiam ex lucro veteres id quod intereſt ſtatuerunt. Neque tamen idcirco verendum eſt, vt id quod intereſt, abeat in infinitum, quandoquidem in æſtimando eo quod intereſt, neque lucri neque damni ratio vnquã habetur, niſi quod ſit circa rem, non etiam eius quod extra rem, quòd noſtri vulgò extrinſecum intereſſe appellant, cuius elegãs exemplum eſt in *d.§.cùm per venditorem.* Sed & in hac actione arbitraria, de eo quod certo loco, illud præterea requiritur, vt interſit ratione illius loci, in quo ſolui debuit. Quæ circunſtantia adeò limitata eſt, vt non niſi valde limitatum effectum poſſit producere in ipſa etiam pecunia, propter quam alioqui nũquam præſtatur id quod intereſt, ne ſcilicet facilè excurrat in infinitum. Indéque eſt, quod quamuis venditor ob non traditam emptori rem venditam teneatur ad id omne quod emptoris intereſt *l.1. infr. de action. empt.* emptor tamen non ſimiliter teneatur ad id quod venditoris intereſt, ſed tantùm ad vſuras pretij *l.ex empto 11.§.1. eod.* nempe quia debitor eſt pecuniæ in genere, cùm ſit debitor pretij, quod in pecunia numerata conſiſtere ſemper debet *d.l.vlt. de peric. & commod. rei vindic. iunct. §.precium Inſtit. de empt. & vendit.* Illud certè fatendum eſt fauorabiliorem cauſam eſſe eius quod intereſt ratione damni emergentis, quàm eius quod intereſt ratione lucri ceſſantis *l.in eo 33. l.non debet 41.§.1. de regul. iur.* quia grauius eſt & reipublicæ incommodius fieri quem pauperiorem quàm non fieri locupletiorem, vnde melior ſemper eorum cauſa eſt, qui certant de damno vitando, quàm illorum qui de lucro captando *l.vltim.§.ſi verò creditores Cod. de iur. delib. d.l.quod autem 6.§.ſimili modo infr. Quæ in fraud. credit.* Ob idque aliquando euenit, vt leges damni duntaxat & detrimenti rationem haberi velint, vt in *lege Rhodia de iactu d.l.2.§.portio autem infr. d. tit. de leg. Rhod. de iact.* itémque in actione furti *d.l.ſi is cui 71.§ 1. de furt.* Satis enim ſupérque domino conſultum eſſe viſum eſt, ſi ſupradictis caſibus indemnitas ei præſtaretur, nec contributio fit in lege Rhodia de iactu, vt is cuius merces in mare proiectæ ſunt, fiat locupletior, ſed vt minus damni & detrimenti ſentiat ex iactu qui factus eſt ex neceſſitate, nec rurſum comparata eſt actio furti ad locupletandum eum, cui furtum factũ eſt, ſed vt puniatur & pauperior fiat is, qui furtũ fecit, conſtituta in eum pœna dupli vel quadrupli vltra rei perſecutionem, quæ per vindicationem fiat, aut per condictionem. Et quamuis detur actio furti ei cuius intereſt rem non ſubripi *l.cuius interfuit 10. & ſeq. inf. de furt.* non tamen datur ad id quod intereſt, ſed ad pœnam dupli vel quadrupli adeóque nec id quod intereſt, in ea duplatur vel quadruplatur, ſed verum rei pretium *l.in furti actione 50. eo. tit. l.cùm furti 9. ſup. de in lit. iur.* Vt proinde mirum videri non debeat in ea actione lucri rationem non haberi, quãuis habeatur in actione rerum amotarũ *d.l.ſi mulier 21.§.rerũ verſic. commodi quoque inf. rer. amot.* quia licet ea actio in locum actionis furti & condictionis furtiuæ ſubrogata eſſe videatur *l.1. & 2. l.pen. eod.* diuerſam tamen ab vtraque naturã in eo habet quod arbitraria eſt *l.ſi cùm dos 8.§.1. & l.ſeq. eod. tit.* arbitrium autem quod in ea præcedit condemnationem, ſemper æquitatem adnexam habere debet *§.præterea Inſtit. de action.* Arbitratur enim iudex tanquam vir bonus, & quod viro bono cuilibet æquum videri debeat, nemo autem negauerit æquum eſſe, vt etiam commodi quod rebus amotis vir amiſerit, ratio habeatur contra mulierem quæ res amouit, quam & condẽnari poſteà oportet quanti vir in litẽ iurauerit ſua intereſſe ſi arbitrio non pareat *d.l.ſi cùm dos §.1.* Omnis enim condẽnatio quæ fit per iuſiurandum in litẽ ſiue in arbitrariis, ſiue in bonæ fidei actionibus, ſemper fit ad id quod intereſt *l.qui reſtituere 68. de rei vind.* non item in actionibus ſtricti iuris *l.in actio. verſ. planè ſup. de in lit. iur.* Itaque melior hac parte cõditio eſt cæterorũ furum, cõtra quos nulla cõmodi & lucri amiſſi ratio habetur, ſiue actione furti, ſiue condictione furtiua conueniatur, non quaſi fauorabiliores eſſe debeant, ſed quia non niſi ſtrictis actionibus tenentur, quarum natura nõ patitur, vt ad id quod actoris intereſt condẽnentur, ſi non idipſum quod intereſt, ſit in obligatione, vt in *l.naturalis 5.§.1. & ſeq. infr. de præſcrip. verb.* Contractuum & actionum quæ ex contractibus naſcuntur alia ratio eſt. Qui enim contrahunt, ſui lucri cauſa contrahũt,

vt ex ea negotiatione fiant locupletiores *l. actionum 25. §. 1. infr. de oblig. & action.* ita vt qui rem ſuam vendit, non tam ex re ipſa quàm ex negotiatione precium percipere dicatur *l. venditor 21. de hered. vel act. vendit.* Vnde eſt quod pleriſque locis ſcriptum legimus, naturaliter licere contrahentibus in emendo & vendendo, itémq; in locando & conducendo ſe decipere *leg. in cauſa 16. §. idem Pomponius ſupr. de minor. l. item ſi precio 22 §. vlt. & l. ſeq. infr. locat. l. ſi voluntate 8. C. de reſcind. vendit.* Non ergo reſtringendum eſt ad actiones arbitrarias quod hîc ſcribitur, in æſtimando eo quod intereſt, etiam lucri rationem habendam eſſe, ſed generaliter ad omnes actiones extendendum in quibus ad id quod intereſt condemnatio fit, ſiue principalis obligationis ſiue acceſſionis iure. Nec illud rurſus admittendum meo iudicio eſt, quod video etiam interpretibus placere ad eas perſonas reſtringi debere, id quod dicimus, æſtimandum eſſe lucrum, quæ mercari & lucrari conſueuerunt. Nam quod hîc Vlpianus ſcribit *quid ſi merces ſolebat cõparare?* exempli tantùm gratia poſitum eſt, quia in negotiatore apertiùs eſt, lucrari eum potuiſſe *d. l. vlt. de peric. & commod. rei vendit. d. l. ſi ſterilis 21. § cùm per venditorem de action. empt.* Cæterùm ſi quid commodi actor amiſerit, etiamſi negotiator non fuerit, hoc quoque præſtandum ei erit *d. l. ſi mulier 21. §. rerum verſ. commodi rer. amot. d. l. ſi in lege 24. §. colonus d. l. ſi fundus 33. in fin. infr. locat. d. l. vnic. C. de ſentent. quæ pro eo quod intereſt.* ſed ita tamen vt non tam illud inſpici debeat, quanti alius diligens negotiator lucrari potuerit, quàm quanti actor ipſe fuerit lucraturus, ſi moram paſſus non fuiſſet. Id enim eſt quod Paulus ſcribit in *d. l. ſi commiſſa 13 rat. rem haber. in quantum mea interfuit, id eſt quantum mihi abeſt quantúmque lucrari potui.* Itaque probare ſemper actor debet, tantum ſe lucrari potuiſſe. Quæ probatio in mercatore, ac negotiatore facilior certè eſt, & ad augendam lucri quantitatem vtilior, ſed quæ tamen etiam in eo qui negotiari ſolitus non ſit, aliqua eſſe poteſt, vt ex ſuprà dictis locis apparet. Simile quiddam eſt in *leg. ſi nauis 62. in fin. ſupr. de rei vindicat.*

3. CAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

IDeò in arbitrium iudicis refertur hæc actio: quia ſcimus, quàm varia ſint pretia rerum per ſingulas ciuitates, regionéſq;: maximè vini, olei, frumẽti, pecuniarum quoque[a], licet videatur vna & eadem poteſtas vbique eſſe: tamen aliis locis faciliùs, & leuibus vſuris inueniũtur, aliis difficiliùs, & grauib. vſuris.

*Ad l. Ideò in arbitrium 3.*

RAT. DVA. Etiam per alias actiones quàm per hanc arbitrariam, de eo quod certo loco peti merces poſſunt, maximè verò vinum, oleum, frumentum, vt puta per condictionem certi ex mutuo etiam adiecto loco, in quo ſolui eas oporteat *l. vinum 22. ſup. de reb. credit. l. vlt. ſupr. tit. prox. l. quoties 59. & l. ſeq. infr. de verb. oblig.* Et tamen non confertur certi condictio in arbitrium iudicis, quamuis non eo minùs varia ſint precia mercium per ſingulas ciuitates, cùm ex cauſa mutui merces debentur, quàm cùm ex cauſa ſtipulationis, cui certus locus adiectus ſit: alioqui etiam condictio certi perinde fieret arbitraria per adiectionem loci, atque actio ex ſtipulatione per quam debitor promiſerit merces iſtas dare certo loco: quod tamen euidenter falſum eſt, ſemper enim certi condictio ſtricti iuris eſt, itémque triticaria, vt & cæteræ omnes condictiones, nunquam arbitraria, vt docuimus ad *l. 1. & ad d. l. vlt. ſupr. tit. prox.* Ergo non eſt bona ratio, quæ hîc à Caio adfertur, propter quam in arbitrium iudicis referatur hęc actio arbitraria, *de eo quod cert. loc.* quòd pro diuerſitate locorum ac regionum diuerſa ſint precia mercium *l. precia rerum 63. infr. ad l. Falcid. l. ſi ſeruum 33. ſupr. ad leg. Aquil.* DEC. Non eſt referenda in arbitrium iudicis condemnatio, quæ ex natura actionis certa eſſe poteſt *l. vlt. C de fideic. libert.* Cùm enim ius ipſum per ſe certum ſic ac finitum *l. 1 infrà de iur. & fact. ignor.* id agit ſemper ciuilis legiſlator quantum poteſt vt certa fiat condemnatio, neq; ex arbitrio iudicis pendeat, neq; hoc tantùm in ſtricti iuris actionibus, ſed etiam in arbitrariis, vt ex aliarũ omnium exemplo, ſi hanc vnam excipias, cernere eſt. Nam in actione, quod metus cauſa condemnatio fit in quadruplum *l. item ſi cùm 14. §. 1. & ſeq. ſupr. quod met. cauſ.* in *actione de dolo ad id quod* actoris intereſt, quamuis vt in cæteris arbitrariis arbitrio iudicis reſtitutio fiat *leg. arbitrio 18. in princip. de dolo.* in rei vindicatione directa, in Publiciana & actione ad exhibendum, itémque rerum amotarũ, & aliis pleriſq; ſimilibus, quanti actor in *litem* ſuæ intereſſe iurauerit *d. l. qui reſtituerit.* Deniq; arbitrariæ dicuntur cæteræ actiones omnes, quòd in iis reſtitutio fiat arbitrio iudicis, non etiã condẽnatio. Sicut enim non quicquid iudicis poteſtati permittitur, id ſubiicitur iuris neceſſitati *l. non quicquid 40. ſupr. de iudic.* ita è cõtrario nec iudicis poteſtati & arbitrio permittendum eſt, quod ſubiicitur iuris neceſſitati, & in iis permittitur iudici, ſecundùm cuiuſq; rei naturam ex bono & æquo æſtimare, quẽadmodum actori ſatisfieri oporteat *§. præterea Inſtit. de act.* per arbitrium ſcilicet circa rei reſtitutionem interponendũ, nõ per condẽnationẽ. At in actione arbitraria de eo quod certo loco ſpecialiter obtinet, vt nõ reſtitutionẽ, de qua hîc non agitur, ſed cõdemnationẽ in arbitrium iudicis cõferri neceſſe ſit, quia cùm contra iuris regulas, non minùs, quàm contra ſtipulationis verba detur hæc actio à Prætore, non aliã naturam habere poteſt, ex qua ſequatur condẽnatio, quàm quæ æquitatis magis, quàm iuris rationib. fulciatur, æquitas autẽ tota pẽdet ex totius facti circũſtantiis *l. bona fides 31. infr. depoſit.* circũſtantiæ verò pro perſonarũ & factorũ varietatẽ aliæ atq; aliæ ſunt, & cũ alio loco agatur quã in quo ex ratione iuris & ex ſtipulationis verbis agi debuit, aliquando accidit, vt culpa ſtipulatoris id fiat citra morã promiſſoris, aliquãdo autẽ per morã & culpã promiſſoris citra morã & culpã ſtipulatoris, ac proinde vt vno caſu haberi rationẽ oporteat vtilitatis loci pro reo, alio autẽ caſu etiã pro actore, ita vt vix vnquã permittatur iudici inſeruire contractui, & eã quantitatẽ ipſam, quæ in ſtipulationẽ deducta eſt, deducere in condemnationẽ, vt diximus ad *§. vltimum legis præcedẽtis.* Hoc ipſum autẽ ideò, quia mercium, & cæterarũ rerum mobilium, quæ per hanc

actionem petuntur, præterquàm pecuniæ numeratæ, de qua poſteà dicemus, alia atque alia non modò pro temporum, ſed etiam pro locorum varietate æſtimatio eſt. Alioqui vix vlla eſſe vtilitas loci poſſet, cuius rationem haberi à iudice oporteret, niſi ſi quando aliunde intereſſet, nec proinde hoc caſu locum habet quod ſcribit Iuſtinianus in *l. vlt. C. de tempor. in integr. reſtit.* abſurdum eſſe ex locorum differentia induci aliquod iuris diſcrimen. Id enim ſic accipi debet, ſi cætera ſint paria, nec facti diſcrimen ex locorum diuerſitate vllum ſit. Diuerſitas igitur æſtimationis illa eſt, non quæ facit actionem arbitrariam, aut eius inducendæ neceſſitatem inducit (hoc enim ex eo fit, quod alio loco quàm in quem collata ſtipulatio eſt, agere ſtipulator directa actione non poſſit *leg. 1. ſupr. hoc tit.*) ſed quæ prætorem cogit, vt in arbitriũ iudicis referat condemnationem, vnde & arbitraria appellatur. Neque hoc tantùm facit varietas illa precij, cùm alio loco mercium iſtarum æſtimatio ſoluitur, quàm in quo ſolui debuit, ſed etiamſi in eodem loco alio tamen tempore, quia & pro temporum diuerſitate etiam in eodem loco harum rerum precia mutantur, non quidem vt ex eo fiat actio arbitraria, quemadmodum iam ſæpius monuimus in ſuperioribus, & dicemus ad legem ſequẽtem, ſed vt huiuſmodi mercium acceſſiones, ſi quæ promiſſæ ſint, etiam ex nudo pacto præſtandæ ſint, puta ſi quis acceptis mutuo decem modiis frumenti, vndecim aut duodecim ſe reſtituturum nudo pacto promiſerit *l. frumenti 17. & l. oleo 23. C. de vſur.* cùm tamen in acceſſionibus pecuniæ, id eſt, in vſuris ſtipulationem interuenire ſit neceſſe *l. rogaſti 11. §. ſi tibi ſupr. de reb. credit. l. Titius 24. infr. de præſcript. verb. l. 3. C. de vſur.* Fieri enim facilè poteſt & euenit quotidie, vt vndecim modij frumenti hodie minoris ſint, quàm creditori reſtituuntur, quàm fuerint decem contractus tempore cùm mutui dabantur. Incertitudo autem dubij euentus cuius par ratio eſt, in vtrumque caſum ſuſpicionem omnem fraudis amouet *l. 1. C. de pact. l. de fideicommiſſo 11. C. de tranſact. l. ſi pater puellæ 12. C. de inoffic. teſtam.* Nec quiſquam audiendus eſt id petens, cuius contrarium in alium euentum non fuerat poſtulaturus *vulg. l. pen. C. de ſolut.*

a *Pecuniariam quoque.* RAT. DVA. Non ſicuti mercium ita & pecuniarum pro locorum aut temporum varietate alia atque alia æſtimatio eſt, ſed ſemper vna, eáque certa & conſtans in republica bene conſtituta *l. 3. ſupr. de in lit. iur.* ideóque nec mercis appellatione venit pecunia *l. 1. infr. de rer. permut.* cuius ſcilicet vſus præcipuus in eam rem comparatus eſt, vt merces cæteráſque res omnes æſtimet, non vt ea per merces æſtimetur *l. ſi ita fideiuſſorem 42 infr. de fideiuſſ.* Ergo non ſicuti arbitraria actio de eo quod certo loco refert condemnationem in arbitrium iudicis, quoties certo loco dari merx aliqua debuit, idem probandum eſt, ſi fortè certo loco debeatur pecunia, quæ alibi petatur, ſed ſufficere debuit prætori hoc caſu inducere actionem quidem vtilem deficiente perinde directa cùm non magis pecuniam vno loco debitam petere ſtipulator alio loco poſſit quàm mercem *d. l. 1. l. 2. §. 1. ſupr.* ſed non arbitrariam, cùm nihil ſit hoc caſu quod in arbitrium iudicis condemnationem diſtantis conferri oporteat, & propter quod æſtimanda ſit hoc caſu aliqua vtilitas loci, ſiue pro reo ſiue pro actore, & augenda vel minuenda in condemnatione quantitas quæ per ſtipulationem promiſſa eſt. DEC. Etiam in pecuniis poteſt intereſſe ratione loci, vt in vno loco ſoluantur potiùs quàm in alio, non quidem propter earum æſtimationem, quæ vna certè & eadẽ vbiq; eſſe debet, ſed quia in quibuſdam locis faciliùs inueniuntur, & leuioribus vſuris, in aliis verò difficiliùs & vſuris grauioribus. Ita enim fit vt oneretur procul dubio minus debitor, ſi in eo loco per arbitrariam conueniatur in quo aut non tam facilè inuenturus ſit creditorem, qui mutuas dare velit aut poſſit pecunias, aut non niſi grauioribus vſuris quiſquam ſit fœneraturus. Sed ratio hæc ad ſolius debitoris commodum ſpectat, ſi vtilitas loci per arbitrariam à ſtipulatore propoſitam ei adimatur: ſed ex parte actoris quoq; poteſt fieri, vt loci vtilitas æſtimanda ſit, etiam quod ad pecunias pertinet, quas alio loco petere cogatur, quàm qui ab eo ſtipulatione fuerat comprehenſus: vt in exemplis illis quæ ex Iuliano & Vlpiano propoſuimus in *§. vlt. legis ſuperioris.* Excipiuntur ergo ab hoc tractatu duntaxat res immobiles, quia licet earum quoque pro locorum & temporum diuerſitate alia atq; alia ſit æſtimatio, alibi tamen præſtari non poſſunt, quàm vbi ſunt, quia nec locum mutare poſſunt, cùm ſint immobiles. Quid ergo fiet, ſi, quod infelici hoc noſtro ſeculo tam ſæpe accidit, non minùs incerta & varia ſit nummorum quàm mercium æſtimatio, ſiue ex abuſu & licentia commerciorum ea varietas cõtingat, ſiue ex edicto & authoritate legiſlatoris? Tãto magis vtique neceſſaria erit pro pecuniis etiam actio hæc arbitraria exemplo mercium. Vix enim eſt, vt hodie in tanta rerum omnium perturbatione pecunia non etiam mercib. adſcribi debeat, eodẽmque ferè in omnibus iure cenſeri quouſq; reformatis in meliùs cõmerciis pecuniarum, vna eadémque æſtimatio vbiq; conſtituatur. Quamquam vix ſperari hoc poſſe videtur in tam varia & Principum & dominationum multitudine, dum ſuos quiſq; ſubditos vult ſuis legibus, vt æquum eſt, viuere, ſuáque vti nummorũ ſpecie, ne monetæ cudẽdæ ius, quod ad ſupremæ poteſtatis dignitatem maximè pertinet, negligere, ſéq; in eo cęteris Principib. inferiorẽ agnoſcere videatur. Optandum eſſet duntaxat, vt illi ſaltem qui ab vno eodémq; reguntur Principe, vnam illam conſtantémq; nummorum æſtimationem expeterent: nec enim id eſſet difficilius, quam Romanis fuit efficere, vt Romæ eadem quæ Epheſi & Capuæ & Carthagine pecuniarũ eſſet æſtimatio. Dici autem vix poteſt, quàm multis litib. tribunalia ferè omnia redundent ex hac tam varia nummorum æſtimatione, quoties quæritur de pecuniarum ſiue creditarum ſiue ex alia cauſa debitarum ſolutione. Qua de re luculentum nec indiligentem tractatum compoſuimus iampridem, quem inſcripſimus De variis nummariorum debitorum ſolutionibus, aduerſus Carolum Molineum pragmaticorum ætatis noſtræ facilè principem, qui mihi ſemper viſus eſt omnium peſſimè in ſuo illo contractu de contractibus vſurariis, quæſtiones illas omnes, quæ ad hanc rem pertinent, tractauiſſe.

4. VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

QVòd ſi Epheſi petetur: ipſa ſola ſumma petetur: nec ampliùs quid: niſi ſi quid eſt ſtipulatus, vel ſi temporis vtilitas interuenit a.



Digitized by Google

*Ad l. Quòd ſi Epheſi 4.*

RAT. DVBIT. Abſurdum eſt actionem directam minoris eſſe poteſtatis, quàm vtilem, cùm vtiles actiones non niſi ad exemplum & in ſubſidium directarum introductæ ſint. Ideóque ſolent ambæ eundem effectum præſtare *leg. actio 47. ſuprà de negot. geſt. leg. quamquam 8. §. ſi mulieri verſic. planè inf. ad SC. Vellean.* Atqui cùm is, qui ſtipulatus fuerat Epheſi decem dari, petit Epheſi, agit directa actione, cùm verò petit Capuæ, agit vtili *leg. 1. ſupr.* Ergo quemadmodum agendo Capuæ agit arbitraria, per quam conſequitur quanti ſua intereſt non tantùm ratione damni emergentis, ſed etiam ex cauſa lucri ceſſantis *leg. 2. §. vltim.* vbi diximus *ſupr.* ita & agendo Epheſi tantundem conſequi debebit, vt non ſit deterioris conditionis agens directa, quàm agens vtili *leg. 1. ſupr. de Publ. in rem act.*

DECID. Sunt quidem actiones directæ & vtiles eiuſdem effectus & poteſtatis, quoties eandem aut iuris aut æquitatis habent rationem: at non æquè vbi diuerſa ratio eſt, diuerſitas enim ſiue rationis, ſiue æquitatis, diuerſitatem quoque iuris neceſſariò inducit vulg. *leg. illud 32. ad leg. Aquil. leg. 3. §. vnde etiam infr. de iniuſt. rupt.* Atqui in propoſita ſpecie prorſus diſpar ratio eſt actionis directæ, quæ ex illa ſtipulatione competit, *Epheſi decem dari*, & vtilis quam ex eadem ſtipulatione dat prætor, vt alibi quàm Epheſi reus conueniri poſſit. Directa enim actio, quæ ex verbis ipſis ſtipulationis competit, vt Epheſi petatur, ſtricta eſt, vt ſunt regulariter actiones omnes, quæ ſiue ex ſtipulatione competunt, ſiue ex ſtipulatu *leg. aliàs 6.* vbi diximus *ſupr. de in lit. iurand. leg. ſi quis certum 24. ſupr. de reb. credit.* Actiones autem ſtrictæ nullam æquitatis rationem admittunt, ſiue nobili ſiue mercenario iudicis officio, niſi ratione fructuum ex re quæ fuerit actoris poſt litem conteſtatam perceptorum ex *leg. 2. leg. videamus 38. §. ſi actionem infr. de vſur.* In eoque maximè differunt actiones ſtricti iuris ab actionibus bonæ fidei, & arbitrariis, in quibus æquitatis potiſſimùm rationem habere ob oculos iudex debet *§. prox. infr. leg. bona fides 31 infr. depoſit. §. in bonæ fidei & §. præterea Inſtit. de action.* nec alia de cauſa ſtricti iuris eas appellari exiſtimandum eſt. Vtilis autem actio quæ naſcitur ex eâdem ſtipulatione, *Epheſi centum dari*, ſicuti datur non ex verbis, ſed contra verba ipſa ſtipulationis, ita fieri nequit, vt ſit ſtricta, ſed neceſſe eſt vt ſit arbitraria *dict. leg. 1. & leg. 2. §. 1. ſupr.* atque ita vt cùm ex verbis ſtipulationis æſtimari non poſſit, ex ſola æquitate æſtimanda ſit, quæ non patitur, vt impunè loci vtilitas alterutri contrahentium facto alterius adimatur. Vnde pendet ſecunda, & quæ præcipua eſt inter actiones iſtas, differentia. Nam ſtipulator qui actione directa petit decem Epheſi, cùm petat in eo ipſo loco in quo peti & ſolui ſumma debuit, nullam loci vtilitatem aufert reo neque ſibi ipſi. Nec igitur ratio vlla eſt propter quam hoc caſu permittendum ſit vel ſtipulatori maiorem quantitatem petere, quàm quæ in ſtipulationem deducta eſt, vel iudici excedere eam quantitatem aut minuere. Tota namque æquitas actionis arbitrariæ ex eo proficiſcitur, quod per arbitrariam vtilitas loci, in quo & petitio & ſolutio fieri debuit, alterutri contrahentium facto culpáve alterius neceſſariò adimatur. Et ita Iuſtinianus ipſe explicat in *§. loco plus petitur verſic. ſi quis tamen Epheſi de action.* Benè igitur Vlpianus hîc ſcribit, ſi Epheſi petatur, ipſam ſolam ſummam peti debere, & in condemnationem deduci, nec ampliùs quid: ſed exceptio ſubiungitur ſtatim,

a *Niſi ſi quid eſſet ſtipulatus vel ſi temporis vtilitas interuênit.* Hîc verò quærunt interpretes poſt Bartolum & Accurſium, an vna tantùm exceptio ſit, an duplex? Prior Accurſij interpretatio vnam facit, acſi ſcripſiſſet Vlpianus, niſi ſi quid præter ſummam principalem ſtipulatus eſſet actor, *etiamſi temporis vtilitas interuenerit*, hoc ſenſu, vt ſi quidem ſtipulator præter ſummam principalem aliquid ſtipulatus proponatur, puta pœnam vel vſuras vel quanti ſua intereſt, id quidem omne poſſit petere quod ſtipulatus fuerit, ſed prætereà nihil, nec ſi temporis vtilitas interuenerit, id eſt, nec ſi interſit ſtipulatoris ſolutam fuiſſe citiùs pecuniam, fortè propter acceſſionem fructuum, vel vſurarum, vel eius quod intereſt. Cui interpretationi tam longè petitæ & ab Vlpiani verbis, quod nec Bartolus diffitetur, omninò alienæ cauſam illud dedit, quod vident, in actionibus ſtrictis, qualem proximè diximus, eſſe actionem illam directam, per quam Epheſi petitur, quod Epheſi dari debuit, nulla poteſt haberi ratio vtilitatis temporis ſiue propter vſuras ſiue propter fructus aliáſque acceſſiones, quas conſtat non niſi ex die litis conteſtatæ deberi poſſe *dict. leg. 2. & dict. leg. videamus 38. §. ſi actionem de vſur. leg. cùm fundus 31. in princip. ſupr. de rebus creditis.* vſuras verò ne quidem ex die litis conteſtatæ, vt benè doctiſſimus Cuiacius contra vulgares interpretes docuit ſæpius, quem nos ſecuti ſumus in *Error 2. Decad. 1. de error. pragmat.* vbi oſtendimus longè alium ſenſum eſſe *leg. lite conteſtata 35. de vſur.* Et probatur etiam hæc ſententia ex *leg. 1. Cod. de condict. indeb.* quæ cùm negat vſuras per condictionem indebiti poſſe peti, non minùs litis conteſtatæ quàm moræ tempus excludit. Nec videre interpretes potuerunt, qua ratione aut arbitraria poſſit eſſe actio, per quam Epheſi petatur, quod Epheſi dari debuit, aut ſi arbitraria non eſt, poſſit vtilitatem temporis admittere, cùm ſit ſtricta. Tantíque momenti obiectio hæc viſa eſt, ipſi etiam Cuiacio, vt ex hac potiſſimùm lege auſus ſit dicere, adiectione temporis non minùs quàm loci actionem fieri arbitrariam, quod nos iam refutauimus ad *leg. 1. ſupr.* & poſteà iterum refellemus. Poſterior verò Accurſij interpretatio duplicem facit exceptionem, vnam, quæ prioribus illis verbis contineatur, *niſi quid eſſet ſtipulatus.* alteram, quæ illis *vel temporis vtilitas interuenit*, quaſi repetita dictione *niſi* acſi ſcriptum eſſet in hunc modum, *vel niſi temporis vtilitas interuenit*. Atque ita certè ſentiendum omnino eſt. Sed quemadmodum prior exceptio nullam habet difficultatem, & benè ſic explicatur ab Accurſio, vt ſi is qui ſtipulatus eſt, *Epheſi decem dari*, prætereà ſtipulatus ſit pœnam vel fructus, vel lucrum, vel vſuras, vel intereſſe, vel quid aliud tale, hoc quoq; præter ſummam principalem peti poſſit: ita poſterior eam dubitationem iniicit, quam nos iam diximus, quaſi Vlpianus velit perinde temporis atque loci vtilitatem ſpectandam eſſe, & conſequenter videri hanc quoque actionem ex adiectione temporis fieri arbitrariam, quod

tamen nemo ex interpretibus, vno excepto, vt diximus, Cuiacio, poteſt concoquere. Sic itaque textum hunc explicare coguntur, vt temporis quidem vtilitas æſtimanda ſit, ſed ea tantùm quæ rationem habeat ſolius damni emergentis, non etiam lucri ceſſantis, vt ex hac diſtinctione & differentia conſtet non ideò eſſe hanc actionem arbitrariam, in qua ſcilicet ſi arbitraria eſſet, etiam lucri rationem haberi oportet *leg.2 §. vltim. ſupr.* Aut ſi hæc non placeat interpretatio, dicendum eſt, inquiunt Accurſius & Bartolus, reſtringendam eſſe hanc exceptionem ad actionem ex teſtamento, quæ licet ſtricta ſit, admittit tamen præſtationem fructuum & vſurarum aliarúmque huiuſmodi acceſſionum ad inſtar actionum bonæ fidei ex die moræ *leg. in minorum 3. Cod. in quib. cauſ. non eſt neceſſ. in integr. reſtit.* Cuiacius verò vt hinc ſe expediat, cùm neutram harum interpretationum videat eſſe probabilem (eſt enim vtraque commentitia & diuinatoria, poſterior verò etiam contraria præcedentibus, ex quibus apparet Vlpianum de illa tantùm ſtipulatione tractaſſe *Epheſi decem dari*, non autem de actione ex teſtamento maluit) nouam opinionem inducere, vt per temporis æquè ac per loci adiectionem fiat actio arbitraria, in eáque non minùs lucri quàm damni rationem haberi oporteat. Mihi videntur omnes interpretes in eo errare, quòd putant tractare hîc Vlpianum de ea temporis vtilitate, quæ actori præſtanda ſit ex mora debitoris & officio iudicis, ac cuius haberi ratio nulla poſſit, niſi per arbitrariam, cùm tamen loquatur, & intelligi debeat de vtilitate, quæ propter adiectionem temporis præſtanda ſit iure obligationis quamtumlibet ſtrictæ ex ſtipulatione ſic concepta *Epheſi Calendis Ianuariis proximis decem dari.* Certum enim eſt ex huiuſmodi ſtipulatione quandocunque poſt Calendas accepto iudicio tanti litem æſtimandam eſſe, quanti ſtipulatoris interfuit ea die ſolutum eſſe, vt eleganter Celſus ſcribit in *leg. ſi Calendis 11. infr. de re iudic.* vbi ſententiæ huius rationem illam perelegantem & generalem adfert, quòd ex eo tempore quidque æſtimandum ſit quo nouiſſimè ſolui res potuit. Dies autem Calendarum ille fuit quo ex verbis ſtipulationis nouiſſimè ſolui decem Epheſi potuerunt, non quaſi poſt eam diem præteritam, decem illa deberi & ſolui poſſe deſinant (multo magis enim dandum hodie eſt, quod iam olim dari oportuit *leg. ſi ſterilis 21. §. cùm per venditorem infr. de act. empt.* nec debet moroſo debitori fruſtratio ſua prodeſſe ad acquirendam ei liberationem *leg. hominem 37. infr. mandat.*) ſed quia verum eſt, quod poſt eam diem ſoluitur ſua die, nec ſolutum eſſe, nec ſolui amplius poſſe. Nec diſſimiliter Vlpianus in *leg. ſi fundum certo die 114. de verb. oblig.* ſcribit: Si fundum certo die præſtari ſtipuler, & per promiſſorem ſteterit, quominùs ea die præſtetur, conſecuturum me quanti mea interſit moram factam non eſſe. Quòd ſi quanti mea interſit, ergo non tantùm ratione damni, ſed etiam lucri, quippe cuius ratio ſemper haberi debet in eo quod intereſt æſtimando, vt oſtendimus ad *dict. §. vltim. leg. 2. ſupr.* Et ſanè fatendum eſt multum intereſſe, an debitor in mora conſtituatur per interpellationem extraiudicialem congruo loco, & tempore factam, vt in *leg. mora 32. infr. de vſur.* an verò per lapſum temporis adiecti in ſtipulatione. Priore caſu nulla moræ ratio habetur in iudiciis ſtrictis, quod pertinet ad acceſſiones, ſiue de fructibus loquamur, ſiue de vſuris, ſiue deinique de eo quod intereſt, ſed tantùm in iudiciis bonæ fidei *d. l. mora §. in bonæ fidei l. videamus 38. §. antep. eod. tit.* Poſteriore verò habetur neceſſariò, nec iudicij ſtricti natura reluctatur, cùm id fiat ex verbis ipſis ſtipulationis cui ponimus inſertum diē: qui enim ſtipulatur *Epheſi decem dari Cal. proximis*, perinde habēdus eſt ac ſi adieciſſet, *aut ſi nō dederit quanti mea intererit eo die dari d. l. ſi Calendis, & d. l. ſi fundum*, alioqui fruſtra & inutiliter adiectus eſſet dies ſtipulationi, quod dicendū non eſt, cùm adiectus dies partē faciat ſtipulationis *l. 1. §. editiones ſupr. de edend.* Idque eleganter docet etiam Africanus in *d. l. hominem 37. mandat.* vbi poſtquàm dixit in æſtimanda re quæ per ſtipulationem debita ſit, ſpectandum eſſe tempus quo agitur, ſubiungit ſtatim exceptionem, *niſi fortè aut per promiſſorem ſteterit quominùs ſua die ſolueret, aut per creditorem quominùs acciperet: neutri enim eorum fruſtratio ſua prodeſſe debet.* Non dixit ſimpliciter, *ſi per promiſſorem ſteterit quominùs ſolueret*, ſed adiecit *ſua die* vt intelligamus quantum interſit an dies adiectus ſit ſtipulationi, an non. Eodémque pertinet quod ſcriptum eſt in *leg. vinum 22. ſupr. de reb. credit. & in leg. vltim. ſupr. tit. prox.* Si vinum aut qua alia merx certo die dari debuit, tanti faciendam eſſe æſtimationem quanti merx fuit eo præciſè tempore quo dari debuit. Etſi enim alius tractatus eſt de ineunda æſtimatione rei debitæ, alius verò de præſtando eo quod intereſt ob non factam ſua die ſolutionem, ex eodem tamen fonte vtrumque naſcitur, & ex eadem illa ratione quàm ponit Celſus in *dict. leg. ſi Calendis*, quia vnum quodque æſtimandum ſit ex eo tempore quo nouiſſimè ſolui potuit. Cui etiam illa reſpondet quam Papinianus adfert in *leg. 2. de vſur.* quòd quale quid eſt cùm petitur, tale dari debeat, tempus enim quo res petitur, nouiſſimum tempus eſt quo ſolui poteſt, finis ſiquidem dandi & faciendi eſt quando iudicium accipitur *leg. ſi Titius 9. leg. ſi inſulam 84. de verb. oblig.* Adeò autem verum eſt ex ſolo lapſu diei appoſitæ in ſtipulatione moram contrahi, vt ex mora etiam pœna committatur eo quoque caſu quo nemo ſit qui poſſit ſoluere, puta defuncto promiſſore nec eius hereditate adhuc adita *leg. ad diem 77. eod. tit.* cùm tamen pœna omnis ex ſe ſit odioſa *leg. ſi venditor 6. §. 1. infr. de ſeru. export. leg. vltim. infr. de leg. commiſſ.* An igitur hæc actio ex ſtricta fiet arbitraria, vt putant interpretes, ſi in ea lucri quoque ratio habeatur, quam diximus habendam eſſe? Minimè verò. petitur enim hoc caſu id quod intereſt, ac proinde lucrum quoque ac damnum pura actione & directa, & ex verbis ipſis ſtipulationis, non officio vllo iudicis ſiue nobili ſiue mercenario, vt loquamur cum interpretibus, quod certè in arbitraria non contingeret *dict. leg. 2. §. vltim. ſup. leg. centum Capuæ 8. infr.* Nec rurſus adimitur promiſſori vtilitas temporis, ſi ex ea ſtipulatione poſt Calendas præteritas quandocunque agatur, imò conſeruatur potiùs, cùm non citeriore, ſed vlteriore die agatur, in longiore autem tempore etiam breuius contineatur, quamuis non impunè ferat debitor, quòd ad dictam diem non ſoluerit, quomodo nec impunè ferre deberet, ſi qua in re alia ſtipulationi non ſatisfeciſſet. Quis ergo poſſit admittere cum Cuiacio fieri actionem hanc arbitrariam adiectione tēporis, perinde atq; loci, cùm poſt elapſum tempus quod ſtipulatione fuerat comprehenſum, non ſolùm directa actio duret,

ſed neque prius competat ant exerceri poſſit quàm tempus illud prætetierit? Nam vt verè Papinianus dicebat *in leg. liber homo* 110. §. 1. *de verb. oblig.* peti nō debet, addo, nec poteſt cum effectu, quod intra comprehenſum tempus ſolui poteſt. Quando igitur incipiet directa actio cum effectu competere, ſi ea quæ poſt tempus præteritum incipit exerceri, eſt arbitraria? Quiſnam, obſecro, dabitur caſus in quo poſſit actor pura intentiooe, vt Iuſtinianus loquitur io *dict. §. loca plus petitur verſ. ſi quis tamen Epheſi de action.* id eſt, ſine adiectione loci (opponuntur enim iſta quaſi contraria *purè promittere & promittere cum adiectione loci leg. fideiuſſor* 16. § 1. *infr. de fideiuſſ.*) intendere poſt tempus præteritum dari ſibi oportere quod ſua die dari debuit, nec datum fuit? Et tamen ſi bona eſt comparatio temporis & loci ad conſtituendam actionem arbitrariam, vt vult Cuiacins, omnino fatendum eſt, quemadmodum agenti actione arbitraria de eo quod certo loco, alibi quàm vbi ex ſtipulatione agi debuit, opponitur ille qui agit directa & pura intentione eo ipſo in loco, qui ſtipulatione comprehenſus fuit, ita & agenti arbitraria iſta quam comminiſcitur Cuiacius, de eo quod certo tempore opponi directam & puram aliquam actionem & iotentionem quæ arbitrariam excludat. Atqui talis actio ratione temporis in ſtipulatione adiecti nec vlla eſt, nec eſſe poteſt, ſi vera eſt Cuiacij ſententia. Nam prius quam tempus ſtatutum prætetierit, ſi agat ſtipulator, malè agit, quia petit ante diem, & tempore plus petit *dict. leg. liber homo* §. 1. *l. ſtipulatio iſta* 38. §. *inter incertam*, & *l. qui hoc anno* 42. *de verb. oblig. l. quod certa* 70. *de ſolut.* Poſtquàm verò tempus præterijt, actio quidem competit, ſed quæ, ſi Cuiacio credimus, iam facta ſit arbitraria. Nullo igitur caſu directæ locus eſſe poterit, atque ita magis erit arbitraria actio, quæ competet ratione temporis, quàm quæ ratione loci. Illa enim ſic arbitraria eſt, cùm alio loco agitur, vt tamen poſſit etiam directa eſſe, ſi in deſtinato loco agatur. At ea, quæ ratione temporis in ſtipulatione adiecti arbitraria conſtitueretur, ſemper & omni caſu eſſet arbitraria, nunquam directa. Imò verò è contrario noo poſſe actionem hanc vllo caſu aut vllo tempore arbitrariam eſſe conuincitur ex eo, quòd ſi eſſet arbitraria, non poſſet exerceri ſine commemoratione temporis, quod ſtipulatione comprehenſum eſſet, ſicot nec actio arbitraria de eo quod certo loco ſine commemoratione loci in quo peti & ſolui res debuit. Alioqui actor ſicut vno caſu plus loco peteret, ita & alio plus tempore *dict. §. loco plus petitur de action.* Atqui in exemplo propoſito, cùm is, qui ſtipulatus eſt dari ſibi decem Epheſi Calendis Ianuariis proximis, ea decem petit Februariis ſequentibus, quæro an malè aget ſi petat ſine Calendarum Ianuariarum commemoratione, & nulla earum facta mentione? Cur verò malè ageret? An quia plus tempore peteret alio tempore petens, quàm quo ſolui debuerat? Imò petit ſuo tempore quandocunque petens præterito tempore, quod ſi præteritum non eſſet, nondum petere niſi præmaturè poſſet *dict. leg. liber homo* §. 1. *leg. vnic. ſupr. quand. dies vſusfr. legat. ced.* Tantùmque abeſt vt tempore plus petat petendo Februarijs ſequentibus, vt contra minus tempore ſoluat promiſſor qui poſt tempus ſoluit §. *fideiuſſores Inſtitut. de fideiuſſ.* niſi prætereà præſtet creditori quanti eius intetfuit ſua die ſolutum fuiſſe *dict. leg. ſi Calendis & dict. leg. ſi fundum.* Nam & plus tempore ſolueret, ſi ante diem ſolueret *leg. tanto-lenus* 15. *aliàs leg. cum qui de ann. legat.* Denique arbitrariam actionem non illud inducit, qnod alio loco promiſſor ſoluat, quàm in quo debuit (nec enim is qui certo loco date promiſit, vllo aliu loco quam in qno promiſit, ſoluere inuito ſtipulatore poteſt *leg. pen. infr. leg. fideiuſſor* 16. §. 1. *infr. de fideiuſſ.*) ſed quòd alio loco petere actor cogatur, quàm in quo ex verbis ſtipulationis petere debuit *leg.* 1. *ſupr.* Ergo nec arbitrariam ratione temporis illud faciet, qnod alio tempore promiſſor ſoluat, quàm quo debuit ſoluere, dum ne actor alio tempore petat, quàm quo petere poſſit & debeat. Quod obiici certè non poteſt creditori, qui Calendis Februariis petit quod in præcedentibus Iannariis iam ſolnere promiſſor debuerat *dict. leg. ſi ſterilis* 21. §. *cùm per venditorem in fin. de action. empt. leg. qui res* 98. §. *mihi dare de ſolut.* Cùmque arbitraria ratione loci contineat vtriuſque vtilitatem tam actoris quàm rei, vt ſcriptum eſt io *leg.* 2. *in princip. ſupr.* id eſt, alterutrius *leg. vnic. Cod. vbi conuen. qui cert. loc. dar. promiſ.* ſcilicet aut actoris aut rei in ſeparatis caſibus *leg. centum Capua* 8. *infr. hoc titul.* non poſſet tamen dari caſus, in quo noua iſta arbitraria, quam Cuiacius ratione temporis indncit, rei vtilitatem vnquam contineat. Semper enim rei intereſt tardiùs ſoluere, maiorémque vtilitatem percipit ex tardiore ſolutione, nunquam verò damnum: actor verò ſemper damnum, vtilitatem verò nunquam. Itaque nulla vtilitas temporis adimitur reo qui poſt tempus conuenitur, quomodo vtilitas loci ei adimitur qui alio loco *dict. §. loca plus petitur.* Sed hæc contra Cuiacium ſufficiant, qui tamen in eo meliùs ſentit, quàm vulgares interpretes, quod illi vtilitatem temporis hîc intelligere eam videntur quæ proueniat ex mora per interpellationem extraiudicialem contracta, Cuiacius verò eam cui cauſam det, mora quæ non per interpellatioocm, ſed per lapſum temporis in ſtipulatione adiecti contracta ſit, de qua & in *dict leg. ſi Calendis* 21. *de re iudic. dict. leg. ſi fundum* 114. *de verb. oblig. dict. leg. hominem* 37. *in fin. mandat.* In quo nobiſcum conuenit. Nos verò cum omnibus in eo, quod ſemper habenda eſt ratio vtilitatis temporis adiecti in contractu ſiue ſtricto ſiue bonæ fidei, non minùs quàm loci *leg. ſi vt certa* 5. *in princip. infr. commod.* Supereſt alia quæſtio quam ad hanc legem ſubnectit Bartolus, ſi quis ſimpliciter ſtipulatus ſit *decem dari* nullo adiecto loco, & alibi promiſſorem conueniat quàm in loco promiſſionis, an actio erit arbitraria, an directa? Dubitandi cauſam illud præbet, quod nullo adiecto certo loco videatur locus promiſſionis ſolutioni deſtinatus ex *leg. quid tamen* 21. *aliàs leg. ſi cùm dies* § *ſi arbiter ſupr. de recept. qui arbitr. recep.* Sed iam docuimus in præcedentibus vbique locorum & deberi & peti poſſe, quod nullo certo loco debetur: idcóque & impunè poſſe quocunque loco ſolui *l. tunc qui inſulam* 43. *ſupr. de iudic. leg. qui loco certo* 27. *ſupr. de condict. indeb. leg. pen. infr hoc tit. leg. continuus* 137. §. *cùm ita de verb. oblig.* Cùm ergo directa actio competat vt quocunque loco agi poſſit, nullus arbitrariæ locus eſſe poteſt, tantum diſtat, vt quoties alibi quā in loco promiſſionis agetur, arbitraria neceſſaria ſit, vt non inſubtiliter Bartolus contra Guilhelmum de Cuneo diſputat. Neque rurſus verum



Digitized by Google

eſt quod idem Gulielmus putabat nullo certo loco adiecto locum promiſſionis ſolutioni deſtinatum videri. Nam quod quocunque loco peti poteſt, id etiam neceſſe eſt ex mente contrahentium, vt quocunque ſolui poſſit, ac proinde vt locus ſolutioni deſtinatus non ille ſit, in quo promiſſum eſt, ſed vbi petitum, vt idem Bartolus benè probat ex *l.vinum 22.ſupr.de reb.credit. iunct.d.l. vltim.ſupr.tit. prox.* Quamquam in hoc quoque errat Bartolus, quòd putat adiectionem loci, in quo ſolutio fieri debet, facere actionem arbitrariam: quod certè non ita eſt, vt conſtat ex *l.heres abſens 19. §.vltim.ſup. de iudic.* Sed adiectum eſſe locum oportet obligationi non ſolutioni, vt nec alio loco peti actione directa poſſit *dict. leg. 1.* vbi diximus *ſupr.* Petitioni ergo deſtinatum locum eſſe oportet non ſolutioni, vt ſi alio loco agere volet ſtipulator, neceſſaria ei ſit arbitraria.

1 ¶ Interdum Iudex, qui ex hac actione cognoſcet, cùm ſit arbitraria, abſoluere reum debet, cautione ab eo exacta de pecunia ibi ſoluenda, vbi promiſſa eſt. quid enim, ſi ibi vel oblata pecunia actori dicatur, vel depoſita, vel ex facili ſoluenda? nónne debebit interdum abſoluere? in ſumma æquitatem quoque ante oculos habere debet iudex, qui huic actioni addictus eſt.

*Ad §. 1. Interdum.*

RAT. DVB. In cæteris actionibus arbitrariis ita ius eſt, vt ſi reus arbitrio non pareat, ſemper ſit condemnandus, & quidem in maiorem quantitatem quàm quæ petebatur, vt hanc contumaciæ ſuæ pœnam ſentiat qui arbitrio iudicis benè iubentis parêre noluit *l. item ſi cùm 14. §.1.ſupr.quod met. cauſ. l.qui reſtituere 68.ſupr.de rei vindic l.1.de in lit.iur. l.vlt. infr. de fideiuſſ.* Abſoluendus verò nunquam niſi cùm paruit arbitrio & ſatisfecit, quo caſu cætera quoque iudicia omnia ſunt abſolutoria *§.vltim.Inſtit.de perpet. & tempora action.* Semper enim debitori prodeſt ſatisfeciſſe, cùm ſatisfactio pro ſolutione ſit *l.ſatisfactio 52.infr.de ſolut.* ſed velle ſatisfacere nihil prodeſt *l.item liberatur 6. §.1. infr. quib. mod.pign. vel hypoth. ſolut.* Ergo nec in actione iſta de eo quod certo loco, quæ non modò arbitraria eſt, ſed præcipuo quodam ac ſingulari iure arbitraria per emphaſim dicitur, idem ius ſeruandum eſt, vt nihil proſit reo ad euitandam condemnationem quòd velit & paratus ſit ſatisfacere, niſi oſtendat ſe ſatisfeciſſe. Atqui reus qui paratum ſe dicit cauere de pecunia ibi ſoluenda, vbi dari promiſſa eſt, fatetur hoc ipſo ſe nondum ſatisfeciſſe, imò nec dicit ſe paratum ſatisfacere: nec enim cauere de ſoluendo ſoluere eſt, nec quemadmodum ſatisfactio iam præſtita pro ſolutione eſt, ita & cautio de ſoluendo oblata pro ſatisfactione haberi poteſt, nedum pro ſolutione. Proinde condemnandus omnimodo hîc reus eſt, non abſoluendus. Nec ad rem pertinet, quod dicat probétque vel ibi oblatam à ſe actori fuiſſe pecuniam, vbi ſolui debuit, vel depoſitam & obſignatam, vel de facili ſoluendam. Nam præter id quod his caſibus ſatis conſultum eſt reo per actionem ipſam arbitrariam, per quam conſecuturus eſt pleniſſimam loci vtilitatem, id eſt, quanti ſua intererit alio potius loco, qui fuerat inſertus obligationi, ſoluere, ſi alibi conueniatur præſertim poſt moram ab actore ipſo commiſſam, vt diximus ad *leg. 2. in princip. & §. ſi quis Epheſi ſupr.* illud etiam certum eſt oblationem ſolam non ſufficere vt vim ſolutionis habeat, niſi oblationem ſine cauſa recuſatam ſecura ſit obſignatio *leg. acceptam 19. Cod. de vſur. leg. obſignatione 9. Cod. de ſolut.* depoſitionem autem & obſignationem pecuniæ ſi ritè & congruo loco ac tempore facta ſit, non modò prodeſſe ad moram purgandam, ſed etiam ſolutionis vim habere *dict. leg. obſignatione*, vt proinde nullus quæſtioni locus ſupereſſe videatur, an per arbitrariam actionem peti poſſit pecunia, quæ iam ſoluta ſit, aut ſaltem habenda pro ſoluta. Quod autem additur de pecunia quæ faciliùs ſolui poſſit in loco deſtinato, quàm vbi petitur, condemnationem inducere potiùs debet quàm abſolutionem, dummodò vtilitatis loci ratio habeatur pro reo, qui leuioribus vſuris pecuniam inuenire potuit, ſi in loco ſtipulationi inſerto conuentus fuiſſet *leg. prox. in fin.ſupr.* Nulla igitur his etiam caſibus abſoluendi rei ratio ſupereſt licèt in mora ipſe non fuerit, ſed actor à quo conuenitur, ſatiſque reo eſſe debet quòd loci vtilitatem habiturus ſit, tantóque minus ſtipulatori ſoluturus. *dict. leg. 2. §. vltim. ſupr.*

DECID. Hæc actio ideo arbitraria dicitur per emphaſim, vt in ſuperioribus docuimus, quòd tota in arbitrium iudicis referatur, etiam quantum ad condemnationem, vt non cogatur iudex inſeruire contractui, ſed quantitatem in ſtipulatum deductam vel excedere poſſit vel minuere, quoties id æquum ex facti & perſonarum circumſtantiis eſſe videt *leg. 2. §. vltim. & leg. prox. ſupr.* Quod enim habet arbitrium iudex, qui huic actioni addictus eſt, habet tanquam vir bonus, & ideò arbitrari idipſum debet, quod alius quilibet vir bonus eſſet conſtituturus. Quid autem melius, quàm quod bono cuilibet viro & prudenti æquum videri poſſit? *leg. placuit 8. Cod. de iudic. leg. in omnibus 90. de reg. iur.* Proinde æquitatem maximè ante oculos iudex habere debet, non tamen cerebrinam illam totius iuris noſtri nouercam infeſtiſſimam, ſed, vt Panormitanus loquitur, iure informatam & quæ ex iure colligi poſſit, quæ ſi ſuadeat vt abſoluendus ſit reus, vtique abſoluere eum debet tam facilè ac multo faciliùs quàm condemnandum condemnare, vt promiores eſſe debemus ad liberationem & abſolutionem quàm ad condemnationem *vulg. leg. Arianus 41. infr. de oblig. & action.* Nec verò difficilius eſt iudici reum abſoluere in totum, quàm diminuere quantitatem, quod nihil aliud eſt, quàm ex parte abſoluere. Qui enim pro parte abſoluere poteſt ex æquitate, cur non eadem aut maiore æquitate vrgente in totum quoque abſoluere poterit? nam & ita ex Pomponio argumentatur Vlpianus in *leg. iuris gentium 7. §. adeò ſupr. de pact. leg. penult. infr. de confeſſ.* Denique quiſquis condemnare poteſt, etiam poteſt abſoluere *l. 2. infr. de re iudic.* quáuis formulæ, per quas dabantur olim iudicas, condēnationis tantùm mentionē facerent, non

etiam

etiam abſolutionis. Atqui cùm debitor obtulit pecuniam eo ipſo in loco in quo promiſit, licèt non depoſuerit (ſecuta enim depoſitio poſt oblationem ritè factam pareret liberationem, nec quæſtioni locum vllum relinqueret) aut ſi non obtulerit quidem, quia non habebat cui offerret, ſed tamen depoſuerit pecuniam debitam, vt appareret per eum non ſtare quominùs ſolueret (quo caſu licet non acquiratur liberatio, impeditur tamen mora ne contracta videri poſſit, néve pœna vlla committatur, vt in *l. vltim. infr. de leg. commiſſ.*) an non æquum eſt excuſari promiſſorem, ſi alio loco conuentus vrgeatur ad ſolutionem, nec pecuniam in promptu habeat, nec modum vllum explicandæ alibi pecuniæ? Nec enim tam facile eſt pecuniam ſemper habere & vbique in numerato, aut numerationem in expedito, vt Vlpianus loquitur in *l. ſi dubitet* 10. *in princip. infr. de fideiuſſ.* Et quamuis difficultas præſtationis non ſoleat excuſare debitorem, quia nec habet quicquam commune cum cauſa & iure obligationis, & recedit ab impedimento naturali, reſpicitque tantùm facultatem perſonæ *d. l. continuus* 137. *§. illud, de verb. oblig.* iniquum tamen videtur, eum qui ſemel tantùm debeat, non modò bis cogi ſoluere, ſed etiam bis cogi eam pecuniam perquirere ad ſoluendum quam promiſerit, licet ſtipulator non niſi ſemel eam conſequi velit. Cur enim hoc incommodo afficiamus miſerum debitorem facto & culpa ſtipulatoris, cui poteſt ſemper imputari, cur non ad locum deſtinatum venerit, aut procuratorem miſerit ad accipiendam ibi ſolutionem? Ergo his omnibus concurrentibus, ſed eo præſertim, vt pecuniam in alio quàm deſtinato loco ſoluere, non tantùm difficile & incommodum, ſed etiam penè impoſſibile ſit promiſſori, vt in *l. 4. §. 1. infr. de ſtatu lib.* æquiſſimum ſanè fuerit ei ſuccurri, vt non alio loco ſoluere cogatur cum tanto ſuo incommodo, ſed ab arbitraria actione abſoluatur per iudicem qui de arbitraria cognoſcit: ſed exacta tamen ab eo cautione de pecunia ibi ſoluenda vbi promiſſa eſt: in quo adhuc ſatis grauatur debitor, cui nec facile ſemper & obuium eſt, in alio præſertim loco, quàm in quem deſtinata ſolutio fuerat, inuenire fideiuſſorem *l. 2. §. penult. ſupr. de iudic.* Qua de cauſa ſi fideiuſſoris quoque datio, quod plerumque euenit, tam incommoda & difficilis eſſet debitori, quàm pecuniæ numeratio, vt vtraque penè impoſſibilis videri poſſet, non putarem in eas anguſtias conijciendum promiſſorem, vt vel ad rem tam difficilem, vel ad perpetuos carceres, vt ita dicam, ferendos vrgeretur, ſed potius nuda repromiſſione contentum eſſe ſtipulatorem debere, quæ & hodie ſola cautionis nomine ſimpliciter ſumpto ſignificatur, poſt *l. ſancimus* 4. *C. de verb. ſignif.* aut ſaltem iuratoria, vt vocant, cautione quæ in locum & ſubſidium ſatiſdationis præſtari ſolet ab inope debitore cum bonorum omnium hypotheca *l. omnes* 33. *§. præterea & ſeq. l. cùm clericis* 25. *C. de Epiſc. & cleric. l. filio* 7. *infr. vt legat. ſeu fideic. ſeruand. cauſ. caueat. l. in ſacris ſcriniis* 12. *C. de prox. ſacror. ſcrinior. lib.* 12. *tit.* 19. iniquum enim eſſet facto & culpa ſtipulatoris ad rem penè impoſſibilem vrgeri & condemnari promiſſorem. Ergo abſolui eum potius æquiſſimum eſt, & per remedium exactæ cautionis actori ſatisfieri, vt aliàs plerumque ſolet *l. ſi poſt acceptum* 18. *& ſeq. l. ſi à bona fidei* 21. *l. is à quo* 57. *ſupr. de rei vindic. l. in lege* 45. *§.* 1. *infr. ad leg. Falcid.* & aliis ſexcentis, etſi verſiculus ille *cautione tamen ab eo exacta*, &c. mihi valde ſuſpectus eſt, & redolere Tribonianum videtur ex iis quæ ſcripſi iam olim *lib. 15. Coniect. cap. 2.* Iunge tamen quæ poſteà ſcripſimus, & melius, vt nobis nunc videtur in *Error. 2. decad. 90.*

5. PAVLVS libro 28. ad Edictum.

SI heres à teſtatore iuſſus ſit, certo loco quid dare: arbitraria actio competit.

*Ad l. Si heres 5.*

RAT. DVB. Actio ex teſtamento ſui natura eſt ſtricta *l. aliàs 6. ſupr. de in lit. iurand.* Ergo non eſt arbitraria: nec enim actiones ſtrictæ ſunt arbitrariæ, ſed conſtituunt tertiam ſpeciem à reliquis duabus differentem *§. præterea. Inſtit. de action. l. 3. §. in his, infr. de vſur.* vt docuimus ad *l. 2. §. 1. ſupr.* Quod ſi præſtationes inſpicimus, quæ veniunt in actionem ex teſtamento, certum eſt, quantum ad eas pertinet, actionem ex teſtamento imitari naturam actionum bonæ fidei, non tantùm ſi de fructibus & vſuris quæratur *l. in minorum 5. C. in quibus cauſ. non eſt neceſſ. in integr. reſtit. l. ſi quis ſeruo 84. l. Titia Seio 87. §. vſuras de legat. 2. d. l. 3. in princip. de vſur. l. ſi cui legatum 92. in fin. de condic. & demonſtr.* ſed etiam ſi res legata perfectè ſoluta non ſit, & quæratur an duret prima actio, quod in ſolis bonæ fidei actionibus locum habet *l. huiuſmodi 84. §. ædes de legat. 1. l. ſi imaginem 12. de aur. & argent. legat. iunct. l. eleganter 24. infr. de pignor. action. l. ſi prædium 4. C. de euict.* Atqui actiones bonæ fidei nunquam per adiectionem loci fiunt arbitrariæ, cùm natura earum ſufficiat ad loci vtilitatem alterutri ex contrahentibus præſtandam *l. in bonæ fidei 7.* vbi dicemus *infr.* Ergo ſi heres teſtamento iuſſus ſit aliquid certo loco dare, non ideò arbitraria actio poterit competere. DECIO. Actiones arbitrariæ quamuis nullomodo ſtrictæ ſint, fiunt tamen plerunque ex iis quæ ſui natura ſunt ſtrictæ per adiectionem loci, quoties obligationis non ſolutionis cauſa locus adiectus eſt, ita vt nunquam directa actio ſtricta eſſet competitura, ſi debitor vel data opera & dolo malo, vel qua alia etiam iuſta de cauſa impeditus nunquam accederet ad locum ſolutioni deſtinatum, vt in eo conueniretur *l. 1. ſupr.* vbi diximus & ad *l. 2. §. 1.* Atqui cùm heres iuſſus & damnatus eſt certo loco aliquid dare, apparet adiectum eſſe locum non tantùm ſolutionis, ſed etiam obligationis cauſa, nec proinde ex natura actionis ex teſtamento quæ ſtricta eſt, poſſe alibi legatum peti, quàm in quo illud deberi teſtator voluit, ne alioqui fiat contra voluntatem, quod ex voluntate proficiſcitur. Ergo euenire neceſſe erit, quod multò magis contra voluntatem teſtatoris fuerit, vt ſi nunquam accedet heres ad locum teſtamento comprehenſum, nunquam futurum ſit, vt conueniri poſſit, atque ita legatum facto heredis intercidat, & illuſorium fiat, & in ipſius arbitrio & poteſtate futurum ſit an debeat, quod nunquam ferendum eſt *d. l. 2. §. ſi quis Epheſi verſic. Scæuola ſupr.* Id verò ne contingat, perinde neceſſaria eſt arbitraria ad petendum quocunque loco id quod certo loco

ex teſtamento debetur, atque ſi ex ſtipulatione deberetur: vbi ergo eadem iuris & æquitatis ratio vrget, nec diuerſitatis cauſa vlla reddi poteſt, quidni ius idem conſtituemus? *vulg. l. illud 32. ad leg. Aquil. l. 3. §. vnde etiam. infr. de iniuſt. rupt.* Proinde quemadmodum in ſtipulatione cui locus inſertus eſt, diſtinguimus, an obligationis an verò ſolutionis tantùm gratia adiectus ſit, ita & in legato diſtinguendum erit. Nam ſi teſtator ita ſcripſiſſet, *Heres meus damnas eſto decem dare Titio ſoluenda Capua*, dicendum eſſet non fore neceſſariam legatario arbitrariam, quia directa actione poſſet heredem conuenire non modò Capuæ, ſed etiam in loco domicilij, quę conuenendi facultas & electio creditori competens arbitrariam excludit *l. heres abſens 19. §. vlt. ſupr. de iudic.* Sic & aliàs dicimus multum referre, an dies incertus legato adiectus ſit ad obligationem, an ad ſolutionem, id eſt, an quis legauerit Titio ducenta, cùm erit annorum quatuordecim, an verò ſoluenda, cùm erit Titius annorum quatuordecim, nam priore caſu legatum condicionale eſt, nec ad prædefuncti legatarij heredem tranſmittitur. Poſteriore verò & purum eſt & tranſmittitur, quaſi non tam condicione quàm mora ſuſpenſum *leg. ſi cui legetur 49. §. hoc autem legatum de legat. 1. l. heres meus 79. de condic. & demonſtr. l. ex his verbis 5. C. quando dies legat. ced.* Sed & obſeruandum eſt, legem hanc loqui de legato per damnationem, quod olim per manus heredis capi neceſſe erat, non autem de legato per vindicationem relicto, quod occupare legatarius poterat, non expectato herede, id eſt, non expectata heredis voluntate, vt Vlpianus & Caius in *Inſtit.* ſcribunt. Legatum per damnationem non niſi per actionem perſonalem ex teſtamento peti poterat: legatum verò vindicationis, etiam per actionem in rem, ac proinde vbicunque res inueniatur quæ legata eſt *l. quod legatur 38. ſupr. de iudic.* Nam cùm vindicatio competat iure dominij, & ex præſenti poſſeſſione *l. non aliàs 24. §. ſed ſi poſtulatur ſupr. eod. ill. tit. l. in rem 23. ſupr. de rei vindic.* conſtat legatarium nec magis nec minùs dominum eſſe vno loco quàm alio, & ideo perinde vbique vindicare legatum poſſe. Hæc & alia quædam ad explicationem huius legis pertinentia iam ſcripſimus in *Error. 3. & 4. decad. 91. de error. Pragmat.* vnde alia ſi qua hîc deſunt, peti poterunt, præſertim circa legatum ſimpliciter relictum nullo adiecto certo loco, de quo in *leg. cùm res 47. de legat. 1.* & circa interpretationem *d. l. quod legatur ſupr. de iudic.* Quod autem Bartol. hîc addit, omnes actiones ſtricti iuris per loci adiectionem fieri arbitrarias, id verò refutauimus in *Error. 4. euſdem decadis 91.* & quàm falſum ſit ex iis etiam intelligetur, quæ dicemus ad *leg. ſeq. & ad l. ſi duo 16. §. 1. infr. de conſtit. pecun.*

6. POMPONIVS libro 22. ad Sabinum.

AVt mutua pecunia ſic data fuerit, vt certo loco reddatur:

*Ad l. Aut mutua 6.*

RATIONALIA. Non fit actio arbitraria per quamlibet loci adiectionem, ſed ita demùm ſi locus obligationi adiectus ſit non ſolutioni, vt ſæpius in hoc tractatu inculcauimus, & conſtat tam ex *l. heres abſens 19. §. vlt. ſupr. de iudic.* quàm ex ratione ipſa iuris, quæ arbitrariæ actionis inducendæ neceſſitatem induxit. Non enim alia ratio fuit, quàm quod alioquin euenturum erat, vt nullibi petere ſtipulator poſſet, ſi debitor nunquam ad locum obligatione comprehenſum accederet *l. 1. ſupr.* At cùm locus ſolutionis tantùm non etiam obligationis cauſa adiectus eſt, remanet pura obligatio, ex qua proinde etiam alibi agi poteſt, maximè verò in loco domicilij etiamſi reus non ibi inueniatur, adeò vt ſi latitet, nec ſe ibi defendat, bona eius vendenda ſint ex edicto *d. l. heres abſens. §. vlt. l. 2. & 3. infr. de rebus author. iudic. poſſid. l. qui Romæ 122. in princ. de verbor. oblig. l. quæro 100. de ſolut.* Atqui in huius legis ſpecie ponimus locum fuiſſe adiectum ſolutioni tantùm, non etiam obligationi. Tractat enim Pomponius de pecunia mutua data, hoc pacto addito, vt loco certo redderetur: quo verbo apertum eſt ſignificari reſtitutionem ipſam pecuniæ, non eius reſtituendæ obligationem. Imò quod magis eſt, fieri nequit, vt in contrahendo mutuo locus certus adiiciatur obligationis tantùm gratia, non ſolutionis, cùm obligatio mutui non verbis contrahatur, ſed re, id eſt, aut numeratione, aut ponderatione, aut menſuratione *titul. quibus modis re contr. oblig. Inſtit. l. 1. §. re contrahitur infr. de oblig. & action.* vt proinde non poſſit adiici pactum de re mutuò data certo loco reſtituenda, niſi poſt contractam iam ipſam mutui obligationem. Non igitur poteſt condictio certi ex mutuo, quæ ſui natura eſt ſtricta, per adiectionem loci fieri arbitraria. Idque ex eo apparet euidentiùs, quòd ſi vinum vel frumentum mutuò datum ſit, ea lege vt certo loco reddatur, vbique peti poteſt, neque id per actionem arbitrariam, honorariam & vtilem, qualis hæc eſt de eo quod certo loco, ſed per ciuilem & directam condictionem certi ex mutuo, æſtimandum tamen quanti eſt tempore litis conteſtatæ in eo loco in quo ſolui debuit, ſicuti ſi dies adiectus eſſet, æſtimari deberet quanti eo die fuiſſet, vt disertè ſcriptum eſt in *l. vinum 22. ſupr. de rebus credit. l. vlt. ſupr. tit. prox.* vbi eadem prorſus conſtituitur ratio temporis quæ loci *l. idem erit 60. infr. de verbor. oblig.* cùm ſi per arbitrariam peteretur, æſtimandum eſſet quanti in loco eſſet petitionis, detracta tamen vtilitate loci, non quanti eſſet in loco ſolutioni deſtinato *l. 2. §. ſi quis Epheſi & §. vlt. ſupr. hoc tit.* Ergo & ſi pecunia mutua data ſit ea lege adiecta, vt certo loco reddatur, dici non poteſt arbitrariam competere, cùm ſufficiat condictio certi ex mutuo: quam in eo fatendum eſt, differre à condictione certi ex ſtipulatione, quod pactum incontinenti adiectum ſtipulationi non ſolùm ei ſic ineſt, vt poſſit producere actionem (quod & in cæteris contractibus ſtrictis euenit *l. vlt. C. de rer. permut. l. legem 9. l. cùm res 22. C. de donat. l. cùm mota 6. C. de tranſact.*) ſed etiam format ſtipulationem, vt quod pacto incontinenti appoſito comprehenſum eſt, perinde haberi oporteat, ac ſi idipſum ſtipulationis verbis contineretur. Eadem enim eſt ſubſtantia pacti & ſtipulationis, cùm ambo & verba & conſenſum habeant, nec differant niſi ſolemnitate verborum & animo, aut ſtipulandi aut paciſcendi *l. iuris gentium 7. §. quod ferè. ſupr. de pact. l. lecta 40.* vbi ſcripſimus *de reb. cred.* Itaque cùm poſt contractam ſtipulationem conuenit de loco,

loco, adiectio illa loci dummodò incontinenti facta efficit partem ſtipulationis, perindéque obligationi inſertus locus creditur, atque ſi in prima verborum conceptione adiectus fuiſſet, quo caſu nemo dubitaret, quin obligationis non ſolutionis cauſa adiectus eſſet, nec per conſequens quin arbitrariam inducere deberet: quippe quæ naſcitur ex ſtipulatione illa *Epheſi dari*, vt ſcriptum eſt in *d.l.2. §.1.ſupr.* non etiam ex illa *Epheſi reddi* quomodo tamen neceſſe eſt côcipi pactum dationi mutui adiectum. Eſſet enim pactum de mutuo dando, nô mutuum, ſi inter duos conueniret, vt mutuum certo loco daretur, nec prodeſſet ad agendum tanquam nudum, ſi non vel ſtipulatione vel alterius contractus, vt noſtri loquuntur, cohærentia veſtiretur. Sed cùm mutuum re tantùm côtrahatur, vt diximus, pactum quod ſubiicitur, non niſi de reddendo mutuo eſſe poteſt, & ad ſolutionem, non ad conſtituendam obligationem pertinere. Quænam igitur ratio adferri poteſt, cur ſi mutua pecunia data ſit, hoc pacto addito, vt ea certo loco reddatur, arbitraria competat? quæ tamen nunquam competit niſi cùm eſt neceſſaria. Dec. Separandum eſt hac parte mutuum pecuniæ à mutuo vini, frumenti, & aliarum mercium quæ in pondere vel in menſura conſiſtunt. Nam in mercibus mutuo datis, & certo loco reddendis, ideò non eſt neceſſaria actio arbitraria, nec proinde competit, quia etiam per directam & ſtrictam côdictionem certi ex mutuo haberi ratio poteſt loci non minùs quàm per arbitrariam, vt ſcilicet quod in eo loco petitur, in quo peti potuit, in alio tamen quàm in quo ſolui debuit, æſtimetur, nô quanti eſt ibi vbi petitur, ſed quanti in eo loco in quo ſolui ex pacto debuit. Quid enim vetat quod vno loco petitur, ex alio tamen æſtimari? *d.l.vinum de reb.credit.d.l.vlt.ſupr.tit prox.d.l.ſi demeris 60.de verb. obligat.* At in pecunia ſic mutua data vt certo loco reddatur, non eadem loci vtilitas ſeruari per directam actionem poteſt, cùm pecuniæ certa vbique & vna ſit æſtimatio *l.3.ſupr.de in lit.iurand.* Itaq; nulla erit vtilitas loci hoc caſu, niſi inducamus arbitrariam, per quam actor petendo alibi reſtitutionem pecuniæ creditæ conſequatur, præterea quanti eius intereſt ratione loci, ſi fortè ex aliqua iuſta cauſa interſit, vt in ſpecie *l.2.§.vltim.ſupr.* aut ſi in mora ipſe fuerit, præſtet reo quantum amittit reus ea vtilitate loci, in quo potuiſſet fortaſſe leuioribus vſuris pecuniam inuenire: quæ tota vtilitas loci eſt, cùm de pecunia, non etiam cùm de mercib. quæritur *d.l.3. ſupr.* Atqui nunquam ea interpretatio capienda eſt, quæ loci adiectionem faciat ſuperuacuam, cùm locus perinde faciat partem ſtipulationis ac dies *l.1.§. editiones ſupr. de edend.* Ergo dicendum eſt hoc ſolo caſu condictionem certi adiectione loci fieri arbitrariam, non etiam cæteris. Hæc verò omnia explicauimus pluribus in *Error.1.& 2.decad.91.*

7. Pavlvs libro 28. ad Edictum.

IN bonæ fidei iudiciis, etiamſi in contrahendo conuenit, vt certo loco quid præſtetur, ex empto, vel vendito, vel depoſiti actio competit: non arbitraria actio. Si tamen certo loco traditurum ſe quis ſtipulatus ſit[a] hac actione vtendum erit.

*Ad l.In bona fidei 7.*

Rat. dvb. Non debent nec poſſunt actiones bonæ fidei deterioris eſſe condicionis quàm ſtrictæ, cùm ſint fauorabiliores, & præſtationes habere ſoleant vberiores. Ideo enim ſtricta dicuntur iudicia & ſtricti iuris, quòd ex iis ſtrictior minúſq; plena fiat condemnatio. Atqui actiones ſtrictę per adiectionem loci fiunt arbitrariæ, vt ſuprà vidimus in actionibus ex ſtipulatione & ex teſtamento, adeóque in condictione certi ex mutuo, ſaltem eo caſu quo non merx, ſed pecunia mutua data ſit eo adiecto pacto, vt certo loco redderetur, vt docuimus ad legem ſuperiorem. Ergo & in bonæ fidei contractibus, ſi conuenerit, vt certo loco quid præſtetur, dicendum eſt eo nomine competere arbitrariam.

Dec. Bonæ fidei actiones ideò ſic dictæ ſût, quòd in iis permiſſum ſit iudici omnia æſtimare ex bona fide, id eſt, ex æquitate *§.in bona fidei.Inſt.de act.iunct. l.bona fides 31.infr. depoſit.l.ex empto 11. §.vlt.l.bona fides 50.& paſſ.infr. de action.empt.* Idque propter verba illa *ex bona fide*, quæ in formulis omnibus iudiciorum bonæ fidei adiici ſolebant, vt nemo neſcit. Proinde iudex qui de bonæ fidei actionibus cognoſcit, non minùs æquitatem ante oculos habere debet, quàm qui arbitrariæ actioni addictus eſt, & conſequenter vtilitatem loci æſtimare ſiue pro actore, ſiue pro reo, non minùs quàm vtilitatem temporis, prout ex alterutrius mora faciendum æquitas dictauerit *l.ſi vt certo 5.in princ.infr.Commod.l.3.§.ſi per venditorem de action.empt.* Quid ergo neceſſe eſt dare arbitrariam & vtilem actionem, cùm directa, quæ ſemper dignior eſt, ſufficiat? Ideo autem ſufficit, quia tum quoque cùm contractus emptionis, locationis, commodati, & alij ſimiles qui bonæ fidei ſunt, ſine vlla loci adiectione facti fuerunt, ſi tamen incontinenti de certo loco per pactum conuenerit, dicimus pactum hoc non ſolùm ineſſe contractui, ſed etiam formare contractum, & actionem ex eo contractu competentem, id eſt, facere, vt eadem ipſa actio, quæ ex contractu naſcitur, danda etiam ſit ad id quod pacto comprehenſum eſt *l.iuris gentium 7. §.quinimmò & ſeq.ſupr.de pact.l.in bona fidei 13.& l.legem 10.C.eod.l.2. C.de pact.int.empt.& vendit.* Vbi tamen obſeruandum eſt, actionem ex vendito ſic dari ex pacto de retrouendendo incontinenti poſt venditionem appoſito, vt tamen non excludat actionem præſcriptis verbis, quę etiam ex pacto incontinenti poſt contractum ſtricti iuris interpoſito naſceretur, vt ad legem præcedentem ſcripſimus ex *l. cùm mota 6.C.de tranſact.l.vlt.C.de rer.permut.l.legem 9.l.cùm reo 22. Cod.de donat.* Quo exemplo poſſet quis fortaſſe credere, in ſpecie quoque huius legis dandam eſſe actori electionem, an contra eum qui certo loco dare quid promiſit actione ex contractu agere malit, an arbitraria quaſi tantundem per hanc quâtum per illam conſecuturus. Sed non ita eſt. Actio enim Præſcriptis verbis ex contractu etiam ſtricto naſcitur, propter pactum incontinenti appoſitum, cuius commodo priuandus non eſt ille qui ſic contraxit, quique non aliter fuerat contracturus *l.vltim.C. de*

*pact. inter empt. & vendit.* Quod & in pacto ex continenti poſt bonæ fidei contractum appoſito longè magis obtinere debet. At actio arbitraria non ex contractu naſcitur, neque ex voluntate expreſſa contrahentium, ſed ex ſola ęquitate Prætoris inducentis vtilem actionem eo tantùm caſu quo ſit neceſſaria, id eſt, quo ſufficere directa non poſſit, quod in huius legis ſpecie non contingit.

a *Si tamen certo loco traditurum ſe quis ſtipulatus ſit.* Ita in Pand. Florent. & multò meliùs quàm apud Accurſium & Bartol. *condicturum* aut *conducturum*, quæ nullius ſenſus lectiones ſunt, nec niſi nugandi materiam Accurſio & Bartolo præbuerunt. Cùm enim tractaret Paulus de contractu venditionis, ex quo venditor obligatur ad tradendum, ſicut emptor ad precium dandum *l.1. l. ex empto 11. §.1. infr. de action. empt. l. ſi traditio 4. C. eod.* commodiſſimè hic verſiculus ſuperiori ſententiæ ſubiungitur aduerſatiuè, ne quis putet perpetuum eſſe, quod proximè dictum eſt, ex bonæ fidei contractu arbitrariam actionem non competere. Quid enim ſi venditor emptori promiſerit per ſtipulationem (hoc enim ſignificant verba illa *ſtipulatus ſit* omnimodo paſſiuè ſumenda, quomodo & alibi plerunque ſumuntur, quod & Accurſius docet) ſe traditurum ei rē venditam certo loco? Vtique hac actione arbitraria vtendum emptori neceſſariò erit. Ratio dub. In contractibus & actionibus bonæ fidei ſufficit natura ipſa contractus, & actionis bonæ fidei, vt quod certo loco dari vel tradi promiſſum eſt, vbique peti poſſit æſtimata vtilitate loci, in quo dari res aut tradi debuit, ſiue pro emptore, ſiue pro venditore, prout alteruter aut moram fecerit aut paſſus ſit *l.3. §. ſi per venditorem. infr. de action. empt.* Atqui cùm venditor emptori promittit ſe rem venditam ei traditurum, quamuis ita promittat per ſtipulationem, pendet tamen ſtipulatio ex contracto negotio emptionis *l.5. verſ. conuentionales. inf. de verb. oblig.* Ergo & hoc caſu ſufficere poteſt emptori contra venditorem directa ex empto actio, nec arbitraria neceſſaria eſt. Dec. Cùm inter emptorem & venditorem ſtipulatio interponitur ab initio aut incontinenti, ſiue ante, ſiue poſt contractam venditionem, non duo contractus ſunt, vnus venditionis, alter ſtipulationis, quorum prior per poſteriorem mouetur, ſed vnus tantùm contractus eſt, iſque ſtipulationis non venditionis, ſed venditionē duntaxat pro cauſa habens, ne ſtipulatio ſine cauſa interpoſita dici poſſit *l. ſi ita fuero 6. §.1. & l. ſeq. infr. de nouat.* Ergo actio quæ ex huiuſmodi contractu naſcitur, non poteſt eſſe bonæ fidei, cū ſit actio ex ſtipulatione aut ex ſtipulatu, quę ſemper ſtricta eſt, niſi cùm Iuſtinianus inuita tota Iuriſprudentia fecit eam bonæ fidei in *l. vnic. C. de rei vxor. act.* Ita igitur fiet, vt ſi venditor nolet, aut nō poterit vnquam accedere ad eum locum, in quo tradere rem promiſit, nunquam quoq; & nuſquam cōueniri poſſit ad rem tradendam, neque actione ex empto quę nulla eſſe poteſt, vbi cōtractus emptionis nullus præceſſit, neque ex ſtipulatione aut ex ſtipulatu, quæ cùm ſit ſtricta, non alio certè loco exerceri poteſt, quàm in quo rem tradi promiſſum eſt. Conſequens igitur omnino eſt, vt actio arbitraria ſit hoc caſu neceſſaria non minùs quàm ex illa ſtipulatione *Epheſi decem dari l.1. l.2. §.1. ſupr.* Differentia tantùm illa eſt, quòd ea ſtipulatio *Epheſi decem dari* obligationem dandi continet, hæc autem *Epheſi rem venditam tradi* obligationē faciendi, cùm tradere ſit facti. Sed quod ad rem noſtram pertinet, parui momēti hæc differentia eſt, cū quiſquis ſtipulatur rem dari, hoc ipſo ſtipuletur etiam rem tradi *d.l.3. §.1. infr. de act. empt.* quia nec dari res poteſt, id eſt, dominium eius transferri citra traditionem *l. vbi autem 75. §. vlt. de verb. obl. iunct. l. nunquā nuda 31. & l. traditio 20. infr. de acq. rer. domin. l. traditionibus 20. C. de pact.* nec vno caſu magis quàm alio cogitur promiſſor præciſè ad tradendum, quod meri facti eſt, vt pluribus docuimus in *Error. 4. 5. & 6. decad. 85. de error. Pragm.* Planè ſi ſic cōcepta ſtipulatio eſſet *Epheſi rem tradi intra Cal. Martias proximas* dicēdum eſſet præteritis Calendis Martiis futurum, vt emptor idemque ſtipulator poſſet quocūque loco petere, quanti ſua intereſſet *l. cuius qui 43. ſupr. de iudic.* quia nō poſſet amplius res tradi poſt elapſum tempus, intra quod ex verbis ſtipulationis tradi debuiſſet *l. ſi Calendis 11. infr. de iudic.* Sed cùm tempus nullum in ſtipulatione adiectum eſt, peti rem neceſſe eſt apud Prætorem per litis conteſtationem, aut apud Præſidem prouinciæ, qui in prouincia illa Prętoris vices gerit, & quidem in eo ipſo loco qui ſtipulatione comprehenſus eſt, priuſquàm id quod intereſt, vllibi peti poſſit, quoniam ad litem vſq; conteſtatam promiſſioni ſuæ ſatisfacere venditor poteſt *l.2. §. ſi quis Epheſi verſ. Scæuola ſupr.* adeóque moram purgare *l. ſi inſulam 84. de verb. oblig.* Ergo nec de eo quod intereſt agere vnquam emptor poterit, ſi nunquam accedat venditor ad eum locū, in quo ex conuentione tradere rem debuit. Eſt igitur hoc caſu arbitraria actio, de eo quod certo loco, perinde atq; alio vllo neceſſaria ad hoc vt venditor ad rem tradendam quocunque alio loco conueniri poſſit.

8. Africanvs libro 3. Quæſtionum.

CEntum Capuæ dari ſtipulatus, fideiuſſorem accepiſti. ea pecunia ab eo ſimiliter, vt ab ipſo promiſſore, peti debebit. id eſt, vt ſi alibi, quàm Capuæ, petantur, arbitraria agi debeat, iiſque tanti æſtimetur, quanti eius vel actoris interfuit, eam ſummam Capuæ potius, quàm alibi ſolui. nec oportebit, quòd fortè per reum ſteterit [a], quominùs tota centum Capuæ ſoluerentur, obligationem fideiuſſoris augeri. neque enim hæc cauſa rectè comparabitur obligationi vſurarum [b]. ibi enim duæ ſtipulationes ſunt: hic autem vna pecuniæ credita eſt, circa cuius executionem, æſtimationis ratio arbitrio iudicis committitur, eiúſque differentiæ manifeſtiſsimum argumentum eſſe puto [c]: quòd ſi poſt moram factam pars pecuniæ ſoluta ſit, & reliquum petatur, officium iudicis tale eſſe debeat, vt

æſti-

met, quanti actoris interſit, eam duntaxat ſummam, quæ peteretur, Capuæ ſolutam eſſe.

*Ad l. Centum Capua 8.*

Rat. dubit. Fideiuſſoris obligatio ſtrictiſſima eſt, cùm ex ſtipulatione ſola contrahatur *l. 5. §. ſatis acceptio. infr. de verb. obl. l. blanditus 12. C. de fideiuſſ.* ita vt in aliã aut in duriorem cauſam accipi non poſſit fideiuſſor, in leuiorem tamen poſſit *l. Græcè 8. §. illud, & ſeq. l. fideiuſſor 16. in princip. & §. 1. & ſeq. infr. de fideiuſſ.* Atqui cùm creditor centum Capuæ dari ſtipulatus, à debitore fideiuſſorem eo nomine accepit, hoc verum promiſit fideiuſſor *Capua centum dari*, non ergo Epheſi, aut Romæ, aut alio loco, nec pro arbitraria, & vtili actione interuenit, ſed pro puta & directa. Conſequenter non eſt ferendum, vt per arbitrariam conueniatur alibi quàm Capuæ: alioqui nihil intererit, an fideiuſſor ſit directæ actionis, & ſtrictæ, vt in ſpecie huius legis, an actionis vtilis & arbitrariæ, vt in *l. vlt. infr.* Nec bona conſecutio eſt, vt qui voluit fideiubere pro actione ſtricta, voluerit etiam fideiubere pro arbitraria: eſt enim longè durior condicio eius, qui fideiubet pro arbitraria propter vtilitatem loci, quæ arbitrio iudicis in eam actionem venit, nunquam verò in actionem ſtrictam; ſi verum eſt, vt eſt, quod ex Theophilo docet ad hanc legem Cuiacius, puram actionem, id eſt, certam & ſtrictam conſumere rationem omnem eius quod intereſt. Nec rurſum quæ ratio æquitatis inducit neceſſitatem actionis arbitrariæ, contra reum principalem, ſcilicet ne alioqui futura ſit inutilis ex ſtipulatione actio, debitore nunquam ad locum ſolutioni deſtinatum accedente, atque ita in poteſtate debitoris futurum ſit an debeat *l. 1. & 2. §. ſi quis Epheſi verſic. Scæuola ſupr.* eadem non æquè inducit neceſſitatem dandæ contrà fideiuſſorem arbitrariæ, cùm ſufficere poſſit creditori, quod arbitrariam habiturus ſit contra debitorem ipſum, ſibique potius debeat imputare, cur ſtrictæ tantùm & directæ actionis non etiam arbitrariæ quoq; nominatim fideiuſſorem acceperit, vt in *dict. l. vlt. infr.* Ergo non poteſt verum eſſe quod hîc reſpondet Africanus, pecuniam Capuę debitam poſſe ab ipſo fideiuſſore ſimiliter atque à debitore peti per arbitrariam, id eſt, vt ſi alibi quàm Capuæ petatur, litem æſtimari oporteat quanti vel fideiuſſoris, vel actoris intererit, eam ſummam Capuæ potius quàm alibi ſolui. Dec. Obligatio fideiuſſoria quamuis ſtricta ſit, nec niſi acceſſoria, nunquam tamen ſic interpretanda eſt, vt inanis fiat & illuſoria, ne alioqui decipiatur creditor, qui fideiuſſorem ab initio accepit, quique veriſimiliter ſine fideiuſſore non fuerat contracturus. Nec minùs abſurdum eſt in poteſtate fideiuſſoris eſſe poſtquàm ſe per ſtipulationem obſtrinxit, an debeat, quàm ſi eſſet in poteſtate principalis debitoris *d. §. ſi quis Epheſi. verſic. Scæuola.* Nam & fideiuſſor debitor eſt, quamuis ſecundus tantùm & acceſſorius. Atqui ſi neque principalis debitor, neque fideiuſſor accederent vnquam ad locum Capuæ, vbi pecuniam dari debere ponimus, fieret vtraque obligatio tam principalis quàm fideiuſſoria inutilis, nec miſero creditori actio vlla aut ratio ſupereſſet ad ſuum conſequendum: & quamuis ſtipulator per arbitrariam conueniri quocunque loco poſſet, inutilis tamen adhuc & inanis manere fideiuſſio, ſi non æquè liceret creditori fideiuſſorem arbitraria actione conuenire. Ergo ne abſurdum hoc eueniat, dicendum eſt, perinde arbitrariam contra fideiuſſorem, atque contra principalem debitorem exerceri poſſe, ſed ita tamen vt ex ipſius fideiuſſoris non etiam ex rei perſona eius quod fideiuſſoris intererit Capuæ potius quàm alibi ſoluere, ratio habeatur, quamuis rei fortaſſe nihil interſit. Eſt enim hoc caſu lis æſtimanda ex perſona fideiuſſoris, ſicut ille ex propria perſona, & tanquam fideiuſſor conuenitur, non ex perſona rei. Neque verò videri poteſt fideiuſſor, aut in aliam aut in duriorem cauſam acceptus, ob id ſolum quòd æquè contra ipſum arbitraria exerceatur, cùm debitor ipſe perinde quoque arbitraria teneatur, eadémque & neceſſitatis & æquitatis ratio vigeat contra fideiuſſorem, quæ contra principalem debitorem: cúmque ex Prætoris edicto perpetuo fiat, vt quiſquis certo loco dare promiſit, vbique conueniri per arbitrariam poſſit, non habet fideiuſſor quod conqueratur, cùm à ſtipulatore communi iure conuenitur *l. inter eos 51. §. pen. infr. de fideiuſſ. l. vlt. C. de in integr. reſtit. minor.* Proſpicere enim debuit, poſſe id euenire, ſi non ſolueretur pecunia Capuæ ante propoſitã arbitrariam actioné *d. verſ. Scæuola. l. 2. ſupr. & arg. l. ſi quis domum 9. §. 1. verſic. idem quærit infr. locat.* adeò vt nec potuerit fideiuſſor cauere etiamſi maximè voluiſſet, ne arbitraria conueniri vnquam poſſet. Nec enim iuris ratio & authoritas pendet ex arbitrio & voluntate contrahentium *l. 1. §. 2. ad SC. Turpill. l. ordine 15. ad municip.* Neque verò Prætor tale pactum tueri poſſet, quod contra ipſius Prætoris edictum eſſet interpoſitum *l. iuris gentium 7. §. ait Prætor, & §. ſi paciſcar ſupr. de pact. l. ſi quis inquilinos 112. §. pen. de legat. 1. l. vlt. de ſuis & legit. ſucc. l. ius publicum 38.*

a *Nec oportebit quòd fortè per reum ſteterit.* Ratio dub. Mora rei nocere ſolet fideiuſſori *l. mora rei 88. infr. de verborum obligationib.* Nec ad hunc caſum pertinet iuris regula, quæ vult ſuam cuique moram nocere *l. in condemnatione 273. §. penult. de reg. iur.* vt & factum cuique ſuum *l. factum 155. eod.* cùm enim fideiuſſoria obligatio ſit acceſſoria ad principalem, ſicut ex ea pendet, ita & moram principalis debitoris quæ ipſi nocet, fideiuſſori quoque nocere neceſſe eſt, nec in eo tantùm, vt re debita poſt rei moram perempta fideiuſſor adhuc teneatur *l. mora 32. §. vltim. infr. de vſur. l. ſi à colono 58. §. 1. infr. de fideiuſſ.* ſed in hoc etiam, quod ad rem noſtram huiúſque legis ſententiam impugnandam magis pertinet, vt ſi pro contractu aliquo & actione bonæ fidei, vel ratione legatorum aut fideicommiſſorum fideiuſſor interuenerit, damnari debeat in vſuras quoque, licet non niſi officio iudicis ex mora rei debitas, quamuis non niſi actione ex ſtipulatu conueniri poſſit, quæ vſurarum acceſſionem non admittit, niſi quæ & ipſæ in ſtipulationem deductæ ſint *l. 3. C. de vſur. l. Titius 24. infr. de præſcript. verb.* nempe quia rei locum obtinet *l. 4. §. 1. infr. de fideiuſſ. l. ſi quis ſolutioni 24. §. 1. de vſur. l. quæro 50. infr. locat. l. 1. §. belliſſimè infr. vt legat. ſeu fideicommiſſ. ſeruand. cauſ. caueat. l. ſi poſteaquàm 10. rem pupill. ſaluam for. l. initio 5. Cod. de pact. inter emptor. & vendit.* Cùm igitur mora rei noceat fideiuſſori, etiam quod ad vſuras pertinet, quæ non niſi officio iudicis debentur, quidni etiam nocebit,

quod pertinet ad vtilitatem loci, ex mora rei æſtimandam in actione arbitraria? Quod ſi ponas etiam vſuras per ſtipulationem promiſſas fuiſſe, quod plerunque accidit, ne tam facilè dubitari poſſit, quin debeantur, tantò apertius erit vſuras deberi à fideiuſſore, ob non ſolutam à reo ſua die pecuniam, ſi modò non in principalem ſummam duntaxat, ſed in omnem contractus cauſam fideiuſſor acceptus proponatur, vt ſolent accipi fideiuſſores, & in dubio ſic eos acceptos eſſe credendum eſt *dict. l. quæro 50. inſr. locat. l. ſi quis pro eo 56. §. ſi nummos. inſr. de fideiuſſ. l. 2. § penult. de adminiſtr. rerum ad ciuit. pertin.*

Decid. In iis quæ pendet ex contractu cui fideiuſſor acceſſit, ſiue obligationis iure debeantur, quomodo debentur vſuræ in ſtipulatum deductæ, ſiue officio tantùm iudicis, vt vſuræ in bonæ fidei iudiciis *leg. qui per colluſionem* 49. §. 1. *de action. empt. dict. l. quæro* 50. *inſr. locat. l. 4. Cod. depoſit.* mora rei vtique nocet fideiuſſori, & auget ipſius obligationem, vt propria actione qua conuenitur ex ſtipulatione condemnari poſſit & debeat in id omne ad quod principalis debitor ſiue obligationis iure, ſiue officio iudicis, condemnari deberet, dummodo in omnem contractus cauſam ſe obligauerit, ac ſi pleniſſimam indemnitatem creditori promiſiſſet, vt ſcriptum eſt in *dict. l. quæro, & in dict. leg. 2. § penultim. de adminiſtr. rerum ad ciuit. pertin.* At in iis quæ non tam à contractu immediatè pendent, quàm ab arbitrio iudicis, quale eſt quod in actione arbitraria ratione vtilitatis loci in condemnationem deducitur, non eſt æquum moram rei nocere fideiuſſori. Id enim eſt extra cauſam contractus, & ex cauſa extrinſeca proficiſcitur, id eſt, ex eo ſolùm quòd alio loco agat ſtipulator, quàm in quo dari pecuniam ex contractu oportuit. Hoc verò extra cauſam fideiuſſionis eſt, nec enim fideiuſſor id egit aut cogitauit, vt ſe obligaret ad id omne, quod arbitrio iudicis in condemnationem deduci poſſet, ſed ad id tantùm quod ex cauſa contractus deberetur. Imò quod magis mirere, eſt hoc etiam extra cauſam principalis obligationis *leg vltim.* vbi dicemus *infrà*. Longéque alia cauſa eſt eorum quæ veniunt in condemnationem officio iudicis, alia verò eorum quæ non niſi arbitrio iudicis. Arbitrium ſiquidem iudicis multò latius patet, quàm officium, præſertim quod inſeruit contractui, ob eámque cauſam vulgò à noſtris mercenarium appellatur, arbitrium ſine officio eſſe non poteſt, at officium ſine arbitrio eſſe poteſt, nec rurſus quicquid officio iudicis committitur, id etiam arbitrio eiuſdem permittitur. Finge emptorem, cui res vendita iam fuerit tradita, moram feciſſe in ſoluendo precio, indéque vſuras ex mora cœpiſſe debere: ſi venditor actione ex vendito, quæ bonæ fidei eſt, precium petat, annon ad officium iudicis pertinet, vt emptorem etiam ad vſuras precij condemnet? non ſolùm ſi mora per interpellationem contracta ſit, ſed etiamſi re ipſa, ob fructus ex re vendita iam perceptos *dict. leg. curabit* 5. *Cod. de action. empt. leg. Iulianus* 13. §. *veniunt autem* 20. *inſr. eodem illo titul. leg. eustius* 18. §. 1. *inſr. de vſur.* Eritne igitur in arbitrio iudicis, vt emptorem hunc ad vſuras precij non condemnet? Minimè verò. Etſi enim etiam in bonæ fidei iudiciis arbitrium aliquod eſt iudicis, vnde & qui in iis dantur iudices arbitri plerumque appellantur, *leg. 1. inſr. de vſur. leg. vltim. rem pupillarem ſaluam for.* non tamen vſque adeò liberum eſt illud arbitrium, vt poſſit emptorem in vſuras ex mora debitas non condemnare: cogitur enim & contractui inſeruire & formulæ, quæ cùm habeat ſemper adnexam clauſulam *ex fide bona*, vt diximus ad *leg. proxim. ſupr.* obligat iudicem, vt vel inuitus ex officio ſuo condemnet reum in id omne, quod ex bona fide eſt. Proinde non magis poteſt eſſe in arbitrio iudicis, qui de empti & venditi actione cognoſcit, vt non condemnet emptorem ad vſuras, quàm vt non iudicet ex fide bona. Et ideò bene ac ſubtiliter Papinianus noſter, vt omnia ſolet, in *dict. leg. 1. in princip. de vſur.* ait, Cùm iudicio bonæ fidei diſceptatur, arbitrio iudicis vſurarum modum ex more regionis vbi contractum eſt conſtitui, ita tamen vt legem non offendat. Non ait, in arbitrio iudicis eſſe vſurarum condemnationem, id eſt, an in condemnationem deducendæ ſint, necne, ſed modum ſolum vſurarum, & ita tamen vt legitimum non excedat. Sicque intelligi debet, quod Iuſtinianus ſcribit in §. *in bonæ fidei. Inſtit. de action.* in bonæ fidei iudiciis videri liberam poteſtatem permitti iudici ex bono & æquo æſtimandi, quantum actori reſtitui & præſtari oporteat. Non enim tam generaliter id accipiendum eſt, quaſi in hoc iudiciorum genere tota condemnatio in liberum iudicis arbitrium conferatur, ſed vt quamuis contractui inſeruire cogatur, laxiores tamen habeat & liberiores habenas, in augenda vel minuenda condemnatione, dum ne quid contra legem ſtatuat, aut contra communes iuris regulas, quæ volunt, in bonæ fidei iudiciis & vſuras, & fructus, & cæteras acceſſiones, ex mora deberi. At in actione arbitraria de eo quod certo loco, quæ fortè ſola eſt inter omnes arbitrarias, quæ ex contractu naſcitur, nullomodo inſeruit iudex contractui *leg. 2. §. vltim. ſupr.* cùm ea actio non modò præter verba contractus detur, ſed etiam contra expreſſam vim & conceptionem verborum: & idcircò neceſſe eſt, vt condemnatio tota in arbitrium iudicis conferatur, itémque abſolutio. Condemnationem autem & abſolutionem cùm dico, ſubſtantiam ipſam condemnationis aut abſolutionis intelligo, non ſolas præſtationes, quæ tamen ſolæ in iudiciis bonæ fidei veniunt, nec tam arbitrio tamen, quàm officio iudicis, vt diximus, committuntur. Vnde eſt, quòd in bonæ fidei iudiciis certa ſumma ſemper petitur, quamuis ex fide bona poſſit iudex eam augere, præſtationibus ex æquitate adiudicandis, aut etiam minuere admiſſa compenſatione, ſi quid fortè viciſſim actor reo debeat. Quò maximè pertinet libera illa poteſtas, quam in bonæ fidei iudiciis permiſſam videri iudicis, ait Iuſtinianus in *dict. §. in bonæ fidei*, vt ex iis quæ in eo §. ſequuntur, apparet. Cæterùm ſumma aliqua aut res alia certa in petitionem & in actionem deducitur, quam vel debitam eſſe, vel non debitam iudex pronunciare ſemper debet. Nam ſiue augeat eam additis præſtationibus, ſiue minuat compenſatione admiſſa, ſemper pronunciat deberi quod petitur, aut ſi vel nihil vel minùs, quàm quod petitum eſt, deberi comperiat neceſſe habet reum abſoluere, tanquam actore per pluris petitionem à cauſa cadente. At in arbitraria actione nunquam certa ſumma petitur,

quo-

quomodo in actione directa *l. quòd ſi Epheſi 4. in prin. ſupr.* ſed ea tantùm, quam iudex, æſtimata vel pro reo, vel pro actore loci vtilitate, arbitrabitur deberi *d. l. 2. §. vlt.* Adeò vt quiſquis agit arbitraria, nunquam poſſit incurrere periculum pluris petitionis, quippe qui nihil certi petat, ſed condemnationis quantitatem, & litis æſtimationem totam conferat in arbitrium iudicis *l. 3. ſupr.* tum quoque cùm plus petit, quàm poſtea deberi appareat *d. l. 2. in prin.* in illis verbis, *quòd ſi rei intereſt, minoris ſit pecunia condemnatio quàm intentatum eſt ſup.* Et hoc eſt quod Africanus in hac lege ſcribit in actione arbitraria nõ duas eſſe obligationes, vnam ſortis, aliam eius quod intereſſe poteſt ratione loci, ſed vnam duntaxat pecuniæ creditæ, circa cuius executionem æſtimationis ratio arbitrio iudicis committitur. Ex quibus apparet, quàm magna differentia & differentiæ ratio ſit inter actionem hanc arbitrariam & actiones bonæ fidei, & inter id quod intereſt ratione vtilitatis loci cuius neceſſariò habenda ratio eſt in actione arbitraria, & vſuras, quæ ex bonæ fidei iudiciis debentur, & præſtantur officio iudicis ex die moræ, denique inter officium & arbitrium iudicis, officium circa præſtationes, arbitrium verò circa ſubſtantiam ipſam condemnationis, aut abſolutionis. Concludamus igitur in bonæ fidei iudiciis moram rei nocere fideiuſſori, at in actione arbitraria non nocere, atq; ita conciliandam eſſe hanc legem cum *d. l. quaero inf. locat.* quæ interpretibus noſtris & antiquis & recentioribus miras peperit difficultates & contentiones. Accurſius noſter etſi non omnia prorſus obſeruauit, quæ nos diximus, mihi tamen videtur omnium optimè, ac propius quam cæteri, acceſſiſſe ad id quod res eſt, cùm dixit officium iudicis, quod inhæret bonæ fidei iudicio, prouenire ex natura obligationis, & ſic ab ea naturam contrahere, vt ſicut obligatio principalis ad fideiuſſorem extenditur, ita & officium iudicis ratione vſurarum (fideiuſſor enim contractus in omnem cauſam acceptus intelligitur, quæ ex eo contractu naſci poteſt *l. ſi quis pro eo 56. §. ſi nummis leg. amiſſi 52. fideiuſſores inf. de fideiuſſ.*) Sed officium quod inhæret arbitrariæ, non inhæret gratia actionis, cùm ſtricti iuris ſit, ſed ex accidenti propter locum, vnde ad fideiuſſorem non extenditur. Melius certè quam magnus Africani interpres Iacobus Cuiacius, qui ſcripſit, non eſſe hæc contraria, moram rei nocere fideiuſſori, & tamen ex mora rei non augeri fideiuſſoris obligationem, quia nec obligationis iure, inquit, rei ipſius obligatio augetur, cum nec vſuras, nec id quod intereſt ratione vtilitatis loci debeat iure obligationis, ſed tantùm officio iudicis. Ita fit, vt non diſtinguat actionem bonæ fidei ab arbitraria, nec officium iudicis ab arbitrio, quomodo diſtinguere debuit, ſed quaſi ludens in verbis ſic Africanum intelligat, vt ſi per reum ſteterit, quominus tota centum Capuæ ſoluantur, id eſt, quominus quicquam ex centum ſit ſolutum (nam de eo caſu quo pars pecuniæ ſoluta Capuæ ſit, poſtea tractat Africanus) mora quidem rei non augeat obligationem fideiuſſoris, ſed augeat tamen condemnationem, vt officio iudicis tanti condemnandus ſit in arbitraria actione fideiuſſor, qui moram nullam contraxit, quanti reus ipſe, qui moram fecit: quæ interpretatio certè à ſenſu Africani non minus, quàm à ratione iuris aliena eſt. Cùm enim Africanus ait, non oportere ex mora rei obligationem fideiuſſoris augeri, proculdubio id ſignificat, eam quantitatem quæ ex rei mora ad condemnationem ipſius accedere per arbitrium iudicis poſſet, non æquè debere accedere ad condẽnationem fideiuſſoris, cuius alioqui augeretur obligatio, quæ tota ex ſtipulatione, ſi ad id condemnaretur ſiue officio ſiue arbitrio iudicis, ad quod reus ipſe aut officio aut arbitrio iudicis condemnari deberet, nam reus quidem ipſe, cùm aut ad id quod actoris intereſt, aut ad vſuras condemnatur, non tam ex ſuæ obligationis iure, quam vel officio vel arbitrio iudicis condemnatur. Sed cùm ea res ad onus fideiuſſoris recidit, vt in ea ſpecie *dict. leg. quaero 50. inf locat.* augetur vtique obligatio fideiuſſoris, qui cùm nihil niſi centum Capuæ dari fideiuſſerit, condemnatur tamen ex ſua ſtipulatione ac promiſſione, vt centum & viginti actori præſtet, in quo alia rei, alia fideiuſſoris ratio eſt. Reus enim cùm ex bonæ fidei iudicio condemnatur ad ſortem & ad vſuras, condemnatur partim ex ſuo contractu, ſuáque obligatione, quod ſcilicet ad ſortem pertinet, ad vſuras autem nonniſi officio iudicis, in arbitraria verò, non tam iure obligationis, quam arbitrio iudicis, ſiue ratione ſortis, ſiue ratione quantitatis, quæ accedit ſorti ob vtilitatem loci. At fideiuſſor in vtroque contractus & actionis genere tenetur, & condemnatur obligationis iure, & ex ſua ſtipulatione: nec minùs, cùm ad id quod intereſt, condemnatur ratione vtilitatis loci ex ſua perſona, aut etiam ex perſona rei, ſi in hoc ſpecialiter & nominatim interceſſerit, & cùm ad vſuras condemnatur quàm cùm ad ſortem, adeóque ſi & ipſe arbitraria conueniatur ex ſua perſona: non enim conueniri poſſet, ſi non fideiuſſiſſet. Augetur ergo obligatio fideiuſſoris, cùm ad id quod creditoris intereſt, condemnatur propter vtilitatem loci, quod contingere neceſſe eſt, quoties ex ſua ipſius mora condemnatur per arbitrariam, non etiam ſi ex mora rei conuenitur, niſi in hanc quoque cauſam fideiuſſerit, vt diximus: itémque cùm ad vſuras ſiue ex ſua ſiue ex rei mora in iudicio bonæ fidei. Et tamen ſecundum Cuiacij ſententiam dicendum eſſet, nullo caſu augeri obligationem fideiuſſoris, ne tum quidẽ cùm ex mora ſua conueniretur, quia vel officio vel arbitrio iudicis veniret in condemnationem non iure obligationis, quicquid ſorti accederet. Errat etiam Cuiacius in eo, quòd ponit in hac lege fideiuſſorem interueniſſe ratione actionis arbitrariæ poſt moram à reo iam contractam ſoluendi Capuæ, vt *l. vlt. inf.* nec videt in eo differre ſpeciem huius legis à ſpecie *d. l. vlt.* quod hic fideiuſſor ab initio fuerat acceptus huius ſtipulationis nomine *Capua decem dari.* Alioquin quænam obſecro dubitandi ratio eſſet ad initium huius legis, vbi dicitur perinde arbitraria poſſe agi contra fideiuſſorem, atque contra reum, ſi fideiuſſor ipſius arbitrariæ actionis nomine acceptus fuiſſet? Pergamus iam ad reliqua. Sequitur apud Africanum,

b *Neque enim hac cauſa rectè comparabitur obligationi vſurarum.* Reſpondet Africanus tacitæ obiectioni, quæ fieri poterat ex eo, quod ſi principalis debitor ſe per ſtipulationem & ad ſortem, & ad vſuras obſtrinxerit, nec ſortem ſoluerit, augetur ex mora rei obligatio fideiuſſoris, vt etiam vſuras, quas reus promiſerat, ſoluere fideiuſſor compellatur. Reſpondet autem, hanc cauſam, de qua quærimus vtilitatis loci æſtimandæ per arbitrariam contra fideiuſſorem ex mora rei, non rectè comparari obligationi vſurarũ

per ſtipulationem promiſſarum. Ibi enim duæ ſunt, inquit, ſtipulationes, vna ſortis, altera vſurarum, & fideiuſſor in omnem cauſam acceptus non minùs ad vſuras. quàm ad ſortem obligatus intelligitur, quia ex eiuſdem negotij & contractus, fonte vtraque obligatio proficiſcitur. Hîc autem id eſt, in propoſita ſpecie vna tantùm obligatio eſt pecuniæ creditæ [ nam verbis quoque credimus *l.2 § vlt ſupr. de reb. credit.* ] circa cuius executionem tota ratio æſtimationis arbitrio iudicis committitur, in quibus tamen verbis miror Accurſium noſtrum addere interpretationis gratia *ſupple*, aut *ſcilicet vbi vſuræ poſſunt peti per ſtipulationem*, nec enim tractatur de vſuris in arbitraria, ſed tantùm de vtilitate loci æſtimanda arbitrio iudicis, non autem debita per ſtipulationem. Neque verò alia horum verborum interpretatio quærenda eſt, quàm quæ à nobis allata ſuprà fuit. Quid ergo ſi ex contractu cui fideiuſſor acceſſit, debeantur vſuræ non iure obligationis, ſed officio tantùm iudicis, vt in actionibus bonæ fidei euenire ſuprà diximus? ex *l. qui per colluſionem 49. §. 1. de act. empt. l. quæro 50. inſ. locat. l. 4. C depoſit.* Alia hæc & longè fortior obiectio eſt, quam tamen Africanus quaſi non videret, prætermittit, exiſtimans fortaſſe fideiuſſorem nullas vſuras debere, quæ non ſint deductæ in ſtipulatum, nec ſi eas reus debeat ex mora ſua officio iudicis, contrà quàm Paulus ſenſerit in *d. l. quæro*, ſiue Africanum mouerint conſtitutiones, quarum eo loco Paulus meminit, quibus cauetur eos cui pro alijs pecuniam eſ ſoluerint, ſortis duntaxat damnum agnoſcere oportere, ſiue illa potiùs ratio quòd fideiuſſor nunquam niſi ex ſtipulatione & actione ſtricta teneatur, quæ nec vſurarum nec aliarum acceſſionum addítamenta facilè poſſit admittere, non niſi officio iudicis debita cui in actione ex ſtipulatu locus eſſe nunquam poteſt. Quòd ſi quis velit etiam in ſpecie *d. l. quæro* Africanum cum Paulo conſentire quod probari videtur ex *l ſi poſteaquam* 10. quæ eiuſdem Africani eſt *inf. rem pupill. ſaluꝫ for.* neceſſariò diluenda obiectio eſt, eo quo diximus modo, nec alia reſponſio melior adferri poteſt. Nam & eam Pauli ſententiam cæteris prudentibus video placuiſſe *l. amiſsi* 52. *§. fideiuſſores l. ſi quis pro eo* 56. *§. ſi nummos l. fideiuſſores magiſtratuum* 68. *§. 1. infr. de fideiuſſ. l. 2. § pen. & vlt. infr. de admin. rer. ad ciuit. pertin l. 1. § belliſsimè & l. pen. vt legat ſeu fideicom ſeruand cauſ. caueat.*

c E *iuſque differentiæ manifeſtiſſimum argumentum eſſe puto.* Probat Africanus multum intereſſe, an id quod intereſt, vel vſura ſit in obligatione, an verò non niſi officio aut arbitrio iudicis debeatur. Nam quod in obligatione eſt, quandiu nec ſolutum, nec petitum eſt, adhuc debetur, & peti poteſt, quamuis ſors ipſa vel ſoluta iam, vel petita ſit, non etiam id quod officio tantùm, vel arbitrio iudicis debetur *l. qui per colluſionem 49. §. 1. infr. de action. empt. l. 1. C. de iudic. l. 4. C. depoſit.* Hoc verò præſuppoſito, probat Africanus eodem argumento, in actione arbitraria id quod vel actoris, vel rei intereſt ratione loci non eſſe in obligatione, ſed in officio tantùm & arbitrio iudicis, quia, inquit, ſi poſt moram factam à reo pars pecuniæ ſoluta ſit, quæ tota Capuæ debebatur, creditore ſcilicet conſentiente [ nec enim cogi poſſet inuitus partem pecuniæ accipere *l. tutor 41. §. Lucius inſr. de vſur.* cùm ſolutio per partes magna habeat incommoda *l 3 ſup. famil erciſc.* ] & reliquum poſteà petatur, officium iudicis tale eſſe debeat, vt æſtimet quanti actoris intererſit, eam duntaxat ſummam quę pereretur Capuæ ſolutam eſſe. Si enim id quod actoris intereſt propter vtilitatem loci ratione ſummæ iam priùs ſolutæ eſſet in obligatione, vtique eius petitio etiam poſt ſolutionem ſortis ſupereſſet, vt euenit in vſuris per ſtipulationem debitis *d. l. 1. C. de iudic. d l. 4. C. depoſit.* & in pœna quoque per ſtipulationem debita, *l. Lucius 46. infr. de action. empt.* Ac quia non debetur niſi officio & arbitrio iudicis, conſequens eſt, vt pro rata perceptæ ſortis id quoque quod actoris intereſt remiſſum eſſe videatur, *l. vlt. in fin. infr hoc tit.* Alia ratio eſt, eius quod intereſt, cùm principaliter debetur ex obligatione faciendi, de quo in *l ſtipulationes non diuiduntur 72. §. Celſus l. cùm ſtipulatus ſim 113. § vlt. de verb. oblig. l. 1. infr. de act. empt.* De cæteris quæ ab Accurſio & Bartolo adferuntur interpretationibus ad hanc legem nihil attinet dicere. Vera enim huius legis ſententia & ratio vnica illa eſt, quam nos attulimus. Iunge quæ diximus ad *l. 2. § idem Iulianus ſupr.*

9. VLPIANVS libro 47. ad Sabinum.

IS qui certo loco dare promittit, nullo alio loco, quàm in quo promiſit, ſoluere inuito ſtipulatore poteſt.

*Ad l. Is qui certo loco 9.*

RAT. DVB. Id quod certo loco debetur, poteſt vbique peti per arbitrariam actionem inuito promiſſore *l. 1. 2 & paſſ ſupr.* Ergo & vbiq; ſolui poteſt etiam inuito ſtipulatore, vt eadē ſit ratio promiſſoris, quæ ſtipulatoris, non autem deterior, cùm & ex iuris regula fauorabiliores ſint rei quàm actores *l. fauorabiliores 125. de regul. iur.* & proniores eſſe debeamus ad liberationē *l. Arianus 41. de oblig. & act.* quæ nō niſi per ſolutionē poteſt contingere. Idque ſenſiſſe videtur Venuleius in *l. continuus 137. § cùm ita de verb. oblig* vbi ait eum qui Epheſi dare promiſit, non tātùm Epheſi poſſe vel per ſe, vel per alium ſoluere, ſed etiā vbique. DEC. Neceſſitas mera iuris & facti induxit arbitrariam actionem fauore actoris, ne alioqui actionem ſuam amitteret, ſi non alio loco poſſet agere, quàm in quem collata ſtipulatio eſſet, promiſſore fortaſſis ad eum locum nunquam accedente *d. l. 1. ſupr.* atque ita in poteſtate & arbitrio debitoris eſſet an deberet necne: nō enim debitor eſſe videtur, niſi à quo inuito exigi poteſt *l. debitor 108. de verb. ſignific. l. 2. §. ſi quis Epheſi verſic Scæuola ſupr.* At ex parte debitoris nulla ſubeſt neceſſitas, ob quam permittendum ei ſit alio loco ſoluere inuito ſtipulatore, cùm ſi non poſſit ipſe ad locum ſolutioni deſtinatum accedere, poſſit tamen ibi per alium ſoluere *dict. §. cùm ita*, adeóque etiam vbique, priùs ſcilicet quàm ad locum illum perueniri potuerit: quandoquidem obligationi ſoluendi certo loco ſemper tacitè ineſt tempus intra quod ad eum locum perueniri poſſit, *d. l 2. § qui ita ſtipulatur ſupr. d. §. cùm ita*, vbi quod dicitur eum qui Epheſi dare promiſit poſſe vbique ſoluere, ad hunc caſum certè reſtringendum eſt, vt conſtat ex *leg. qui Romæ 122. in princip. eod. titul. de verbor. obligat.* vbi is qui Romæ pecuniam

mutuam

mutuam acceperat ſoluendam in longinqua prouincia poſt menſes tres, eam Romæ obtulerat poſt paucos dies, id eſt, priuſquam in longinquam illam prouinciam peruenire potuiſſet: ac proinde non minus congruo loco quàm congruo tempore, vt explicauimus *lib.1.Conuect.cap.1.* Quamquam nec illud improbo, quod placet Accurſio & Bartolo poſſe debitorem vbique ſoluere, etiam poſt elapſum tẽpus intra quod ad locum peruenire potuit, ſi modò non tantum ſortem offerat, ſed etiam quicquid ſtipulatoris intereſſe poteſt ratione loci. Ita enim fit, vt non deterior futura ſit condicio promiſſoris quàm ſtipulatoris, cui nec permittitur alio loco petere, niſi æſtimata ſolutaque vtilitate loci, ſi quid ex ea cauſa intereſſit rei, niſi reus ipſe prior in mora fuerit, vt diximus ad *d.l.1.& ad d.l.2.§.vlt.ſupr.* Sed extra hos caſus non eſt permittendum promiſſori, vt alio loco ſolutionem offerat ſtipulatori ne ipſi inuito auferat vtilitatem loci *l.fideiuſſor 16.§.1.infr.de fideiuſſ.* Nec eſt contrarium, quod ſcriptum eſt in *d.verſ. Scæuola* electionem habere reum vbi ſoluat ante petitionem. Nam vt bene Accurſius explicat de ea electione intelligi id debet, quam habet reus, qui in alterutro duorum locorum promiſit ſoluere, non autem vt in alio & tertio loco ſoluendi habeat facultatem, niſi quomodo diximus, ſi cum ſorte offerat quicquid propter locum intereſſe poteſt ſtipulatoris. Addunt Accurſius & Bartolus aliam exceptionem, niſi locus gratia ſolius promiſſoris adiectus ſit: quaſi ſupradicta procedant, cùm locus aut ſolius ſtipulatoris aut vtriuſque adiectus proponitur, nec malè. nam ſi conſtet fauore ſolius promiſſoris adiectũ eſſe locum, liberum eſſe debet fauori ſuo renunciare *l.ſi iudex circumuento 41.ſupr.de minor. l.pen.C.de pact.* & ita perinde vbiq; ſoluere, ac ſi locus adiectus non eſſet. nam & in eo qui in diem debet, ſimilis adhibetur diſtinctio, vt quamuis quod in diem debetur ante ſolui poſſit, aliud tamen dicendum ſit, ſi dies in fauorem creditoris adiectus ſit *l.2.§. cùm Pollidius infr.de vſur. l.ſi ita relictum 43.§.Pegaſus de legat. 2. leg cum qui 15.alias leg. Iauolenus de ann.legat.* In dubio tamen credẽdum eſt adiectum eſſe locum fauore, & gratia vtriuſque. Vnde eſt quod in arbitraria ratio habetur vtilitatis vtriuſque, id eſt, alterutrius vel actoris vel rei *d.l.2.in princ.& §.vlt.& l.prox.ſupr. l.1.C.eod.* dies autem in dubio quoque fauore ſolius debitoris *l.ſtipulatio iſta 38.§.inter de verb. oblig. l. quod certa 70.de ſolut.* in eoque locus differt à tempore.

10. PAVLVS libro 4. Quæſtionum.

SI poſt moram factam, quo minus Capuæ ſolueretur, cum arbitraria vellet agere, fideiuſſor acceptus ſit eius actionis nomine: videamus, ne ea pecunia, quæ ex ſententia iudicis accedere poteſt, non debeatur, nec ſit in obligatione, ad eo vt, nunc quoque ſorte ſoluta [a], vel ſi Capuæ petatur, arbitrium iudicis ceſſet. niſi quis dicat, ſi iudex centum & viginti condemnare debuerit [b] centum ſolutis ex vniuerſitate, tam ex ſorte quàm ex pœna ſolutum videri: vt ſuperſit petitio eius, quod excedit ſortem: & accedat pœna pro eadem quãtitate. quod non puto admittendum: tanto magis, quod creditor accipiendo pecuniam, etiam remiſiſſe pœnam videatur.

*Ad l. vlt. Si poſt moram.*

Accedit proximè ſpecies huius legis ad illam, quam ex Africano tractauimus in *l. centum Capua 8. ſupr.* ſed tamen non eadẽ eſt, quod videtur ſenſiſſe Iacobus Cuiacius, vt diuerſa & dubitabilior in eo, quod Paulus hîc ponit, fideiuſſorem acceptum fuiſſe poſt moram rei principalis & arbitrariæ actionis nomine, cùm in eo eſſet ſtipulator, vt propter moram debitoris arbitraria vellet agere, quod vtrumq; in ſpecie *d.l centum* aliter ſe habet. Itaq; ratio dubitandi maior hîc ſuberat, propter quam videbatur fideiuſſorem acceptum actionis arbitrariæ nomine teneri & obligatum eſſe ad omnem eam pecuniam, quæ ex ſententia & condemnatione debitoris potuiſſet accedere: cum ex ea cauſa reus ipſe iam eſſet obligatus, & fideiuſſor interueniendo arbitrariæ actionis nomine, id omne videretur promiſiſſe, quod per arbitrariam actionem conſequi à reo principali ſtipulator potuiſſet. Atqui poterat conſequi quanti ſua intereſſet ob vtilitatem loci propter moram à reo factam. Ergo & in hanc quoque ſummam fideiuſſor ſe obligaſſe credendus eſt. Nec enim cauſari poteſt, de eo ſe non cogitaſſe, quod per arbitrariam poſſet accedere, cùm arbitrariæ actionis nomine fideiuſſerit. Sed tamen hoc etiam caſu reſpondet Paulus illud ipſum quod Africanus in *dict. l. centum* ſcilicet eam pecuniam quæ ex ſententia iudicis poteſt accedere contra reum, non deberi à fideiuſſore, nec eſſe in ipſius obligatione, id eſt, vt ſumus interpretati contra Cuiacium ad *dict. l. centum*, non poſſe fideiuſſorem eius pecuniæ nomine condemnari arbitrio iudicis ex mora rei, quamuis & reus ipſe poſſet, & fideiuſſor quoque ſi ex ſua non ſi ex rei mora conueniretur, *d. l. centum in princ.* nimirum quoniam ea ſumma quæ rei condemnationi poteſt accedere, ne quidem à reo ipſo debetur iure obligationis, nec ipſi obligationi cohæret, nec ab ea pendet vllo modo, adeoque nec tam ex rei mora proficiſcitur, quàm ex eo, quod alio loco ſtipulator cogatur agere, quàm in quem collata fuerat ſtipulatio: hæc enim proxima & immediata cauſa eſt condemnationis faciendæ in actione arbitraria, licèt ad officiũ iudicis maximè ſpectet, vt inſpiciat, vter moram contraxerit, an reus, an actor. Quod & Bartolus tam ad hanc legem quàm ad *dict. l. centum*, bene explicauit. Interpretibus difficilem fecit huius legis ſententiam, quod Paulus ſubobſcurè, vt ſolet, ſententiam ſuam proponit iis verbis, *videamus, ne ea pecunia* &c. quæ tamen quaſi dubitantis ſint potius quàm reſpondentis, plerique ex veteribus ſic acceperunt, vt ad propoſitam initio legis quæſtionẽ Paulus nil reſpondeat, ſed aliam & nouam quæ-

eſt quod idem Gulielmus putabat nullo certo loco adiecto locum promiſſionis ſolutioni deſtinatum videri. Nam quod quocunque loco peti poteſt, id etiam neceſſe eſt ex mente contrahentium, vt quocunque ſolui poſſit, ac proinde vt locus ſolutioni deſtinatus non ille ſit, in quo promiſſum eſt, ſed vbi petitum, vt idem Bartolus benè probat ex *l. vinum 22. ſupr. de reb. credit. iunct. d. l. vltim. ſupr. tit. prox.* Quamquam in hoc quoque errat Bartolus, quòd putat adiectionem loci, in quo ſolutio fieri debet, facere actionem arbitrariam: quod certè non ita eſt, vt conſtat ex *l. heres abſens 19. §. vltim. ſup. de iudic.* Sed adiectum eſſe locum oportet obligationi non ſolutioni, vt nec alio loco peti actione directa poſſit *dict. leg. 1.* vbi diximus *ſupr.* Petitioni ergo deſtinatum locum eſſe oportet non ſolutioni, vt ſi alio loco agere volet ſtipulator, neceſſaria ei ſit arbitraria.

1 ¶ Interdum Iudex, qui ex hac actione cognoſcet, cùm ſit arbitraria, abſoluere reum debet, cautione ab eo exacta de pecunia ibi ſoluenda, vbi promiſſa eſt. quid enim, ſi ibi vel oblata pecunia actori dicatur, vel depoſita, vel ex facili ſoluenda? nónne debebit interdum abſoluere? in ſumma æquitatem quoque ante oculos habere debet iudex, qui huic actioni addictus eſt.

*Ad §. 1. Interdum.*

RAT. DVB. In cæteris actionibus arbitrariis ita ius eſt, vt ſi reus arbitrio non pareat, ſemper ſit condemnandus, & quidem in maiorem quantitatem quàm quæ petebatur, vt hanc contumaciæ ſuæ pœnam ſentiat qui arbitrio iudicis benè iubentis parêre noluit *l. item ſi cùm 14. §. 1. ſupr. quod met. cauſ. l. qui reſtituere 68. ſupr. de rei vindic. l. 1. de in lit. iur. l. vlt. infr. de fideiuſſ.* Abſoluendus verò nunquam niſi cùm paruit arbitrio & ſatisfecit, quo caſu cætera quoque iudicia omnia ſunt abſolutoria *§. vltim. Inſtit. de perpet. & tempora. action.* Semper enim debitori prodeſt ſatisfeciſſe, cùm ſatisfactio pro ſolutione ſit *l. ſatisfactio 52. infr. de ſolut.* ſed velle ſatisfacere nihil prodeſt *l. item liberatur 6. §. 1. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* Ergo nec in actione iſta de eo quod certo loco, quæ non modò arbitraria eſt, ſed præcipuo quodam ac ſingulari iure arbitraria per emphaſim dicitur, idem ius ſeruandum eſt, vt nihil proſit reo ad euitandam condemnationem quòd velit & paratus ſit ſatisfacere, niſi oſtendat ſe ſatisfeciſſe. Atqui reus qui paratum ſe dicit cauere de pecunia ibi ſoluenda, vbi dari promiſſa eſt, fatetur hoc ipſo ſe nondum ſatisfeciſſe, imò nec dicit ſe paratum ſatisfacere: nec enim cauere de ſoluendo ſoluere eſt, nec quemadmodum ſatisfactio iam præſtita pro ſolutione eſt, ita & cautio de ſoluendo oblata pro ſatisfactione haberi poteſt, nedum pro ſolutione. Proinde condemnandus omnimodo hîc reus eſt, non abſoluendus. Nec ad rem pertinet, quod dicat probétque vel ibi oblatam à ſe actori fuiſſe pecuniam, vbi ſolui debuit, vel depoſitam & obſignatam, vel de facili ſoluendam. Nam præter id quod his caſibus ſatis conſultum eſt reo per actionem ipſam arbitrariam, per quam conſecuturus eſt pleniſſimam loci vtilitatem, id eſt, quanti ſua intereſt alio potius loco, qui fuerat inſertus obligationi, ſoluere, ſi alibi conueniatur præſertim poſt moram ab actore ipſo commiſſam, vt diximus ad *leg. 2. in princip. & §. ſi quis Epheſi ſupr.* illud etiam certum eſt oblationem ſolam non ſufficere vt vim ſolutionis habeat, niſi oblationem ſine cauſa recuſatam ſecuta ſit obſignatio *leg. acceptam 19. Cod. de vſur. leg. obſignatione 9. Cod. de ſolut.* depoſitionem autem & obſignationem pecuniæ ſi rectè & congruo loco ac tempore facta ſit, non modò prodeſſe ad moram purgandam, ſed etiam ſolutionis vim habere *dict. leg. obſignatione*, vt proinde nullus quæſtioni locus ſupereſſe videatur, an per arbitrariam actionem peti poſſit pecunia, quæ iam ſoluta ſit, aut ſaltem habenda pro ſoluta. Quod autem additur de pecunia quæ faciliùs ſolui poſſit in loco deſtinato, quàm vbi petitur, condemnationem inducere potiùs debet quàm abſolutionem, dummodò vtilitatis loci ratio habeatur pro reo, qui leuioribus vſuris pecuniam inuenire potuit, ſi in loco ſtipulationi inſerto conuentus fuiſſet *leg. prox. in fin. ſupr.* Nulla igitur his etiam caſibus abſoluendi rei ratio ſupereſt licèt in mora ipſe non fuerit, ſed actor à quo conuenitur, ſatíſque reo eſſe debet quòd loci vtilitatem habiturus ſit, tantóque minus ſtipulatori ſoluturus. *dict. leg. 2. §. vltim. ſupr.*

DECID. Hæc actio ideo arbitraria dicitur per emphaſim, vt in ſuperioribus docuimus, quòd tota in arbitrium iudicis referatur, etiam quantum ad condemnationem, vt non cogatur iudex inſeruire contractui, ſed quantitatem in ſtipulatum deductam vel excedere poſſit vel minuere, quoties id æquum ex facti & perſonarum circumſtantiis eſſe videt *leg. 2. §. vltim. & leg. prox. ſupr.* Quod enim habet arbitrium iudex, qui huic actioni addictus eſt, habet tanquam vir bonus, & ideò arbitrari idipſum debet, quod alius quilibet vir bonus eſſet conſtituturus. Quid autem melius, quàm quod bono cuilibet viro & prudenti æquum videri poſſit? *leg. placuit 8. Cod. de iudic. leg. in omnibus 90. de reg. iur.* Proinde æquitatem maximè ante oculos iudex habere debet, non tamen cerebrinam illam totius iuris noſtri nouercam infeſtiſſimam, ſed, vt Panormitanus loquitur, iure informatam & quæ ex iure colligi poſſit, quæ ſi ſuadeat vt abſoluendus ſit reus, vtique abſoluere eum debet tam facilè ac multo faciliùs quàm condemnandum condemnare, vt promiores eſſe debemus ad liberationem & abſolutionem quàm ad condemnationem *vulg. leg. Arianus 41. infr. de oblig. & action.* Nec verò difficilius eſt iudici reum abſoluere in totum, quàm diminuere quantitatem, quod nihil aliud eſt, quàm ex parte abſoluere. Qui enim pro parte abſoluere poteſt ex æquitate, cur non eadem aut maiore æquitate vrgente in totum quoque abſoluere poterit? nam & ita ex Pomponio argumentatur Vlpianus in *leg. iuris gentium 7. §. adeò ſupr. de pact. leg. penult. infr. de confeſſ.* Denique quiſquis condemnare poteſt, etiam poteſt abſoluere *l. 2. infr. de re iudic.* quâ tris formulæ, per quas dabantur olim iudices, condẽnationis tantùm mentionẽ facerent, non

etiam

etiam abſolutionis. Atqui cùm debitor obtulit pecuniam eo ipſo in loco in quo promiſit, licèt non depoſuerit (ſecuta enim depoſitio poſt oblationem ritè factam pareret liberationem, nec quæſtioni locum vllum relinqueret) aut ſi non obtulerit quidem, quia non habebat cui offerret, ſed tamen depoſuerit pecuniam debitam, vt appareret per eum non ſtare quominùs ſolueret (quo caſu licet non acquiratur liberatio, impeditur tamen mora ne contracta videri poſſit, néve pœna vlla committatur, vt in *l. vltim. infr. de leg. commiſſ.*) an non æquum eſt excuſari promiſſorem, ſi alio loco conuentus vrgeatur ad ſolutionem, nec pecuniam in promptu habeat, nec modum vllum explicandæ alibi pecuniæ? Nec enim tam facile eſt pecuniam ſemper habere & vbique in numerato, aut numerationem in expedito, vt Vlpianus loquitur in *l. ſi debitor* 10. *in princip. infr. de fideiuſſ.* Et quamuis difficultas præſtationis non ſoleat excuſare debitorem, quia nec habet quicquam commune cum cauſa & iure obligationis, & recedit ab impedimento naturali, reſpicitque tantùm facultatem perſonæ *d. l. continuus* 137. *§. illud, de verb. oblig.* iniquum tamen videtur, eum qui ſemel tantùm debeat, non modò bis cogi ſoluere, ſed etiam bis cogi eam pecuniam perquirere ad ſoluendum quam promiſerit, licet ſtipulator non niſi ſemel eam conſequi velit. Cur enim hoc incommodo afficiamus miſerum debitorem facto & culpa ſtipulatoris, cui poteſt ſemper imputari, cur non ad locum deſtinatum venerit, aut procuratorem miſerit ad accipiendam ibi ſolutionem? Ergo his omnibus concurrentibus, ſed eo præſertim, vt pecuniam in alio quàm deſtinato loco ſoluere, non tantùm difficile & incommodum, ſed etiam penè impoſſibile ſit promiſſori, vt in *l. 4. §. 1. infr. de ſtatulib.* æquiſſimum ſanè fuerit ei ſuccurri, vt non alio loco ſoluere cogatur cum tanto ſuo incommodo, ſed ab arbitraria actione abſoluatur per iudicem qui de arbitraria cognoſcit: ſed exacta tamen ab eo cautione de pecunia ibi ſoluenda vbi promiſſa eſt: in quo adhuc ſatis grauatur debitor, cui nec facile ſemper & obuium eſt, in alio præſertim loco, quàm in quem deſtinata ſolutio fuerat, inuenire fideiuſſorem *l. 2. §. penult. ſupr. de iudic.* Qua de cauſa ſi fideiuſſoris quoque datio, quod plerumque euenit, tam incommoda & difficilis eſſet debitori, quàm pecuniæ numeratio, vt vtraque penè impoſſibilis videri poſſet, non putarem in eas anguſtias coniiciendum promiſſorem, vt vel ad rem tam difficilem, vel ad perpetuos carceres, vt ita dicam, ferendos vrgeretur, ſed potius nuda repromiſſione contentum eſſe ſtipulatorem debere, quæ & hodie ſola cautionis nomine ſimpliciter ſumpto ſignificatur, poſt *l. ſancimus* 4. *C. de verb. ſignif.* aut ſaltem iuratoria, vt vocant, cautione quæ in locum & ſubſidium ſatiſdationis præſtari ſolet ab inope debitore cum bonorum omnium hypotheca *l. omnes* 33. *§. præterea & ſeq. l. cùm clericis* 25. *C. de Epiſc. & cleric. l. filio* 7. *infr. vt legat. ſeu fideic. ſeruand. cauſ. caueat. l. in ſacris ſcriniis* 12. *C. de prox. ſacror. ſcrinior. lib. 12. tit. 19.* iniquum enim eſſet facto & culpa ſtipulatoris ad rem penè impoſſibilem vrgeri & condemnari promiſſorem. Ergo abſolui eum potius æquiſſimum eſt, & per remedium exactæ cautionis actori ſatisfieri, vt aliàs plerumque ſolet *l. ſi poſt acceptum* 18. *& ſeq. l. ſi à bonæ fidei* 21. *l. si à quo* 57. *ſupr. de rei vindic. l. in lege* 45. *§. 1. infr. ad leg. Falcid.* & aliis ſexcentis, etſi verſiculus ille *cautione tamen ab eo exacta*, &c. mihi valde ſuſpectus eſt, & redolere Tribonianum videtur ex iis quæ ſcripſi iam olim *lib. 15. Coniect. cap. 2.* Iunge tamen quæ poſteà ſcripſimus, & melius, vt nobis nunc videtur in *Error. 2. decad. 90.*

5. PAVLVS libro 28. ad Edictum.

SI heres à teſtatore iuſſus ſit, certo loco quid dare: arbitraria actio competit.

*Ad l. Si heres 5.*

RAT. DVB. Actio ex teſtamento ſui natura eſt ſtricta *l. aliàs 6. ſupr. de in lit. iurand.* Ergo non eſt arbitraria: nec enim actiones ſtrictæ ſunt arbitrariæ, ſed conſtituunt tertiam ſpeciem à reliquis duabus differentem *§. præterea. Inſtit. de action. l. 3. §. in his, infr. de vſur.* vt docuimus ad *l. 2. §. 1. ſupr.* Quod ſi præſtationes inſpicimus, quæ veniunt in actionem ex teſtamento, certum eſt, quantum ad eas pertinet, actionem ex teſtamento imitari naturam actionum bonæ fidei, non tantùm ſi de fructibus & vſuris quæratur *l. in minorum 5. C. in quibus cauſ. non eſt neceſſ. in integr. reſtit. l. ſi quis ſeruo 84. l. Titia Seio 87. §. vſuras de legat. 2. d. l. 3. in princip. de vſur. l. ſi cui legatum 92. in fin. de condit. & demonſtr.* ſed etiam ſi res legata perfectè ſoluta non ſit, & quæratur an duret prima actio, quod in ſolis bonæ fidei actionibus locum habet *l. huiuſmodi 84. §. ædes de legat. 1. l. ſi imaginem 12. de aur. & argent. legat. iunct. l. eleganter 24. infr. de pignor. action. l. ſi prædium 4. C. de euict.* Atqui actiones bonæ fidei nunquam per adiectionem loci fiunt arbitrariæ, cùm natura earum ſufficiat ad loci vtilitatem alterutri ex contrahentibus præſtandam *l. in bonæ fidei 7.* vbi dicemus *infr.* Ergo ſi heres teſtamento iuſſus ſit aliquid certo loco dare, non ideò arbitraria actio poterit competere. DECID. Actiones arbitrariæ quamuis nullomodo ſtrictæ ſint, fiunt tamen plerunque ex iis quæ ſui natura ſunt ſtrictæ per adiectionem loci, quoties obligationis non ſolutionis cauſa locus adiectus eſt, ita vt nunquam directa actio ſtricta eſſet competitura, ſi debitor vel data opera & dolo malo, vel qua alia etiam iuſta de cauſa impeditus nunquam accederet ad locum ſolutioni deſtinatum, vt in eo conueniretur *l. 1. ſupr.* vbi diximus & ad *l. 2. §. 1.* Atqui cùm heres iuſſus & damnatus eſt certo loco aliquid dare, apparet adiectum eſſe locum non tantùm ſolutionis, ſed etiam obligationis cauſa, nec proinde ex natura actionis ex teſtamento quæ ſtricta eſt, poſſe alibi legatum peti, quàm in quo illud deberi teſtator voluit, ne alioqui fiat contra voluntatem, quod ex voluntate proficiſcitur. Ergo euenire neceſſe erit, quod multò magis contra voluntatem teſtatoris fuerit, vt ſi nunquam accedet heres ad locum teſtamento comprehenſum, nunquam futurum ſit, vt conueniri poſſit, atque ita legatum facto heredis intercidat, & illuſorium fiat, & in ipſius arbitrio & poteſtate futurum ſit an debeat, quod nunquam ferendum eſt *dict. l. 2. §. ſi quis Epheſi verſic. Scæuola ſupr.* Id verò ne contingat, perinde neceſſaria eſt arbitraria ad petendum quocunque loco id quod certo loco

ex teſtamento debetur, atque ſi ex ſtipolatione deberetur: vbi ergo eadem iuris & æquitatis ratio vrget, nec diuerſitatis cauſa vlla reddi poteſt, quidni ius idem conſtituemus? *vulg. l. illud 32. ad leg. Aquil. l. 3. §. vnde etiam. infr. de iniuſt. rupt.* Proinde quemadmodum in ſtipulatione cui locus inſertus eſt, diſtinguimus, an obligationis an verò ſolutionis tantùm gratia adiectus ſit, ita & in legato diſtinguendum erit. Nam ſi teſtator ita ſcripſiſſet, *Heres meus damnas eſto decem dare Titio ſoluenda Capua*, dicendum eſſet non fore neceſſariam legatario arbitrariam, quia directa actione poſſet heredem conuenire non modò Capuæ, ſed etiam in loco domicilij, quę conueniendi facultas & electio creditori competens arbitrariam excludit *l. heres abſens 19. §. vlt. ſupr. de iudic.* Sic & aliàs dicimus multum referre, an dies incertus legato adiectus ſit ad obligationem, an ad ſolutionem, id eſt, an quis legauerit Titio ducenta, cùm erit annorum quatuordecim, an verò ſoluenda, cùm erit Titius annorum quatuordecim, nam priore caſu legatum condicionale eſt, nec ad prædefuncti legatarij heredem tranſmittitur. Poſteriore verò & purum eſt & tranſmittitur, quaſi non tam condicione quàm mora ſuſpenſum *leg. ſi cui legetur 49. §. hoc autem legatum de legat. 1. l. heres meus 79. de condic. & demonſtr. l. ex his verbis 5. C. quando dies legat. ced.* Sed & obſeruandum eſt, legem hanc loqui de legato per damnationem, quod olim per manus heredis capi neceſſe erat, non autem de legato per vindicationem relicto, quod occupare legatarius poterat, non expectato herede, id eſt, non expectata heredis voluntate, vt Vlpianus & Caius in *Inſtit.* ſcribunt. Legatum per damnationem non niſi per actionem perſonalem ex teſtamento peti poterat: legatum verò vindicationis, etiam per actionem in rem, ac proinde vbicunque res inueniatur quæ legata eſt *l. quod legatur 38. ſupr. de iudic.* Nam cùm vindicatio competat iure dominij, & ex præſenti poſſeſſione *l. non aliàs 24. §. ſed ſi poſtulatur ſupr. eod. tit. l. in rem 23. ſupr. de rei vindic.* conſtat legatarium nec magis nec minùs dominum eſſe vno loco quàm alio, & ideo perinde vbique vindicare legatum poſſe. Hæc & alia quædam ad explicationem huius legis pertinentia iam ſcripſimus in *Error. 3. & 4. decad. 91. de error. Pragmat.* vnde alia ſi qua hìc deſunt, peti poterunt, præſertim circa legatum ſimpliciter relictum nullo adiecto certo loco, de quo in *leg. cùm res 47. de legat. 1.* & circa interpretationem *d. l. quod legatur ſupr. de iudic.* Quod autem Bartol. hìc addit, omnes actiones ſtricti iuris per loci adiectionem fieri arbitrarias, id verò refutauimus in *Error. 4. eiuſdem decadis 91.* & quàm falſum ſit ex iis etiam intelligetur, quæ dicemus ad *leg. ſeq. & ad l. ſi duo 16. §. 1. infr. de conſtit. pecun.*

6. Pomponivs libro 22. ad Sabinum.

A Vt mutua pecunia ſic data fuerit, vt certo loco reddatur.

*Ad l. Aut mutua 6.*

Rat. dvb. Non fit actio arbitraria per quamlibet loci adiectionem, ſed ita demùm ſi locus obligationi adiectus ſit non ſolutioni, vt ſæpius in hoc tractatu inculcauimus, & conſtat tam ex *l. heres abſens 19. §. vlt. ſupr. de iudic.* quàm ex ratione ipſa iuris, quæ arbitrariæ actionis inducendæ neceſſitatem induxit. Non enim alia ratio fuit, quàm quod alioquin euenturum erat, vt nullibi petere ſtipulator poſſet, ſi debitor nunquam ad locum obligatione comprehenſum accederet *l. 1. ſupr.* At cùm locus ſolutionis tantùm non etiam obligationis cauſa adiectus eſt, remanet pura obligatio, ex qua proinde etiam alibi agi poteſt, maximè verò in loco domicilij etiamſi reus non ibi inueniatur, adeò vt ſi lateret, nec ſe ibi defendat, bona eius vendenda ſint ex edicto *d. l. heres abſens. §. vlt. l. 2. & 3. infr. de rebus author. iudic. poſſid. l. qui Romæ 122. in princ. de verbor. oblig. l. quæro 100. de ſolut.* Atqui in huius legis ſpecie ponimus locum fuiſſe adiectum ſolutioni tantùm, non etiam obligationi. Tractat enim Pomponius de pecunia mutua data, hoc pacto addito, vt loco certo redderetur: quo verbo apertum eſt ſignificari reſtitutionem ipſam pecuniæ, non eius reſtituendæ obligationem. Imò quod magis eſt, fieri nequit, vt in contrahendo mutuo locus certus adiiciatur obligationis tantùm gratia, non ſolutionis, cùm obligatio mutui non verbis contrahatur, ſed re, id eſt, aut numeratione, aut ponderatione, aut menſuratione *titul. quibus modis re contr. oblig. Inſtit. l. 1. §. re contrahitur infr. de oblig. & action.* vt proinde non poſſit adiici pactum de re mutuò data certo loco reſtituenda, niſi poſt contractam iam ipſam mutui obligationem. Non igitur poteſt condictio certi ex mutuo, quæ ſui natura eſt ſtricta, per adiectionem loci fieri arbitraria. Idque ex eo apparet euidentiùs, quòd ſi vinum vel frumentum mutuò datum ſit, ea lege vt certo loco reddatur, vbique peti poteſt, neque id per actionem arbitrariam, honorariam & vtilem, qualis hæc eſt de eo quod certo loco, ſed per ciuilem & directam condictionem certi ex mutuo, æſtimandum tamen quanti eſt tempore litis conteſtatæ in eo loco in quo ſolui debuit, ſicuti ſi dies adiectus eſſet, æſtimari deberet quanti eo die fuiſſet, vt diſertè ſcriptum eſt in *l. vinum 22. ſupr. de rebus credit. l. vlt. ſupr. tit. prox.* vbi eadem prorſus conſtituitur ratio temporis quæ loci *l. idem erit 60. infr. de verbor. oblig.* cùm ſi per arbitrariam peteretur, æſtimandum eſſet quanti in loco eſſet petitionis, detracta tamen vtilitate loci, non quanti eſſet in loco ſolutioni deſtinato *l. 2. §. ſi quis Epheſi & §. vlt. ſupr. hoc tit.* Ergo & ſi pecunia mutua data ſit ea lege adiecta, vt certo loco reddatur, dici non poteſt arbitrariam competere, cùm ſufficiat condictio certi ex mutuo; quam in eo fatendum eſt, differre à condictione certi ex ſtipulatione, quod pactum incontinenti adiectum ſtipulationi non ſolùm ei ſic ineſt, vt poſſit producere actionem (quod & in cæteris contractibus ſtrictis euenit *l. vlt. C. de rer. permut. l. legem 9. l. cùm res 22. C. de donat. l. cùm mota 6. C. de tranſact.* ſed etiam format ſtipulationem, vt quod pacto incontinenti appoſito comprehenſum eſt, perinde haberi oporteat, acſi idipſum ſtipulationis verbis contineretur. Eadem enim eſt ſubſtantia pacti & ſtipulationis, cùm ambo & verba & conſenſum habeant, nec differant niſi ſolemnitate verborum & animo, aut ſtipulandi aut paciſcendi *l. iuris gentium 7. §. quod ferè. ſupr. de pact. l. lecta 40.* vbi ſcripſimus *de reb. cred.* Itaque cùm poſt contractam ſtipulationem conuenit de

loco,

loco, adiectio illa loci dummodò incontinenti facta efficit partem ſtipulationis, perindéque obligationi inſertus locus creditor, atque ſi in prima verborum conceptione adiectus fuiſſet, quo caſu nemo dubitaret, quin obligationis non ſolutionis cauſa adiectus eſſet, nec per conſequens quin arbitrariam inducere deberet: quippe quæ naſcitur ex ſtipulatione illa *Epheſi dari*, vt ſcriptum eſt in *d.l.2.§.1.ſupr.* non etiam ex illa *Epheſi reddi* quomodo tamen neceſſe eſt cõcipi pactum dationi mutui adiectum. Eſſet enim pactum de mutuo dando, nõ mutuum, ſi inter duos conueniret, vt mutuum certo loco daretur, nec prodeſſet ad agendum tanquam nudum, ſi non vel ſtipulatione vel alterius contractus, vt noſtri loquuntur, cohærentia veſtiretur. Sed cùm mutuum re tantùm cõtrahatur, vt diximus, pactum quod ſubiicitur, non niſi de reddendo mutuo eſſe poteſt, & ad ſolutionem, non ad conſtituendam obligationem pertinere. Quænam igitur ratio adferri poteſt, cur ſi mutua pecunia data ſit, hoc pacto addito, vt ea certo loco reddatur, arbitraria competat? quæ tamen nunquam competit niſi cùm eſt neceſſaria. Dec. Separandum eſt hac parte mutuum pecuniæ à mutuo vini, frumenti, & aliarum mercium quæ in pondere vel in menſura conſiſtunt. Nam in mercibus mutuo datis, & certo loco reddendis, ideò non eſt neceſſaria actio arbitraria, nec proinde competit, quia etiam per directam & strictam cõdictionem certi ex mutuo haberi ratio poteſt loci non minùs quàm per arbitrariam, vt ſcilicet quod in eo loco petitur, in quo peti potuit, in alio tamen quàm in quo ſolui debuit, æſtimetur, nõ quanti eſt ibi vbi petitur, ſed quanti in eo loco in quo ſolui ex pacto debuit. Quid enim vetat quod vno loco petitur, ex alio tamen æſtimari? *d.l.vinum de reb.credit.d.l.vlt.ſupr.tit prox.d.l.ſi demeris 60.de verb.obligat.* At in pecunia ſic mutua data vt certo loco reddatur, non eadem loci vtilitas ſeruari per directam actionem poteſt, cùm pecuniæ certa vbique & vna ſit æſtimatio *l.3.ſupr.de in lit.iurand.* Itaq; nulla erit vtilitas loci hoc caſu, niſi inducamus arbitrariam, per quam actor petendo alibi reſtitutionem pecuniæ creditæ conſequatur, prærerea quanti eius intereſt ratione loci, ſi fortè ex aliqua iuſta cauſa intererſit, vt in ſpecie *l.2.§.vltim.ſupr.* aut ſi in mora ipſe fuerit, præſtet reo quantum amittit reus ex vtilitate loci, in quo potuiſſet fortaſſe leuioribus vſuris pecuniam inuenire: quæ tota vtilitas loci eſt, cùm de pecunia, non etiam cùm de mercib. quæritur *d.l.3.ſupr.* Atqui nonquam ea interpretatio capienda eſt, quæ loci adiectionem faciat ſuperuacuam, cùm locus perinde faciat partem ſtipulationis ac dies *l.1.§.editiones ſupr.de edend.* Ergo dicendum eſt hoc ſolo caſu condictionem certi adiectione loci fieri arbitrariam, non etiam cæteris. Hæc verò omnia explicauimus pluribus in *Error.1.& 2.decad.91.*

7. Pavlvs libro 28. ad Edictum.

IN bonæ fidei iudiciis, etiamſi in contrahendo conuenit, vt certo loco quid præſtetur, ex empto, vel vendito, vel depoſiti actio competit: non arbitraria actio. Si tamen certo loco traditurum ſe quis ſtipulatus ſit[a] hac actione vtendum erit.

*Ad l. In bonæ fidei 7.*

Rat. dva. Non debent nec poſſont actiones bonæ fidei deterioris eſſe condicionis quàm strictæ, cùm ſint fauorabiliores, & præſtationes habere ſoleant vberiores. Ideo enim ſtricta dicuntur iudicia & ſtricti iuris, quòd ex iis ſtrictior minúſq; plena fiat condemnatio. Atqui actiones ſtrictę per adiectionem loci fiunt arbitrariæ, vt ſuprà vidimus in actionibus ex ſtipulatione & ex teſtamento, adeóque in condictione certi ex mutuo, ſaltem eo caſu quo non merx, ſed pecunia mutua data ſit eo adiecto pacto, vt certo loco redderetur, vt docuimus ad legem ſuperiorem. Ergo & in bonæ fidei contractibus, ſi conuenerit, vt certo loco quid præſtetur, dicendum eſt eo nomine competere arbitrariam.

Dec. Bonæ fidei actiones ideò ſic dictæ sũt, quòd in iis permiſſum ſit iudici omnia æſtimare ex bona fide, id eſt, ex æquitate *§.in bonæ fidei. Inſt.de act.iunct. l.bona fides 31.infr.depoſit.l.ex empto 11.§.vlt.l.bona fides 50.& paſſ.infr.de action.empt.* Idque propter verba illa *ex bona fide*, quæ in formulis omnibus iudiciorum bonæ fidei adiici ſolebant, vt nemo neſcit. Proinde Iudex qui de bonæ fidei actionibus cognoſcit, non minùs æquitatem ante oculos habere debet, quàm qui arbitrariæ actioni addictus eſt, & conſequenter vtilitatem loci æſtimare ſiue pro actore, ſiue pro reo, non minùs quàm vtilitatem temporis, prout ex alterutrius mora faciendum æquitas dictauerit *l.ſi vt certo 5.in princ.infr.Commod.l.3.§.ſi per venditorem de action.empt.* Quid ergo neceſſe eſt dare arbitrariam & vtilem actionem, cùm directa, quæ ſemper dignior eſt, ſufficiat? Ideo autem ſufficit, quia tum quoque cùm contractus emptionis, locationis, commodati, & alij ſimiles qui bonæ fidei ſunt, ſine vlla loci adiectione facti fuerunt, ſi tamen incontinenti de certo loco per pactum conuenerit, dicimus pactum hoc non ſolùm ineſſe contractui, ſed etiam formare contractum, & actionem ex eo contractu competentem, id eſt, facere, vt eadem ipſa actio, quæ ex contractu naſcitur, danda etiam ſit ad id quod pacto comprehenſum eſt *l.iuris gentium 7.§.quinimò & ſeq.ſupr.de pact.l.in bona fidei 13.& l.legem 10.C.eod.l.2.C.de pact.int.empt.& vendit.* Vbi tamen obſeruandum eſt, actionem ex vendito ſic dari ex pacto de retrouendendo incontinenti poſt venditionem appoſito, vt tamen non excludat actionem præſcriptis verbis, quę etiam ex pacto incontinenti poſt contractum ſtricti iuris interpoſito naſceretur, vt ad legem præcedentem ſcripſimus ex *l.cùm mota 6.C.de tranſact.l.vlt.C.de rer.permut.l.legem 9.l.cùm res 22.Cod.de donat.* Quo exemplo poſſet quis fortaſſe credere, in ſpecie quoque huius legis dandam eſſe actori electionem, an contra eum qui certo loco dare quid promiſit actione ex contractu agere malit, an arbitraria quaſi tantundem per hanc quãtum per illam conſecuturus. Sed non ita eſt. Actio enim Præſcriptis verbis ex contractu etiam ſtricto naſcitur, propter pactum incontinenti appoſitum, cuius commodo priuandus non eſt ille qui ſic contraxit, quíque non aliter fuerat contracturus *l.vltim.C.de*

*pact.inter empt.& vendit.* Quod & in pacto ex continenti poſt bonæ fidei contractum appoſito longè magis obtinere debet. At actio arbitraria non ex contractu naſcitur, neque ex voluntate expreſſa contrahentium, ſed ex ſola ęquitate Prætoris inducentis vtilem actionem eo tantùm caſu quo ſit neceſſaria, id eſt, quo ſufficere directa non poſſit, quod in huius legis ſpecie non contingit.

a *Si tamen certo loco traditurum ſe quis ſtipulatus ſit.* Ita in Pand. Florent. & multò meliùs quàm apud Accurſium & Bartol. *condicturum* aut *conducturum*, quæ nullius ſenſus lectiones ſunt, nec niſi nngandi materiam Accurſio & Bartolo præbuerunt. Cùm enim tractaret Paulus de contractu venditionis, ex quo venditor obligatur ad tradendum, ſicut emptor ad precium dandum *l.1.l.ex empto 11. §.1.infr. de action.empt. l.ſi traditio 4. C.eod.* commodiſſimè huc verſiculus ſuperiori ſententiæ ſubiungitur aduerſatiuè, ne quis putet perpetuum eſſe, quod proximè dictum eſt, ex bonæ fidei contractu arbitrariam actionem non competere. Quid enim ſi venditor emptori promiſerit per ſtipulationem (hoc enim ſignificant verba illa *ſtipulatus ſit* omnimodo paſſiuè ſumenda, quomodo & alibi plerunque ſumuntur, quod & Accurſius docet) ſe traditurum ei rē venditam certo loco? Vtique hac actione arbitraria vtendum emptori neceſſariò erit. RATIO DVB. In contractibus & actionibus bonæ fidei ſufficit natura ipſa contractus, & actionis bonæ fidei, vt quod certo loco dari vel tradi promiſſum eſt, vbique peti poſſit æſtimata vtilitate loci, in quo dari res aut tradi debuit, ſiue pro emptore, ſiue pro venditore, prout alteruter aut moram fecerit aut paſſus ſit *l.3. §. ſi per venditorem.infr.de action.empt.* Atqui cùm venditor emptori promittit ſe rem venditam ei traditurum, quamuis ita promittat per ſtipulationem, pendet tamen ſtipulatio ex contracto negotio emptionis *l.5.verſ.conuentionales.inf.de verb.oblig.* Ergo & hoc caſu ſufficere poteſt emptori contra venditorem directa ex empto actio, nec arbitraria neceſſaria eſt. DEC. Cùm inter emptorem & venditorem ſtipulatio interponitur ab initio aut incontinenti, ſiue ante, ſiue poſt contractam venditionem, non duo contractus ſunt, vnus venditionis, alter ſtipulationis, quorum prior per poſteriorem mouetur, ſed vnus tantùm contractus eſt, íſque ſtipulationis non venditionis, ſed venditionē duntaxat pro cauſa habens, ne ſtipulatio ſine cauſa interpoſita dici poſſit *l.ſi ita fuero 6. §.1. & l.ſeq. infr. de nouat.* Ergo actio quæ ex huiuſmodi contractu naſcitur, non poteſt eſſe bonæ fidei, cū ſit actio ex ſtipulatione aut ex ſtipulatu, quę ſemper ſtricta eſt, niſi cùm Iuſtinianus inuita tota Iuriſprudentia fecit eam bonæ fidei in *l.vnic.C.de rei vxor.act.* Ita igitur fiet, vt ſi venditor nolet, aut nō poterit vnquam accedere ad eum locum, in quo tradere rem promiſit, nunquam quoq; & nuſquam cōueniri poſſit ad rem tradendam, neque actione ex empto quę nulla eſſe poteſt, vbi cōtractus emptionis nullus præceſſit, neque ex ſtipulatione aut ex ſtipulatu, quæ cùm ſit ſtricta, non alio certè loco exerceri poteſt, quàm in quo rem tradi promiſſum eſt. Conſequens igitur omnino eſt, vt actio arbitraria ſit hoc caſu neceſſaria non minùs quàm ex illa ſtipulatione *Epheſi decem dari l.1.l.2. §.1. ſupr.* Differentia tantùm illa eſt, quòd ea ſtipulatio *Epheſi decem dari* obligationem dandi continet, hæc autem *Epheſi rem venditam tradi* obligationē faciendi, cùm tradere ſit facti. Sed quod ad rem noſtram pertinet, parui momēti hæc differentia eſt, cū quiſquis ſtipulatur rem dari, hoc ipſo ſtipuletur etiam rem tradi *d.l.3. §.1. infr. de act. empt.* quia nec dari res poteſt, id eſt, dominium eius transferri citra traditionem *l.vbi autem 75. §.vlt.de verb.obl. iunct.l.nunquā nuda 31.& l.traditio 20. infr. de acq.rer.domin.l.traditionibus 20.C.de pact.* nec vno caſu magis quàm alio cogitur promiſſor præcisè ad tradendum, quod meri facti eſt, vt pluribus docuimus in *Error.4.5. & 6. decad.85.de error. Pragm.* Planè ſi ſic cōcepta ſtipulatio eſſet *Epheſi rem tradi intra Cal. Martias proximas* dicēdum eſſet præteritis Calendis Martiis futurum, vt emptor idémque ſtipulator poſſet quocūque loco petere, quanti ſua intereſſet *l.eum qui 43.ſupr.de iudic.* quia nō poſſet amplius res tradi poſt elapſum tempus, intra quod ex verbis ſtipulationis tradi debuiſſet *l.ſi Calendis 11.infr. de iudic.* Sed cùm tempus nullum in ſtipulatione adiectum eſt, peti rem neceſſe eſt apud Prætorem per litis conteſtationem, aut apud Præſidem prouinciæ, qui in prouincia illa Prętoris vices gerit, & quidem in eo ipſo loco qui ſtipulatione comprehenſus eſt, priuſquàm id quod intereſt, vllibi peti poſſit, quoniam ad litem vſq; conteſtatam promiſſioni ſuæ ſatisfacere venditor poteſt *l.2.§.ſi quis Epheſi verſ.Scæuola ſupr.* adeóque moram purgare *l.ſi inſulam 84. de verb.oblig.* Ergo nec de eo quod intereſt agere vnquam emptor poterit, ſi nunquam accedat venditor ad eum locū, in quo ex conuentione tradere rem debuit. Eſt igitur hoc caſu arbitraria actio, de eo quod certo loco, perinde atq; alio vllo neceſſaria ad hoc vt venditor ad rem tradendam quocunque alio loco conueniri poſſit.

8. AFRICANVS libro 3. Quæſtionum.

CEntum Capuæ dari ſtipulatus, fideiuſſorem accepiſti. ea pecunia ab eo ſimiliter, vt ab ipſo promiſſore, peti debebit. id eſt, vt ſi alibi, quàm Capuæ, petantur, arbitraria agi debeat, iíſque tanti æſtimetur, quanti eius vel actoris interfuit, eam ſummam Capuæ potius, quàm alibi ſolui. nec oportebit, quòd fortè per reum ſteterit [a], quominùs tota centum Capuæ ſoluerentur, obligationem fideiuſſoris augeri. neque enim hæc cauſa rectè comparabitur obligationi vſurarum [b]. ibi enim duæ ſtipulationes ſunt: hic autem vna pecuniæ creditæ eſt, circa cuius executionem, æſtimationis ratio arbitrio iudicis committitur, eiúſque differentiæ manifeſtiſſimum argumentum eſſe puto [c]: quòd ſi poſt moram factam pars pecuniæ ſoluta ſit, & reliquum petatur, officium iudicis tale eſſe debeat, vt

æſti-

met, quanti actoris interſit, eam duntaxat ſummam, quæ peteretur, Capuæ ſolutam eſſe.

*Ad l. Centum Capua 8.*

RAT. DVBIT. Fideiuſſoris obligatio ſtrictiſſima eſt, cùm ex ſtipulatione ſola contrahatur *l. 5. §. ſatis acceptio. infr. de verb. obl. l. blanditus 12. C. de fideiuſſ.* ita vt in aliã aut in duriorem cauſam accipi non poſſit fideiuſſor, in leuiorem tamen poſſit *l. Græcè 8. §. illud, & ſeq. l. fideiuſſor 16. in princip. & §. 1. & ſeq. infr. de fideiuſſ.* Atqui cùm creditor centum Capuæ dari ſtipulatus, à debitore fideiuſſorem eo nomine accepit, hoc vnum promiſit fideiuſſor *Capua centum dari*, non ergo Epheſi, aut Romæ, aut alio loco, nec pro arbitraria, & vtili actione interuenit, ſed pro pura & directa. Conſequenter non eſt ferendum, vt per arbitrariam conueniatur alibi quàm Capuæ: alioqui nihil intereriit, an fideiuſſor ſit directæ actionis, & ſtrictæ, vt in ſpecie huius legis, an actionis vtilis & arbitrariæ, vt in *l. vlt. infr.* Nec bona conſecutio eſt, vt qui voluit fideiubere pro actione ſtricta, voluerit etiam fideiubere pro arbitraria: eſt enim longè durior condicio eius, qui fideiubet pro arbitraria propter vtilitatem loci, quæ arbitrio iudicis in eam actionem venit, nunquam verò in actionem ſtrictam; ſi verum eſt, vt eſt, quod ex Theophilo docet ad hanc legem Cuiacius, puram actionem, id eſt, certam & ſtrictam conſumere rationem omnem eius quod intereſt. Nec rurſum quæ ratio æquitatis inducit neceſſitatem actionis arbitrariæ, contra reum principalem, ſcilicet ne alioqui futura ſit inutilis ex ſtipulatione actio, debitore nunquam ad locum ſolutioni deſtinatum accedente, atque ita in poteſtate debitoris futurum ſit an debeat *l. 1. & 2. §. ſi quis Epheſi verſic. Scæuola ſupr.* eadem non æquè inducit neceſſitatem dandæ contrà fideiuſſorem arbitrariæ, cùm ſufficere poſſit creditori, quod arbitrariam habiturus ſit contra debitorem ipſum, ſibíque potius debeat imputare, cur ſtrictæ tantùm & directæ actionis non etiam arbitrariæ quoq; nominatim fideiuſſorem acceperit, vt in *dict. l. vlt. infr.* Ergo non poteſt verum eſſe quod hîc reſpondet Africanus, pecuniam Capuę debitam poſſe ab ipſo fideiuſſore ſimiliter atque à debitore peti per arbitrariam, id eſt, vt ſi alibi quàm Capuæ petatur, litem æſtimari oporteat quanti vel fideiuſſoris, vel actoris intererit, eam ſummam Capuæ potius quàm alibi ſolui. DEC. Obligatio fideiuſſoria quamuis ſtricta ſit, nec niſi acceſſoria, nunquam tamen ſic interpretanda eſt, vt inanis fiat & illuſoria, ne alioqui decipiatur creditor, qui fideiuſſorem ab initio accepit, quique veriſimiliter ſine fideiuſſore non fuerat contracturus. Nec minùs abſurdum eſt in poteſtate fideiuſſoris eſſe poſtquàm ſe per ſtipulationem obſtrinxit, an debeat, quàm ſi eſſet in poteſtate principalis debitoris *d. §. ſi quis Epheſi. verſic. Scæuola.* Nam & fideiuſſor debitor eſt, quamuis ſecundus tantùm & acceſſorius. Atqui ſi neque principalis debitor, neque fideiuſſor accederent vnquam ad locum Capuæ, vbi pecuniam dari debere ponimus, fieret vtraque obligatio tam principalis quàm fideiuſſoria inutilis, nec miſero creditori actio vlla aut ratio ſupereſſet ad ſuum conſequendum: & quamuis ſtipulator per arbitrariam conueniri quocunque loco poſſet, inutilis tamen adhuc & inanis manere fideiuſſio, ſi non æquè liceret creditori fideiuſſorem arbitraria actione conuenire. Ergo ne abſurdum hoc eueniat, dicendum eſt, perinde arbitrariam contra fideiuſſorem, atque contra principalem debitorem exerceri poſſe, ſed ita tamen vt ex ipſius fideiuſſoris non etiam ex rei perſona eius quod fideiuſſoris intererit Capuæ potius quàm alibi ſoluere, ratio habeatur, quamuis rei fortaſſe nihil interſit. Eſt enim hoc caſu lis æſtimanda ex perſona fideiuſſoris, ſicut ille ex propria perſona, & tanquam fideiuſſor conuenitur, non ex perſona rei. Neque verò videri poteſt fideiuſſor, aut in aliam aut in duriorem cauſam acceptus, ob id ſolum quòd æquè contra ipſum arbitraria exerceatur, cùm debitor ipſe perinde quoque arbitraria teneatur, eadémque & neceſſitatis & æquitatis ratio vigeat contra fideiuſſorem, quæ contra principalem debitorem: cúmque ex Prætoris edicto perpetuo fiat, vt quiſquis certo loco dare promiſit, vbique conueniri per arbitrariam poſſit, non habet fideiuſſor quod conqueratur, cùm à ſtipulatore communi iure conueniatur *l. inter eos 51. §. pen. infr. de fideiuſſ. l. vlt. C. de in integr. reſtit. minor.* Proſpicere enim debuit, poſſe id euenire, ſi non ſolueretur pecunia Capuæ ante propoſitã arbitrariam actionẽ *d. verſ. Scæuola. l. 2. ſupr. & arg. l. ſi quis domum 9. §. 1. verſic. idem quærit infr. locat.* adeò vt nec potuerit fideiuſſor cauere etiamſi maximè voluiſſet, ne arbitraria conueniri vnquam poſſet. Nec enim iuris ratio & authoritas pendet ex arbitrio & voluntate contrahentium *l. 1. §. 2. ad SC. Turpill. l. ordine 15. ad municip.* Neque verò Prætor tale pactum tueri poſſet, quod contra ipſius Prætoris edictum eſſet interpoſitum *l. iuris gentium 7. §. ait Prætor, & §. ſi paciſcar ſupr. de pact. l. ſi quis inquilinos 112. §. pen. de legat. 1. l. vlt. de ſuis & legit. iunct. l. ius publicum 38.*

a *Nec oportebit quòd fortè per reum ſteterit.* RATIO DVB. Mora rei nocere ſolet fideiuſſori *l. mora rei 88. infr. de verborum obligationib.* Nec ad hunc caſum pertinet iuris regula, quæ vult ſuam cuique moram nocere *l. in condemnatione 173. §. penult. de reg. iur.* vt & factum cuique ſuum *l. factum 155. eod.* cùm enim fideiuſſoria obligatio ſit acceſſoria ad principalem, ſicut ex ea pendet, ita & moram principalis debitoris quæ ipſi nocet, fideiuſſori quoque nocere neceſſe eſt, nec in eo tantùm, vt re debita poſt rei moram perempta fideiuſſor adhuc teneatur *l. mora 32. §. vltim. infr. de vſur. l. ſi à colono 58. §. 1. infr. de fideiuſſ.* ſed in hoc etiam, quod ad rem noſtram huiúſque legis ſententiam impugnandam magis pertinet, vt ſi pro contractu aliquo & actione bonæ fidei, vel ratione legatorum aut fideicommiſſorum fideiuſſor interuenerit, damnari debeat in vſuras quoque, licet non niſi officio iudicis ex mora rei debitas, quamuis non niſi actione ex ſtipulatu conueniri poſſit, quæ vſurarum acceſſionem non admittit, niſi quæ & ipſæ in ſtipulationem deductæ ſint *l. 3. C. de vſur. l. Titius 24. infr. de præſcript. verb.* nempe quia rei locum obtinet *l. 4. §. 1. infr. de fideiuſſ. l. ſi quis ſolutioni 24. §. 1. de vſur. l. quæro 50. infr. locat. l. 1. §. belliſſimè infr. vt legat. ſeu fideicommiſſ. ſeruand. cauſ. caueat. l. ſi poſteaquàm 10. rem pupill. ſaluam for. l. initio 5. Cod. de pact. inter emptor. & vendit.* Cùm igitur mora rei noceat fideiuſſori, etiam quod ad vſuras pertinet, quæ non niſi officio iudicis debentur, quidni etiam nocebit,

Digitized by Google

quod pertinet ad vtilitatem loci, ex mora rei æſtimandam in actione arbitraria? Quod ſi ponas etiam vſuras per ſtipulationem promiſſas fuiſſe, quod plerunque accidit, ne tam facilè dubitari poſſit, quin debeantur, tantò apertius erit vſuras deberi à fideiuſſore, ob non ſolutam à reo ſua die pecuniam, ſi modò non in principalem ſummam duntaxat, ſed in omnem contractus cauſam fideiuſſor acceptus proponatur, vt ſolent accipi fideiuſſores, & in dubio ſic eos acceptos eſſe credendum eſt *dict. l. quæro 50. infr. locat. l. ſi quis pro eo 56. §. ſi nummos. infr. de fideiuſſ. l. 2. § penult. de adminiſtr. rerum ad ciuit. pertin.*

Decim. In iis quæ pendét ex contractu cui fideiuſſor acceſſit, ſiue obligationis iure debeantur, quomodo debentur vſuræ in ſtipulatum deductæ, ſiue officio tantùm iudicis, vt vſuræ in bonæ fidei iudiciis *leg. qui per colluſionem 49. §. 1. de action. empt. dict. l. quæro 50. infr. locat. l. 4. Cod. depoſit.* mora rei vtrique nocet fideiuſſori, & auget ipſius obligationem, vt propria actione qua conuenitur ex ſtipulatione condemnari poſſit & debeat in id omne ad quod principalis debitor ſiue obligationis iure, ſiue officio iudicis, condemnari deberet, dummodo in omnem contractus cauſam ſe obligauerit, ac ſi pleniſſimam indemnitatem creditori promiſiſſet, vt ſcriptum eſt in *dict. l. quæro, & in dict. leg. 2. § penultim. de adminiſtr. rerum ad ciuit. pertin.* At in iis quæ non tam à contractu immediatè pendent, quàm ab arbitrio iudicis, quale eſt quod in actione arbitraria ratione vtilitatis loci in condemnationem deducitur, non eſt æquum moram rei nocere fideiuſſori. Id enim eſt extra cauſam contractus, & ex cauſa extrinſeca proficiſcitur, id eſt, ex eo ſolùm quòd alio loco agat ſtipulator, quàm in quo dari pecuniam ex contractu oportuit. Hoc verò extra cauſam fideiuſſionis eſt, nec enim fideiuſſor id egit aut cogitauit, vt ſe obligaret ad id omne, quod arbitrio iudicis in condemnationem deduci poſſet, ſed ad id tantùm quod ex cauſa contractus deberetur. Imò quod magis mirere, eſt hoc etiam extra cauſam principalis obligationis *leg. vltim.* vbi dicemus *infrà*. Longéque alia cauſa eſt eorum quæ veniunt in condemnationem officio iudicis, alia verò eorum quæ non niſi arbitrio iudicis. Arbitrium ſiquidem iudicis multò latius patet, quàm officium, præſertim quod inſeruit contractui, ob eámque cauſam vulgò à noſtris mercenarium appellatur, arbitrium ſine officio eſſe non poteſt, at officium ſine arbitrio eſſe poteſt, nec rurſus quicquid officio iudicis committitur, id etiam arbitrio eiuſdem permittitur. Finge emptorem, cui res vendita iam fuerit tradita, moram feciſſe in ſoluendo precio, indéque vſuras ex mora cœpiſſe debere: ſi venditor actione ex vendito, quæ bonæ fidei eſt, precium petat, annon ad officium iudicis pertinet, vt emptorem etiam ad vſuras precij condemnet? non ſolùm ſi mora per interpellationem contracta ſit, ſed etiamſi re ipſa, ob fructus ex re vendita iam perceptos *dict. leg. curabit 5. Cod. de action. empt. leg. Iulianus 13. §. veniunt autem 20. infr. eodem illo titul. leg. eum. 18. §. 1. infr. de vſur.* Erítne igitur in arbitrio iudicis, vt emptorem hunc ad vſuras precij non condemnet? Minimè verò. Etſi enim etiam in bonæ fidei iudiciis arbitrium aliquod eſt iudicis, vnde & qui in iis dantur iudices arbitri plerumque appellantur, *leg. 1. infr. de vſur. leg. vltim. rem pupillarem ſaluam for.* non tamen vſque adeò liberum eſt illud arbitrium, vt poſſit emptorem in vſuras ex mora debitas non condemnare: cogitur enim & contractui inſeruire & formulæ, quæ cùm habeat ſemper adnexam clauſulam *ex fide bona*, vt diximus ad *leg. proxim. ſupr.* obligat iudicem, vt vel inuitus ex officio ſuo condemnet reum in id omne, quod ex bona fide eſt. Proinde non magis poteſt eſſe in arbitrio iudicis, qui de empti & venditi actione cognoſcit, vt non condemnet emptorem ad vſuras, quàm vt non iudicet ex fide bona. Et ideò bene ac ſubtiliter Papinianus noſter, vt omnia ſolet, in *dict. leg. 1. in princip. de vſur.* ait, Cùm iudicio bonæ fidei diſceptatur, arbitrio iudicis vſurarum modum ex more regionis vbi contractum eſt conſtitui, ita tamen vt legem non offendat. Non ait, in arbitrio iudicis eſſe vſurarum condemnationem, id eſt, an in condemnationem deducendæ ſint, necne, ſed modum ſolum vſurarum, & ita tamen vt legitimum non excedat. Sicque intelligi debet, quod Iuſtinianus ſcribit in *§. in bona fidei. Inſtit. de action.* in bonæ fidei iudiciis videri liberam poteſtatem permitti iudici ex bono & æquo æſtimandi, quantum actori reſtitui & præſtari oporteat. Non enim tam generaliter id accipiendum eſt, quaſi in hoc iudiciorum genere tota condemnatio in liberum iudicis arbitrium conferatur, ſed vt quamuis contractui inſeruire cogatur, laxiores tamen habeat & liberiores habenas, in augenda vel minuenda condemnatione, dum ne quid contra legem ſtatuat, aut contra communes iuris regulas, quæ volunt, in bonæ fidei iudiciis & vſuras, & fructus, & cæteras acceſſiones, ex mora deberi. At in actione arbitraria de eo quod certo loco, quæ fortè ſola eſt inter omnes arbitrarias, quæ ex contractu naſcitur, nullomodo inſeruit iudex contractui *leg. 2. §. vltim. ſupr.* cùm ea actio non modò præter verba contractus detur, ſed etiam contra expreſſam vim & conceptionem verborum: & idcircò neceſſe eſt, vt condemnatio tota in arbitrium iudicis conferatur, itémque abſolutio. Condemnationem autem & abſolutionem cùm dico, ſubſtantiam ipſam condemnationis aut abſolutionis intelligo, non ſolas præſtationes, quæ tamen ſolæ in iudiciis bonæ fidei veniunt, nec tam arbitrio tamen, quàm officio iudicis, vt diximus, committuntur. Vnde eſt, quòd in bonæ fidei iudiciis certa ſumma ſemper petitur, quamuis ex fide bona poſſit iudex eam augere, præſtationibus ex æquitate adiudicandis, aut etiam minuere admiſſa compenſatione, ſi quid fortè viciſſim actor reo debeat. Quò maximè pertinet libera illa poteſtas, quam in bonæ fidei iudiciis permiſſam videri iudicis, ait Iuſtinianus in *dict. §. in bonæ fidei*, vt ex iis quæ in eo §. ſequuntur, apparet. Cæterùm ſumma aliqua aut res alia certa in petitionem & in actionem deducitur, quam vel debitam eſſe, vel non debitam iudex pronunciare ſemper debet. Nam ſiue augeat eam additis præſtationibus, ſiue minuat compenſatione admiſſa, ſemper pronunciat deberi quod petitur, aut ſi vel nihil vel minùs, quàm quod petitum eſt, deberi comperiat neceſſe habet reum abſoluere, tanquam actore per pluris petitionem à cauſa cadente. At in arbitraria actione nunquam certa ſumma petitur,

quo-

quomodo in actione directa *l. quòd ſi Epheſi 4. in prin. ſupr.* ſed ea tantùm, quam iudex, æſtimata vel pro reo, vel pro actore loci vtilitate, arbitrabitur deberi *d. l. 2. §. vlt.* Adeò vt quiſquis agit arbitraria, nunquam poſſit incurrere periculum pluris petitionis, quippe qui nihil certi petat, ſed condemnationis quantitatem, & litis æſtimationem totam conferat in arbitrium iudicis *l. 3. ſupr.* tum quoque cùm plus petit, quàm poſtea deberi appareat *d. l. 2. in prin.* in illis verbis, *quòd ſi rei intereſt, minoris ſit pecunia condemnatio quàm intentatum eſt ſup.* Et hoc eſt quod Africanus in hac lege ſcribit in actione arbitraria nõ duas eſſe obligationes, vnam ſortis, aliam eius quod intereſſe poteſt ratione loci, ſed vnam duntaxat pecuniæ creditæ, circa cuius executionem æſtimationis ratio arbitrio iudicis committitur. Ex quibus apparet, quàm magna differentia & differentiæ ratio ſit inter actionem hanc arbitrariam & actiones bonæ fidei, & inter id quod intereſt ratione vtilitatis loci cuius neceſſariò habenda ratio eſt in actione arbitraria, & vſuras, quæ ex bonæ fidei iudiciis debentur, & præſtantur officio iudicis ex die moræ, denique inter officium & arbitrium iudicis, officium circa præſtationes, arbitrium verò circa ſubſtantiam ipſam condemnationis, aut abſolutionis. Concludamus igitur in bonæ fidei iudiciis moram rei nocere fideiuſſori, at in actione arbitraria non nocere, atq; ita conciliandam eſſe hanc legem cum *d. l. quæro inf. locat.* quæ interpretibus noſtris & antiquis & recentioribus miras peperit difficultates & contentiones. Accurſius noſter etſi non omnia prorſus obſeruauit, quæ nos diximus, mihi tamen videtur omnium optimè, ac propius quam cæteri, acceſſiſſe ad id quod res eſt, cùm dixit officium iudicis, quod inhæret bonæ fidei iudicio, prouenire ex natura obligationis, & ſic ab ea naturam contrahere, vt ſicut obligatio principalis ad fideiuſſorem extenditur, ita & officium iudicis ratione vſurarum (fideiuſſor enim contractus in omnem cauſam acceptus intelligitur, quæ ex eo contractu naſci poteſt *l. ſi quis pro eo 56. §. ſi nummis leg. amiſſi 52. fideiuſſores inf. de fideiuſſ.*) Sed officium, quod inhæret arbitrariæ, non inhæret gratia actionis, cùm ſtricti iuris ſit, ſed ex accidenti propter locum, vnde ad fideiuſſorem non extenditur. Melius certè quam magnus Africani interpres Iacobus Cuiacius, qui ſcripſit, non eſſe hæc contraria, moram rei nocere fideiuſſori, & tamen ex mora rei non augeri fideiuſſoris obligationem, quia nec obligationis iure, inquit, rei ipſius obligatio augetur, cum nec vſuras, nec id quod intereſt ratione vtilitatis loci debeat iure obligationis, ſed tantùm officio iudicis. Ita fit, vt non diſtinguat actionem bonæ fidei ab arbitraria, nec officium iudicis ab arbitrio, quomodo diſtinguere debuit, ſed quaſi ludens in verbis ſic Africanum intelligat, vt ſi per reum ſteterit, quominus tota centum Capuæ ſoluantur, id eſt, quominus quicquam ex centum ſit ſolutum (nam de eo caſu quo pars pecuniæ ſoluta Capuæ ſit, poſtea tractat Africanus) mora quidem rei non augeat obligationem fideiuſſoris, ſed augeat tamen condemnationem, vt officio iudicis tanti condemnandus ſit in arbitraria actione fideiuſſor, qui moram nullam contraxit, quanti reus ipſe, qui moram fecit: quæ interpretatio certè à ſenſu Africani non minus, quàm à ratione iuris aliéna eſt. Cùm enim Africanus ait, non oportere ex mora rei obligationem fideiuſſoris augeri, proculdubio id ſignificat, eam quantitatem, quæ ex rei mora ad condemnationem ipſius accedere per arbitrium iudicis poſſet, non æquè debere accedere ad condẽnationem fideiuſſoris, cum alioqui augeretur obligatio, quæ tota ex ſtipulatione, ſi ad id condemnaretur ſiue officio ſiue arbitrio iudicis, ad quod reus ipſe aut officio aut arbitrio iudicis condemnari deberet, nam reus quidem ipſe, cùm aut ad id quod actoris intereſt, aut ad vſuras condemnatur, non tam ex ſuæ obligationis iure, quam vel officio vel arbitrio iudicis condemnatur. Sed cùm ea res ad onus fideiuſſoris recidit, vt in ea ſpecie *dict. leg. quæro 50. inf. locat.* augetur vtique obligatio fideiuſſoris, qui cùm nihil niſi centum Capuæ dari fideiuſſerit, condemnatur tamen ex ſua ſtipulatione ac promiſſione, vt centum & viginti actori præſtet, in quo alia rei, alia fideiuſſoris ratio eſt. Reus enim cùm ex bonæ fidei iudicio condemnatur ad ſortem & ad vſuras, condemnatur partim ex ſuo contractu, ſuáque obligatione, quod ſcilicet ad ſortem pertinet, ad vſuras autem nonniſi officio iudicis, in arbitraria verò, non tam iure obligationis, quam arbitrio iudicis, ſiue ratione ſortis, ſiue ratione quantitatis, quæ accedit ſorti ob vtilitatem loci. At fideiuſſor in vtroque contractus & actionis genere tenetur, & condemnatur obligationis iure, & ex ſua ſtipulatione: nec minùs, cùm ad id quod intereſt, condemnatur ratione vtilitatis loci ex ſua perſona, aut etiam ex perſona rei, ſi in hoc ſpecialiter & nominatim interceſſerit, & cùm ad vſuras condemnatur quàm cùm ad ſortem, adeóque ſi & ipſe arbitraria conueniatur ex ſua perſona: non enim conueniri poſſet, ſi non fideiuſſiſſet. Augetur ergo obligatio fideiuſſoris, cùm ad id quod creditoris intereſt, condemnatur propter vtilitatem loci, quod contingere neceſſe eſt, quoties ex ſua ipſius mora condemnatur per arbitrariam, non etiam ſi ex mora rei conueniatur, niſi in hanc quoque cauſam fideiuſſerit, vt diximus: itémque cùm ad vſuras ſiue ex ſua ſiue ex rei mora in iudicio bonæ fidei. Et tamen ſecundum Cuiacij ſententiam dicendum eſſet, nullo caſu augeri obligationem fideiuſſoris, ne tum quidẽ cùm ex mora ſua conueniretur, quia vel officio vel arbitrio iudicis veniret in condemnationem non iure obligationis, quicquid ſorti accederet. Errat etiam Cuiacius in eo, quòd ponit in hac lege fideiuſſorem interueniſſe ratione actionis arbitrariæ poſt moram à reo iam contractam ſoluendi Capuæ, vt *l. vlt. inf.* nec videt in eo differre ſpeciem huius legis à ſpecie *d. l. vlt.* quod hic fideiuſſor ab initio fuerat acceptus huius ſtipulationis nomine *Capuæ decem dari.* Alioquin quænam obſecro dubitandi ratio eſſet ad initium huius legis, vbi dicitur perinde arbitraria poſſe agi contra fideiuſſorem, atque contra reum, ſi fideiuſſor ipſius arbitrariæ actionis nomine acceptus fuiſſet? Pergamus iam ad reliqua. Sequitur apud Africanum,

b *Neque enim hæc cauſa rectè comparabitur obligationi vſurarum.* Reſpondet Africanus tacitæ obiectioni, quæ fieri poterat ex eo, quod ſi principalis debitor ſe per ſtipulationem & ad ſortem, & ad vſuras obſtrinxerit, nec ſortem ſoluerit, augetur ex mora rei obligatio fideiuſſoris, vt etiam vſuras, quas reus promiſerat, ſoluere fideiuſſor compellatur. Reſpondet autem, hanc cauſam, de qua quærimus vtilitatis loci æſtimandæ per arbitrariam contra fideiuſſorem ex mora rei, non rectè comparari obligationi vſurarũ

per ſtipulationem promiſſarum. Ibi enim duæ ſunt, inquit, ſtipulationes, vna ſortis, altera vſurarum, & fideiuſſor in omnem cauſam acceptus non minùs ad vſuras quàm ad ſortem obligatus intelligitur, quia ex eiuſdem negotij & contractus, fonte vtraque obligatio proficiſcitur. Hîc autem id eſt, in propoſita ſpecie vna tantùm obligatio eſt pecuniæ creditæ [ nam verbis quoque credimus *l. 2 § vlt ſupr. de reb. credit.* ] circa cuius executionem tota ratio æſtimationis arbitrio iudicis committitur, in quibus tamen verbis miror Accurſium noſtrum addere interpretationis gratia *ſupple*, aut *ſcilicet vbi vſuræ poſſunt peti per ſtipulationem*, nec enim tractatur de vſuris in arbitraria, ſed tantùm de vtilitate loci æſtimanda arbitrio iudicis, non autem debita per ſtipulationem. Neque verò alia horum verborum interpretatio quærenda eſt, quàm quæ à nobis allata ſuprà fuit. Quid ergo ſi ex contractu cui fideiuſſor acceſſit, debeantur vſuræ non iure obligationis, ſed officio tantùm iudicis, vt in actionibus bonæ fidei euenire ſuprà diximus? ex *l. qui per colluſionem 49. § 1. de act. empt. l. quæro 50. inf. locat. l. 4. C depoſit.* Alia hæc & longè fortior obiectio eſt, quam tamen Africanus quaſi non viderit, prætermittit, exiſtimans fortaſſe fideiuſſorem nullas vſuras debere, quæ non ſint deductæ in ſtipulatum, nec ſi eas reus debeat ex mora ſua officio iudicis, contrà quàm Paulus ſenſerit in *d. l. quæro*, ſiue Africanum mouerint conſtitutiones, quarum eo loco Paulus meminit, quibus cauetur eos cui pro aliis pecuniam exſoluerint, ſortis duntaxat damnum agnoſcere oportere, ſiue illa potiùs ratio quòd fideiuſſor nunquam niſi ex ſtipulatione & actione ſtricta teneatur, quæ nec vſurarum nec aliarum acceſſionum additamenta facilè poſſit admittere, non niſi officio iudicis debita cui in actione ex ſtipulatu locus eſſe nunquam poteſt. Quòd ſi quis velit etiam in ſpecie *d. l. quæro* Africanum cum Paulo conſentire quod probari videtur ex *l ſi poſteaquam* 10. quæ eiuſdem Africani eſt *inf rem pupill. ſalu. for.* neceſſariò diluenda obiectio eſt, eo quo diximus modo, nec alia reſpōſio melior adferri poteſt. Nam & eam Pauli ſententiam cæteris prudentibus video placuiſſe *l. amiſſi 52. §. fideiuſſores l. ſi quis pro eo 56. §. ſi nummos l. fideiuſſores magiſtratuum 68. § 1 infr. de fideiuſſ. l. 2. § pen. & vlt. infr. de admin rer. ad ciuit. pertin l. 1. § belliſſimè & l. pen. vt legat ſeu fideicom ſeruand cauſ. caueat.*

e *Eiuſque differentiæ manifeſtiſſimum argumentum eſſe puto.* Probat Africanus multum intereſſe, an id quod intereſt, vel vſura ſit in obligatione, an verò non niſi officio aut arbitrio iudicis debeatur. Nam quod in obligatione eſt, quandiu nec ſolutum, nec petitum eſt, adhuc debetur, & peti poteſt, quamuis ſors ipſa vel ſoluta iam, vel petita ſit, non etiam id quod officio tantùm, vel arbitrio iudicis debetur *l. qui per colluſionem 49. § 1. infr. de action. empt. l. 1. C. de iudic. l. 4. C. depoſit.* Hoc verò præſuppoſito, probat Africanus eodem argumento, in actione arbitraria id quod vel actoris, vel rei intereſt ratione loci non eſſe in obligatione, ſed in officio tantùm & arbitrio iudicis, quia, inquit, ſi poſt moram factam à reo pars pecuniæ ſoluta ſit, quæ tota Capuæ debebatur, creditore ſcilicet conſentiente [ nec enim cogi poſſet inuitus partem pecuniæ accipere *l. tutor 41. §. Lucius infr. de vſur.* cùm ſolutio per partes magna habeat incommoda *l 3 ſup. famil. erciſc.* ] & reliquum poſteà petatur, officium iudicis tale eſſe debeat, vt æſtimet quanti actoris interſit, eam duntaxat ſummam quę peteretur Capuæ ſolutam eſſe. Si enim id quod actoris intereſt propter vtilitatem loci ratione ſummæ iam priùs ſolutæ eſſet in obligatione, vtique eius petitio etiam poſt ſolutionem ſortis ſupereſſet, vt euenit in vſuris per ſtipulationem debitis *d. l. 1. C. de iudic. d l. 4. C. depoſit.* & in pœna quoque per ſtipulationem debita, *l. Lucius 46. infr. de action. empt.* At quia non debetur niſi officio & arbitrio iudicis, conſequens eſt, vt pro rata perceptæ ſortis id quoque quod actoris intereſt remiſſum eſſe videatur, *l. vlt. in fin. infr. hoc tit.* Alia ratio eſt, eius quod intereſt, cùm principaliter debetur ex obligatione faciendi, de quo in *l. ſtipulationes non diuiduntur 72. §. Celſus l. cùm ſtipulatus ſim 113. § vlt. de verb. oblig. l. 1. infr. de act. empt.* De cæteris quæ ab Accurſio & Bartolo adferuntur interpretationibus ad hanc legem nihil attinet dicere. Vera enim huius legis ſententia & ratio vnica illa eſt, quam nos attulimus. Iunge quæ diximus ad *l. 2. § idem Iulianus ſupr.*

9. VLPIANVS libro 47. ad Sabinum.

IS qui certo loco dare promittit, nullo alio loco, quàm in quo promiſit, ſoluere inuito ſtipulatore poteſt.

*Ad l. Is qui certo loco 9.*

RAT. DVB. Id quod certo loco debetur, poteſt vbique peti per arbitrariam actionem inuito promiſſore *l. 1. 2 & paſſ. ſupr.* Ergo & vbiq; ſolui poteſt etiam inuito ſtipulatore, vt eadē ſit ratio promiſſoris, quæ ſtipulatoris, non autem deterior, cùm & ex iuris regula fauorabiliores ſint rei quàm actores *l. fauorabiliores 125. de regul. iur.* & proniores eſſe debeamus ad liberationē *l. Arianus 41. de oblig. & act.* quæ nō niſi per ſolutionē poteſt contingere. Idque ſenſiſſe videtur Venuleius in *l. continuus 137. § cùm ita de verb. oblig* vbi ait eum qui Epheſi dare promiſit, non tātùm Epheſi poſſe vel per ſe, vel per alium ſoluere, ſed etiā vbique. DEC. Neceſſitas mera iuris & facti induxit arbitrariam actionem fauore actoris, ne alioqui actionem ſuam amitteret, ſi non alio loco poſſet agere, quàm in quem collata ſtipulatio eſſet, promiſſore fortaſſis ad eum locum nunquam accedente *d. l. 1. ſupr.* atque ita in poteſtate & arbitrio debitoris eſſet an deberet necne: nō enim debitor eſſe videtur, niſi à quo inuito exigi poteſt *l. debitor 108. de verb. ſignific. l. 2. § ſi quis Epheſi verſic Scæuola ſupr.* At ex parte debitoris nulla ſubeſt neceſſitas, ob quam permittendum ei ſit alio loco ſoluere inuito ſtipulatore, cùm ſi non poſſit ipſe ad locum ſolutioni deſtinatum accedere, poſſit tamen ibi per alium ſoluere *d. §. cùm ita*, adeóque etiam vbique, priùs ſcilicet quàm ad locum illum perueniri potuerit: quandoquidem obligationi ſoluendi certo loco ſemper tacitè ineſt tempus intra quod ad eum locum perueniri poſſit, *d. l 2. § qui ita ſtipulatur ſupr. d. § cùm ita*, vbi quod dicitur eum qui Epheſi dare promiſit poſſe vbique ſoluere, ad hunc caſum certè reſtringendum eſt, vt conſtat ex *leg. qui Romæ 122. in princip. eod. titul. de verbor. obligat.* vbi is qui Romæ pecuniam

mutuam

mutuam acceperat ſoluendam in longinqua prouincia poſt menſes tres, eam Romæ obtulerat poſt paucos dies, id eſt, priuſquam in longinquam illam prouinciam peruenire potuiſſet: ac proinde non minus congruo loco quàm congruo tempore, vt explicauimus *lib. 1. Coniect. cap. 1.* Quamquam nec illud improbo, quod placet Accurſio & Bartolo poſſe debitorem vbique ſoluere, etiam poſt elapſum tẽpus intra quod ad locum peruenire potuit, ſi modò non tantum ſortem offerat, ſed etiam quicquid ſtipulatoris intereſſe poteſt ratione loci. Ita enim fit, vt non deterior futura ſit condicio promiſſoris quàm ſtipulatoris, cui nec permittitur alio loco petere, niſi æſtimata ſolutaque vtilitate loci, ſi quid ex ea cauſa intereſt rei, niſi reus ipſe prior in mora fuerit, vt diximus ad *d. l. 1. & ad d. l. 2. §. vlt. ſupr.* Sed extra hos caſus non eſt permittendum promiſſori, vt alio loco ſolutionem offerat ſtipulatori ne ipſi inuito auferat vtilitatem loci *l. fideiuſſor 16. §. 1. infr. de fideiuſſ.* Nec eſt contrarium, quod ſcriptum eſt in *d. verſ. Scæuola* electionem habere reum vbi ſoluat ante petitionem. Nam vt bene Accurſius explicat de ea electione intelligi id debet, quam habet reus, qui in alterutro duorum locorum promiſit ſoluere, non autem vt in alio & tertio loco ſoluendi habeat facultatem, niſi quomodo diximus, ſi cum ſorte offerat quicquid propter locum intereſſe poteſt ſtipulatoris. Addunt Accurſius & Bartolus aliam exceptionem, niſi locus gratia ſolius promiſſoris adiectus ſit: quaſi ſupradicta procedant, cùm locus aut ſolius ſtipulatoris aut vtriuſque adiectus proponitur, nec malè. nam ſi conſtet fauore ſolius promiſſoris adiectũ eſſe locum, liberum eſſe debet fauori ſuo renunciare *l. ſi iudex circumuento 41. ſupr. de minor. l. pen. C. de pact.* & ita perinde vbiq; ſoluere, ac ſi locus adiectus non eſſet: nam & in eo qui in diem debet, ſimilis adhibetur diſtinctio, vt quamuis quod in diem debetur ante ſolui poſſit, aliud tamen dicendum ſit, ſi dies in fauorem creditoris adiectus ſit *l. 3. §. cùm Pollidius infr. de vſur. l. ſi ita relictum 43. §. Pegaſus de legat. 2. leg. cum qui 15. alias leg. Iauolenus de ann. legat.* In dubio tamen credẽdum eſt adiectum eſſe locum fauore, & gratia vtriuſque. Vnde eſt quod in arbitraria ratio habetur vtilitatis vtriuſque, id eſt, alterutrius vel actoris vel rei *d. l. 2. in princ. & §. vlt. & l. prox. ſupr. l. 2. C. eod.* dies autem in dubio quoque fauore ſolius debitoris *l. ſtipulatio iſta 38. §. inter de verb. oblig. l. quod certa 70. de ſolut.* in eoque locus differt à tempore.

10. PAVLVS libro 4. Quæſtionum.

SI poſt moram factam, quo minus Capuæ ſolueretur, cum arbitraria vellet agere, fideiuſſor acceptus ſit eius actionis nomine: videamus, ne ea pecunia, quæ ex ſententia iudicis accedere poteſt, non debeatur, nec ſit in obligatione, ad eo vt, nunc quoque ſorte ſoluta [a]; vel ſi Capuæ petatur, arbitrium iudicis ceſſet. niſi quis dicat, ſi iudex centum & viginti condemnare debuerit [b] centum ſolutis ex vniuerſitate, tam ex ſorte quàm ex pœna ſolutum videri: vt ſuperſit petitio eius, quod excedit ſortem: & accedat pœna pro eadem quãtitate. quod non puto admittendum: tanto magis, quod creditor accipiendo pecuniam, etiam remiſiſſe pœnam videatur.

*Ad l. vlt. Si poſt moram.*

Accedit proximè ſpecies huius legis ad illam, quam ex Africano tractauimus in *l. centum Capua 8. ſupr.* ſed tamen non eadẽ eſt, quod videtur ſenſiſſe Iacobus Cuiacius, vt diuerſa & dubitabilior in eo, quod Paulus hîc ponit, fideiuſſorem acceptum fuiſſe poſt moram rei principalis & arbitrariæ actionis nomine, cùm in eo eſſet ſtipulator, vt propter moram debitoris arbitraria vellet agere, quod vtrumq; in ſpecie *d. l. centum* aliter ſe habet. Itaq; ratio dubitandi maior hîc ſuberat, propter quam videbatur fideiuſſorem acceptum actionis arbitrariæ nomine teneri & obligatum eſſe ad omnem eam pecuniam, quæ ex ſententia & condemnatione debitoris potuiſſet accedere: cum ex ea cauſa reus ipſe iam eſſet obligatus, & fideiuſſor interueniendo arbitrariæ actionis nomine, id omne videretur promiſiſſe, quod per arbitrariam actionem conſequi à reo principali ſtipulator potuiſſet. Atqui poterat conſequi quanti ſua intereſſet ob vtilitatem loci propter moram à reo factam. Ergo & in hanc quoque ſummam fideiuſſor ſe obligaſſe credendus eſt. Nec enim cauſari poteſt, de eo ſe non cogitaſſe, quod per arbitrariam poſſet accedere, cùm arbitrariæ actionis nomine fideiuſſerit. Sed tamen hoc etiam caſu reſpondet Paulus illud ipſum quod Africanus in *dict. l. centum* ſcilicet eam pecuniam quæ ex ſententia iudicis poteſt accedere contra reum, non deberi à fideiuſſore, nec eſſe in ipſius obligatione, id eſt, vt ſumus interpretati contra Cuiacium ad *dict. l. centum*, non poſſe fideiuſſorem eius pecuniæ nomine condemnari arbitrio iudicis ex mora rei, quamuis & reus ipſe poſſet, & fideiuſſor quoque ſi ex ſua non ſi ex rei mora conueniretur, *d. l. centum in princ.* nimirum, quoniam ea ſumma quæ rei condemnationi poteſt accedere, ne quidem à reo ipſo debetur iure obligationis, nec ipſi obligationi cohæret, nec ab ea pendet vllo modo, adeoque nec tam ex rei mora proficiſcitur, quàm ex eo, quod alio loco ſtipulator cogatur agere, quàm in quem collata fuerat ſtipulatio: hæc enim proxima & immediata cauſa eſt condemnationis faciendæ in actione arbitraria, licèt ad officiũ iudicis maximè ſpectet, vt inſpiciat, vter moram contraxerit, an reus, an actor. Quod & Bartolus tam ad hanc legem quàm ad *dict. l. centum*, bene explicauit. Interpretibus difficilem fecit huius legis ſententiam, quod Paulus ſubobſcurè, vt ſolet, ſententiam ſuam proponit iis verbis, *videamus, ne ea pecunia* &c. quæ tamen quaſi dubitantis ſint potius quàm reſpondentis, plerique ex veteribus ſic acceperunt, vt ad propoſitam initio legis quæſtionẽ Paulus nil reſpondeat, ſed aliam & nouam quæ-

ſtionem proponat, reſponſurus ad vtramque poſteà in fine legis, non animaduertentes fuiſſe hunc morem reſpondendi familiarẽ prudentibus noſtris, ſed præſertim Paulo, vt eo verbo *videamus* modeſtè magis quàm dubitanter opinionẽ ſuã inſinuent. Adfirmat igitur Paulus huiuſmodi locutione, eã pecuniã quæ ex ſentẽtia iudicis poteſt accedere non deberi à fideiuſſore, nec eſſe in eius obligatione, ſiue obligationem intelligas ius ipſum obligationis, quæ ex contractu naſcitur, ſiue officiũ iudicis quod obligationi cohæreat, contrà quàm ſentiat Cuiacius, qui vult fideiuſſorẽ hoc caſu teneri, non quidẽ iure obligationis, ſed officio tamẽ iudicis ad omne id, ad quod reus ipſe eodẽ iudicis officio ex mora ſua teneretur. Quod tamẽ nos iã ſatis ſupq; refutauim⁹ ad *d. l. cẽtũ*.

a *Adeò vt nunc quoque ſorte ſoluta.* In hoc verſiculo probat Paulus duobus argumẽtis verum eſſe, quod dixerat eam pecuniam, quæ ex ſententia iudicis poteſt accedere, non deberi nec eſſe in obligatione. Primum argumentum eſt, quod ſi nunc quoque, id eſt, non modò poſt moram rei, vt Accurſius interpretatur, ſed etiam poſt acceptum fideiuſſorem arbitrariæ actionis nomine ſors debita ſolueretur, non dico à fideiuſſore, ſed quod magis eſt, à reo ipſo, qui moram iam contraxerit, arbitrium iudicis ceſſaret, id eſt, nihil ex ſententia iudicis accederet ſummæ principali, & officium iudicis tale eſſe deberet, vt reum abſolueret, multóque magis fideiuſſorem ſi ipſe arbitraria actione conueniretur. Nam creditor accipiendo ſortem ſine proteſtatione hoc ipſo pœnam remiſiſſe videtur, id eſt, quanti ſua interfuit alio loco ſolui, quàm in quo ſolutionem fieri oportuit. Quod enim ex ea cauſa prǽſtatur, pœna dicitur, quia præſtatur in pœnam moræ, & ob id quod alio loco ſolutionem accipere creditor cogatur, quam vbi ipſi ſolui debuit, adempta vtilitate loci quæ ex verbis ipſis ſtipulationis ſalua creditori eſſe debuerat, licèt aliàs ſeparari ſoleat pœna ab eo quod intereſt. Atqui ſi quod ex hac cauſa creditoris intererat in obligatione fuiſſet tempore accepti fideiuſſoris, & ante factam ſolutionem vtique petitio eius ſupereſſet etiam facta ſortis totius ſolutione *l. 4. C. depoſ. l. qui per colluſionem 49. §. 1. de act. empt. l. 1. C. 1. de iudic.* At quoniam ſublata ſortis obligatione principali, nullum poteſt ſupereſſe officium & arbitrium iudicis, tanquam quod ſit acceſſorium ad principalem obligationem, nec ſine ea poſſit ſubſiſtere, conſequens omnino eſt, vt neque acceſſio vlla deberi poſſit. Alterum argumentum eſt, quòd ſi æquè poſt moram debitoris acceptúmque fideiuſſorem ſtipulator ſortem Capuæ peteret, id eſt, in loco ſolutioni deſtinato, perinde officium arbitri ceſſaret, nec reus vltra ſortem præſtare quicquam cogeretur *l. quòd ſi Epheſi 4. ſup.* qui tamen non idcircò liberaretur, quominùs id quod intereſſet ratione moræ anteà contractæ præſtare teneretur, ſi debitum eſſet ſine obligationis iure, ſiue officio iudicis, quia maneret obligatio, cui officium iudicis poſſet accedere, *d. l. qui per colluſionem §. 1.* & aliis ſuprà citatis. Obſeruandum autem eſt his duobus argumentis probari optimè & concludentiſſimè, id quod intereſſe poteſt actoris ob moram rei, qui ſuo loco non ſoluit, quíque ideo per arbitrariam conueniri potuit non ſolum, non deberi à fideiuſſore, nec in obligatione fideiuſſoris eſſe, ſed neque à reo ipſo deberi. Et primum quidem argumentum probat, non deberi à reo iure obligationis, non tamen probat, non deberi officio iudicis, quia etiamſi deberetur, non eo magis tamen peti poſſet integra ſorte ſoluta *d. l. qui per colluſionem §. 1.* Sed poſterius argumentum probat non magis officio iudicis, quam obligationis iure deberi à reo, éſtque potentius quamprimum ad Pauli ſententiam comprobandam. Quis enim admittat fideiuſſorem teneri arbitraria actione ex mora rei, ad id ad quod nec reus ipſe aut obligationis iure, aut officio iudicis teneatur? Itaque quod reſpondit Paulus eam pecuniam quę ex ſententia & condemnatione iudicis propter moram rei poteſt accedere, nõ deberi nec eſſe in obligatione, malo ad rei quam ad fideiuſſoris perſonam & obligationem referre, vt ſit & ſententia Pauli pro fideiuſſore probabilior, & ratio quæ ad eam probandam affertur, certior & euidentior. Nec poſſum intelligere quid Accurſius hîc nugetur, vt duo hæc Pauli argumenta ſubuertat per ratiocinationem à contrario ſenſu, in qua tamen diluenda valde inſudat Bartolus. Sequitur,

b *Niſi ſi quis dicat ſi iudex centum & viginti condemnare debuerit.* Centum ſcilicet pro ſorte & viginti iure eius quod intereſt, & pœnæ nomine ob non factam ſuo loco ſolutionem. Eſt autem hæc non tam obiectio noua quam reſponſio, quæ fortè adferri à quibuſdam poſſet contra primum argumentum, quod Paulus attulerat, de tota ſorte ſoluta, poſt cuius ſolutionem dixerat nullam eius quod propter moram antea interfuerat petitionẽ ſuperfore. Poſſet enim quis id negare, & cauſari, centum quæ ſoluta eſſent, non tota ſortis integrę nomine ſoluta videri debere, ſed potiùs ex vniuerſitate, id eſt, tam ex ſorte quam ex pœna pro rata vtriuſque. Quo admiſſo eueniret, vt ex ſorte ipſa ſoluendum aliquid ſupereſſet, quod per arbitrariã peti adhuc poſſet, quatenus ſortem excederet, id eſt, pecuniam pro ſorte ſolutam: ac proinde nihil prohiberet quominùs ad reliquam illam ſortis nondum ſolutę partem accedere poſſet pro rata portione, ea quoque pars pœnæ & eius quod intereſt quæ ſorti non ſolutæ reſponderet. Quibus tamen verbis non tã impugnatur ſuperior Pauli ſententia in eo, quod dixerat, id quod intereſt actoris pecuniam Capuæ ſolutam eſſe nec deberi, nec eſſe in obligatione, quã in eo quod confirmationis gratia ſubiecerat, ſi centum quæ Capuæ debebantur ſoluta eſſent Epheſi, nullam eius quod propter moram rei interfuiſſet actoris petitionẽ ſuperfore. Si quis enim contra Paulum pro his ſentiret, centum ſoluta videri debere ex vniuerſitate, nec minùs pro pœna quam pro ſorte, is tamen fateretur quatenus pro ſorte ſolutum eſſet, eatenus perẽptam eſſe eius quod intereſſet petitionem, nec niſi ad ratam ſortis nondum ſolutæ vllam ſuperfuturã, quod ſatis eſt, vt appareat, id ergo quod per arbitrariam deduci poteſt, in condemnationem nõdum tamen deberi, nec in obligatione eſſe ne quidem reſpectu rei, multo igitur minùs intuitu fideiuſſoris, nec ſi in omnem cauſam contractus fideiuſſerit, niſi in hoc quoque nominatim & reus condẽnatus ſit, vt cum Ioanne tandem concludit Accurſius. Neque verò Africanus alio argumento vſus eſt in *d. l. centum*, vt hoc ipſum probaret, quod Paulus in hac lege: ait enim parte ſortis ſoluta officium iudicis tale eſſe debere, vt æſtimet duntaxat quanti actoris intereſt reliquam partẽ quæ peteretur, Capuæ ſolutã eſſe. Sed apud Paulũ hoc amplius eſt, quod ponit totã ſortẽ ſolutã fuiſſe, quãuis non minùs poſſit quis dicere in ſpecie Africani pecuniã quæ pro parte ſortis ſoluta eſt, ex tota quoq; vniuerſitate, id eſt, non minùs pro pœna quam pro ſorte ſolutam videri debere. Sed

conclu-

concludit Paulus, quod & Africanus pro explorato habet, non eſſe admittendum ſi quis hoc tentare velit, ſiue tota ſors, id eſt, ea quantitas, quæ totam ſortem poſſet efficere, ſiue pars duntaxat eius pecuniæ ſoluta proponatur. Quod enim ſolutum eſt, imputandum ſemper eſt in eam cauſam, ex qua iam debetur, non in eam ex qua nihildum debetur, *l.1.2.3.4.& 5.l. cùm ex pluribus 97.infr. de ſolut.* Atqui in propoſita ſpecie ſola ſors debebatur & peti poterat: id verò quod propter rei moram intereerat actoris, nec debebatur, nec proinde peti poterat, quamuis in condemnationem deduci poſſet arbitrio iudicis, ſi ante ſententiam ſoluta ſors non fuiſſet. Nihil ergo ex pœna ſolutum videri poteſt, ſed tantùm ex ſorte, tanto magis, inquit Paulus, quod creditor accipiendo ſortem remiſiſſe pœnam videatur, etiam quæ officio iudicis debita fuiſſet, quomodo & is remittit vſuras officio iudicis ex mora debitas qui precij ſolutionem accipit ſine proteſtatus ſit, ſiue non. Proteſtatio enim facere quidem poteſt, ne pœnam remittere voluiſſe videatur, ſed non vt ſublata principali obligatione poſſit petere id, quod nunquam fuit in obligatione, ſed tantùm officio iudicis debitum, vt non inſubtiliter Bartolus hîc argumentatur, licèt neſcio quid ſubiiciat de contractu innominato, & de danda condictione aduerſus eum qui ſolutione precij liberatus eſt, quod ego facilè probare non poſſum, *dict. l. qui per colluſionem 49.§.1. de action. empt d.l.4.C. depoſit dict.l.1. C. de iudic.* Neque obſtant leges & conſtitutiones, quibus placuit ſolutionem ſimpliciter factam ab eo, qui & ſortem & vſuras debeat, cedere priùs in vſuras *l. fideiuſſores magiſtratuum 68.§.1.infr. de fideiuſſ. l.1.Cod. de ſolut.* aut tam in ſortem quàm in vſuras pro rata, vt in *leg. ex pluribus 89. §. vltim. infr. eod. ill. tit.* Non enim pertinent ad vſuras omnino indebitas, id eſt, quæ nec ex ſtipulatione, nec ex pacto debentur, licèt officio iudicis debitæ fuerint, *dict. leg. 5. §.1. verſ. quod generaliter eod. tit.* Illud ſanè conſtat, fideiuſſores, etiamſi in omnem cauſam contractus ſpopondetint, non teneri tamen in pœnam vel mulctam quam non ſpopondiſſent *dict. l. fideiuſſores 68 in princip. leg. vltim. eod. tit. leg. libertus 17. §. vltim. infr. ad municip.* ſicuti nec propter iniuriam iudicis *leg. ſi ſine 22. §. cùm autem infr. rat. rem haber.* Sed ea res ad vſuras non pertinet, quia licèt non propter lucrum petentium, ſed propter moram non ſoluentium inſtigantur *leg. cùm quidam 17. §. ſi pupillo infr. de vſur.* debentur tamen aut ex ſtipulatione, aut officio iudicis propter contractum cui fideiuſſor acceſſit, & ideò etiam à fideiuſſore debentur, *l. 2. §. pen. & vltim infr. de admin. rer. ad ciuit. pertin. d.l. quæro 50. infr. locat.* & à pœna ſeparantur in *l. Lucius 47. infr. de act. empt.* Iuſtius pœna dicitur in hac lege id quod intereſt actoris ob moram rei ratione vtilitatis loci: præſtatur enim in pœnam non factæ ſuo loco ſolutionis. Sed tamen quod dicimus fideiuſſorem ad hanc pœnam non teneri, non ex eo fit, quod ille pœnis rei non ſit obnoxius, ſed ex eo potiùs quod, vt diximus, pœnam hanc ante condemnationem nec reus quidem ipſe debet. Cætera, quæ de pœnis arbitrariis, iudicialibus, legalibus & conuentionalibus tractat hîc Accurſius, ad huius legis explicationem nil pertinent, & à nobis alio commodiore loco tractabuntur.

# DE PECVNIA CONSTITVTA.

## TIT. V.

VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

HOc edicto prætor fauet naturali æquitati: qui conſtituta ex conſenſu facta cuſtodit: quoniam graue eſt fidem fallere.

### *Ad l. 1. Hoc edicto.*

RAT. DVB. Etſi nihil tam conueniens eſt naturali æquitati, quàm pacta ſeruari, quoniam graue eſt fidem fallere, vt præfatur hic Vlpianus & in *l.1. ſupr. de pact.* ideòque prætor edicto illo *de pact.* publicè edicit ſe pacta ſeruaturum, quæ nec contra leges, nec contra bonos mores, nec aduerſus edicta Principum facta erunt, *l. iuris gentium 7. §. ait prætor eod. tit. de pact.* non tamen ea ſic ſeruat, vt det ex illis actionem aliquam, ſed tantùm exceptionem, quoties nuda ſunt, id eſt, neque ſtipulatione, neque traditione, neque cohærentia vllius contractus veſtita *d. l. iuris gentium 7. §. ſed cùm nulla, verſ. igitur nuda.* Eſt enim regula iuris prætorij non minùs quàm ciuilis, ex pacto nudo actionem dari non poſſe *d.l. iuris gentium §. quinimò l. ſi dominus 8. infr. de praſcr. verb. l. legem 10. l. cùm proponas 21. C. de pact. l. 3. l. vlt. C. de rer. permut.* replerentur enim omnia litibus, ſi prætor ex nudo pacto daret actionem, vt diximus ad *d.l.1. & d. § ait prætor l. 7. de pact.* In eámque rem prudenter à prudentibus comparatus fuit vſus ſtipulationis, vt quiſquis ſeriò vellet alium obligare, & ex pactione ſua ſibi actionem quærere, ſtipulationem adhiberet, nec nudo pacto contentus eſſet, *d. l. iuris gentium 7. §. quod ferè.* Vnde ſtipulatio dicta eſt quaſi à *ſtipulo,*

quod veteres pro firmo dicebant, cùm inuentæ ſint ſtipulationes ad cæteras firmandas conuentiones, quæ alioqui infirmæ & imbecilles forent ad producendam actionem, vt Iuſtinianus noſter tractat initio *tit. de verbor. oblig. iunct. l. ſtipulationes 5. verſ. conuentionales, & l. ſtipulatio iſta 38. § alteri infr. eod. ill. tit.* Atqui conſtitutum, de quo agitur in *hoc tit.* nihil niſi nudum pactum eſt, neque traditione vlla, neque cohærentia contractus, neque ſtipulatione corroboratum, alioqui ſi ſtipulatio interueniret, non de conſtituta pecunia daretur actio prætoria, ſed ciuilis ex ſtipulatione § *de conſtituta Inſtit. de action.* Ergo ex pacto conſtitutæ pecuniæ cùm ſit nudum, non magis quam ex alio quolibet pacto nudo actionem dare prætor potuit, aut debuit.

DEC. Eſt quidem illa vna ex regulis iuris prætorij, actionem ex pacto nudo dari non debere, ſed tamen pacta quędam excipi ab ea regula prętor voluit, tanquam fauorabiliora cæteris, & propter publicam vtilitatem: quòd publicè videretur intereſſe ex iis prętoriam actionem dari, non minus quàm ex ſtipulatione ciuilem. Eiuſmodi eſt pactum nudum hypothecæ, id eſt, quo conuenerit, vt res aliqua pro debito ſit obligata. In eo namque differt pignus ab hypotheca quod pignus traditione perficitur, ideóque transfert poſſeſſionem in creditorem, hypotheca verò conſenſu nudo contrahitur, nec creditorem facit poſſeſſorem *l. ſi rem alienam 9. § propriè l. cum & ſortis 35. § 1. infr. de pignor. act. l. 1. de pignor.* vbi quod dicitur hypothecam contrahi per pactum conuentum, nihil aliud eſt quàm contrahi per pactum nudum: pacta enim nuda pacta conuenta appellantur in *l. pacta conuenta 72 infr de contr. empt.* & alibi paſſim, quòd ſtent in puris finibus conuentionis, nec tranſeant in ſtipulationem, aliúmve contractum. Viſum autem eſt prætori hoc pactum fauorabile, non ob id ſolùm quòd obligatio naturalis quæ ex eo naſcitur, ſit ſemper acceſſoria ad aliam principalem obligationem quæ vel præceſſerit, vel ſubſequatur *leg. res hypotheca 5. infr. de pignor.* ſed etiam, quia cùm plus cautionis ſit in re, quàm in perſona, vt habet iuris regula, intereſt contrahentium, vt per pactum nudum bona debitorum obligari poſſint, non ſolùm ne tam facilè poſſeſſionem eorum amittant, quàm per pignoris dationem amitterent, ſed etiam quia nec ſemper pręſentia ſunt bona, de quibus obligandis agitur, vt etiam pignori dari poſſint, eorumque poſſeſſio in creditorem transferri. Proinde adiuuanda fuit bonorum obligandorum neceſſitas & facilitas, vt qui ſatiſdare ac fideiuſſorem dare non poſſent, quod plerunque difficile eſt *l. 2. § penult. ſupr. de iudic.* hoc ſaltem modo creditorem facilius inuenirent, idoneè namque cauetur non tantùm fideiuſſoribus, ſed etiam pignoribus datis *l. ſi mandatu 59. § vlt. infr. mandat l. 4. § addici de fideic. libert.* Inter pignus autem & hypothecam quod ad vim, & vinculum obligationis, & actionem formulamque hypothecariam attinet, nihil niſi nominis ſonus differt *d. l. 5. § 1. inf. de pignor.* Iiſdem ferè rationibus pactum quoque conſtitutæ pecuniæ fauorabilius cæteris, & potentius eſſe debere viſum eſt: acceſſorium enim ſemper eſt ad aliam præcedentem obligationẽ ſiue naturalem tantùm, ſiue etiam ciuilem, aut honorariam: non enim cõſtituitur, niſi quod iam quoquomodo debitum eſt, vel ab ipſo conſtituente, vel ab alio *§. debitum & ſeqq. infr.* vt proinde ſemper adhibeatur conſtitutum ad aliam obligationem confirmandam & exequendã, & conſequenter ſeriò, non minus quàm ſi ſtipulatio interueniret, quamuis cõſtitutum nunquam per ſtipulationẽ fiat, vt diximus, ſed ſemper per pactum nudum, ſi tamen nudum omnino dici poteſt, quod alterius ſi non contractus ſaltem obligationis cohęrentia munitum eſt. Itaque longè maior & inſignior perfidia eius eſt, qui pecuniam quoquomodo iam debitam, & à ſe conſtitutam recuſat ſoluere, quàm eius qui quod alio quolibet nudo pacto promiſerit, præſtare nolit. Quò pertinere videtur ratio illa, quam ad hoc edictum adfert Vlpianus *quoniam graue eſt fidem fallere.* Si quis enim idipſum conſtituat, quod ipſe iam debeat, licèt non niſi naturaliter & ex pacto nudo, bis fidem fallit, qui nec agnitam à ſe bona fide præcedentẽ obligationem poſteà velit exſoluere. Si verò id ſoluturum ſe conſtituerit quod alius debebat, non minùs inſignis perfidia eſt illius qui deneget eã pecuniam ſoluere cuius ille ſe veluti fideiuſſorem aut ſaltem interceſſorem vltrò exhibuerit. Accedit enim proximè conſtitutor ad fideiuſſorem, quamuis in pleriſque differant, in eo præſertim quòd fideiuſſor neque ſine ſtipulatione obligatur, *dict. l. 5. § ſatis acceptio de verb. oblig. l. blanditus 12. C. de fideiuſſ.* neq; pro ſeipſo *l. heres à debitore 21. infr. eod. ill. tit.* neque abſens, neque ita vt aliud pro alio promittat *l. græcè 8. § illud & ſeq. eod. tit.* Quæ omnia in conſtitutore ſunt diuerſa, vt ex iis quæ ad hunc *tit.* ſcribemus, intelligetur. Denique non quæ ratio fecit, ne ex pacto actionem dare prætor velit, ne ſcilicet alioqui eueniat, vt repleantur omnia litibus, eadem mouere prætorem debuit, ne ex conſtituto actionem polliceretur: nec enim tam facilè ac paſſim occurrit, vt quis conſtituat ſe ſoluturum, quod à ſe aut ab alio iam debetur: cùm etiam ita poſito iure, vt ex nudo pacto de pecunia conſtituta detur actio, nulla tamen litigandi materia emergat, niſi probetur iam anteà fuiſſe debitum, quod fuit conſtitutum. Itaque ratio dandæ huius actionis non ex eo proficiſcitur, quòd conſtitutum nudo pacto factum ſit, ſed quòd pro pecunia iam debita. Pecuniæ autem nomine hîc intelligimus non modò pecuniam numeratam, quæ magis propriè ac ſpecialiter pecuniæ appellatione ſignificatur, ſed generaliter rem quamlibet, quæ in commercium, & in conuentionem cadat, vt in lege duodecim tabularum *l. verbis legis 120. iunct. l. pecunia 178. de verb. ſignific.* vt Bartolus quoque tractat ad *§. an poteſt infr.* iunge *l. 1. § meritò verſ. hac autem ſeparatio in fin. infr. depoſ.* Actioni conſtitutæ pecuniæ proxima & ſimilis fuit olim actio receptitia, ex eiuſdem prætoris iuriſdictione inducta, & à Iuſtiniano tandem in actionem conſtitutæ pecuniæ transfuſa in *l. vltim. Cod. hoc tit.* vbi omnia quæ ad illius actionis naturam pertinebant, pleniſſimè explicantur. Adde *§. in perſonam Inſtit. de action.*

1 ¶ Ait prætor, *Qui pecuniam debitam conſtituit.* *Qui* ſic accipiendum eſt, *quæve*. nam & mulieres de conſtituta tenentur, ſi non interceſſerint.

*Ad §.1.Ait Prætor.*

RAT. DVB. Conſtitutor proximè accedit ad fideiuſſorem, vt modò ſcripſimus. Atqui mulieres pro alijs fideiubere prohibentur Senatuſconſulto Velleiano *l.1.& paſſ.infr. ill. tit. ad SC.Velleian.* Benè igitur & cautè prætor in verbis huius edicti concipiendis de ſolis maſculis locutus eſt ad excluſionem, vt credibile eſt, fœminarum, ne contra Senatuſconſultum facerent, ſi eas de pecunia conſtituta obligari pateretur.

DEC. Senatuſconſulto Velleiano non omnes fideiuſſiones mulierum prohibitæ ſunt, ſed tantum interceſſiones. Quid enim ſi in rem ſuam fideiuſſerint? Quid ſi animo decipiendi? His nimirum & alijs nonnullis caſibus ceſſat Velleianum *dict. l. 2. & 2.l.3.& 4.& paſſ. eod. ill. tit.* vbi dicemus. Ergo neque prohibenda fuit mulier conſtituere, dum ne pro alio intercedat: puta ſi quod ea ipſa debet, ſoluturā ſe conſtituat aut pro alio quidem, ſed qui ſi ipſe ſoluiſſet, regreſſum contra eam habiturus eſſet: quo caſu nec dubitari poſſet, quin planè in rem ſuam conſtituiſſet *d.l.3.* Nec nouum eſt, vt verba legis, aut edicti ſolum maſculinum ſexum deſignent, & nihilominus ad fœmininum quoque extendantur *l. 1. infr. de verb. ſignific.* Quod noſtri vulgò ſic exprimere ſolent, vt dicant maſculinum concipere fœmininū, non contrà: exemplo enim peſſimum eſſet fœminino vocabulo etiam maſculos contineri *leg. ſi ita ſit ſcriptum 45.in prin. de legat.2.l. qui duos 62.l.Lucius 93. §. quæſitum de legat.3.*

2 ¶ De pupillo & ſi nihil ſit expreſſum edicto: attamen ſine tutoris auctoritate conſtituendo non obligatur.

*Ad §.2.De pupillo.*

RAT.DVB. Etiam pupillus ſine tutoris authoritate promittendo ſtipulanti obligatur naturaliter *l. 1.in fin. infr. de nouat.* naturalis enim obligatio ex ſolo æquitatis vinculo æſtimatur *leg. Stichum aut Pamphilum 95.§. naturalis infr. de ſolut.* quæ ſcilicet vult generaliter pacta ſeruari, vt in huius legis initio ſcriptum eſt, & in *l.1. ſupr. de pact.* Atqui in hoc edicto prætor nihil niſi naturalem æquitatem intuetur, vt Vlpianus in huius edicti commendationem præfatus eſt. Quidni ergo pupillus etiam ſine tutoris authoritate conſtituendo obligabitur, vt actione de conſtituta pecunia teneatur?

DEC. Regula iuris eſt, non poſſe pupillum obligari ſine tutoris authoritate, vt ex ea obligatione conueniri poſſit *l.obligari 9 infr. de author. tutor.* cùm illa ætas non intelligat quid agat *l. more 8. l. pupillus 9. infr. de acquir. hered.* & ea quoque ignoret, quæ videt *l.1.C. de falſ. monet.* ideóque neceſſariò regēda eſt conſilio & iudicio tutoris qui ob eam cauſam domini loco habetur *leg. qui fundum 7.§. ſi tutor infr. pro empt.* Atqui pacta quæ contra leges & iuris ciuilis regulas facta ſunt, prætor non tuetur *l. iuris gentium 7.§. ait prætor ſup. de pact. l. pacta, quæ contra 6.C eo.* Ergo neq; conſtituta à pupillo ſine tutoris authoritate facta, tanquam quæ ſint contra iuris ciuilis regulas *l.contra 28. ſupr. de pact.* Non nego pupillum obligari naturaliter *dict. l. 1. infr. de nouat.* ſed nego obligari eum iure naturali, nec ſi, quod magis eſt, pecuniam mutuam ſine tutore acceperit *l. antepen. infr. de oblig. & action.* Nego naturalis obligationis quæ ex pupilli promiſſione oritur, vllos eſſe effectus iure ciuili, ſiue ad inducendam exceptionem, ſiue ad deductionem, aut retentionem, aut compenſationem, quamuis ſecus ſit, ſi ob acceptam pecuniam mutuā ſe obligauerit naturaliter; neque enim iure ciuili prohibitum eſt pupillo mutuam pecuniam ſine tutoris authoritate accipere, quippe qui mutuam pecuniam accipiendo poſſit fieri locupletior, non etiam per ſtipulationem promittendo. Denique ſi pupillus contrahendo abſque tutoris authoritate non obligatur ne quidem iure naturali, multo minus honorario iure obligabitur, niſi ponas factū eū locupletiorem: quo caſu obligatur etiam ciuiliter poſt reſcriptum Diui Pij *l. 3. in princip. infrà commod.* Accurſius noſter, vt ſolet, ad conciliandos non tam multos iuris locos, qui hac de re in ſpeciē pugnare videntur; diſtinguit pupillum proximum infantiæ ab eo qui ſit proximus pubertati, vt hic tantùm nō etiam ille naturaliter obligetur. Sed nos longè aliter, cùm totam quæſtionem hanc de naturali obligatione pupilli tractauimus & in libris Coniecturarum & ad *d l.contra 28. ſupr. de pact. ad l. vlt. de iureiur. & ad l. naturaliter 13.§. vlt. l. quod pupillus 41. ſupr. de cond. indeb.* vbi vide.

3 ¶ Sed ſi filiusfamilias conſtituerit: an teneatur, quæritur. ſed puto verum, & ipſum conſtituentem teneri, & patrem de peculio.

*Ad §.3.Sed ſi filiusfamilias.*

RAT. DVB. Filiusfamilias Senatuſconſulto Macedoniano pecuniam mutuam accipere prohibetur, & ſi acceperit, non obligatur efficaciter, cùm habeat exceptionem Macedoniani *l. 1. & tot. tit. infr. de SC. Macedon.* Atqui is qui conſtituit ſe ſoluturum, quod vel à ſe vel ab alio debetur, parum diſtat ab eo qui mutuam pecuniam accipit, nam verbis quoque credimus *l.2.§. vlt. ſup. de reb. credit.* niſi quod durius videtur, obligari filiumfamilias conſtituendo, quàm mutuam pecuniam accipiendo, cùm ex pecunia, quam mutuam acceperit, locupletior fieri poſſit, non etiam ex ſua promiſſione. Ergo dicendum eſt filiumfamilias, qui conſtituerit, non obligari propter prohibitionem Senatuſconſulti.

DEC. Ex omnibus cauſis obligatur filiusfamilias & conueniri poteſt, præterquam ex mutuo *l. filiusfamilias 39. infr. de oblig. & action.* nec ad alium vllum contractum prohibitio Macedoniani pertinet, quā ad mutui dationem: nec rurſus ad aliam mutui dationem, quàm quæ fiat per numerationem pecuniæ: ſola enim pecuniæ datio parentibus pernicioſa & periculoſa eſſe viſa eſt, & ideò etſi in creditum abiit filiusfamilias vel ex cauſa emptionis, vel ex alio contractu, in quo pecunia numerata non ſit, conſtat ceſſare Senatuſconſultum niſi fraus ei facta

ptoponatur *leg.3.§.is autem ſolus & §.vlt.de SC. Maced.* quia quod vulgo dicitur filiofamilias cıedi non licere, non ad verba teſerendum eſt, ſed ad numerationem, vt ſubiicitur in *l.4.eod.* Atqui conſtitutum fit nullo conſenſu quibuſcunque verbis, ant litetis expreſſo, nec vllam reqnitit numerationem. Ergo non ptohibetur filiusfamilias authorirate Senatuſconſulti, quominus obligetur ex conſtituto, & quidem in ſolidum. Porrò quo caſu ipſe obligatur in ſolidum, patrem quoque ſuum obligat de peculio *l.ſi quis cum filiusfamilias 44. infr. de pecul.* Veriſſimum igitur eſt, quod Vlpianus hic ait, ſe putare verum, ſi filiusfamilias conſtituerit, & ipſum conſtituentem teneti, & patrem de peculio.

4 ¶ Eum, qui inutiliter ſtipulatus eſt; cùm ſtipulari voluerit, non conſtitui ſibi, dicendum eſt, de conſtituta experiri non poſſe: quoniam non animo conſtituentis, ſed promittentis factum ſit.

*Ad §.4 Eum qui.*

RAT.DVB. Inutilis acceptilatio habet vim taciti pacti de non petendo *l.ſi vnus 27.§.pen.ſupr.de pact. l.inutilis 8.l.ſi accepto latum 19.infr. de acceptilat.* Atqui acceptilatio non fit, niſi per ſtipulationem *l.1.l.ſanè 7.& paſſ.eod.tit.* Ergo ſtipulatio quantumlibet inutilis habet vim pacti. Cur non igitur & conſtitui? quod nudo conſenſu fit, ſicut & aliud pactum nudum quodlibet, vt diximus ad initium huius legis. Nam & vulgare noſtrotum brocardicum eſt, ſi non valet quod ago, vt ago, valere tamen debere, vt valere poteſt *d.l.ſi vnus §.pen.d. l.an inutilis & d.l.ſi accepto latum l.Lucius Titius cùm haberet 27.infr.depoſit.l.& poſt rem 7.§.vlt ſupr.de tranſact.*

DEC. Conſtitutum non fit ſine animo conſtituendi, ſicut nec ſtipulatio ſine animo ſtipulandi, nec pactum nudum ſine animo paciſcendum. Differt autem animus conſtituendi ab animo ſtipulandi, non minus quàm animus ſtipulandi ab animo paciſcendi *l.iuris gentium 7.§.quod ferè ſup. de pact.* & in omnibus rebus non tam quid fiat, quàm qua mente inſpiciendum eſt *vulg. l.non omnis 19.& praeced.ſupr. de rebus credit.* Ergo ſtipulatio inutilis facta animo ſtipulandi, puta inter abſentes, vt Accurſius explicat, non poteſt valere iure conſtituti. Nec ſimile eſt quod de inutili acceptilatione diximus. Acceptilatio enim fit ad liberationem inducendam, conſtitutum verò ad obligationem, proniores autem eſſe debèmus ad liberandum *vulg.l.Arianus 41.infr. de oblig. & action.iunct.l.1.§.ſi quis ita de verb. oblig. dict. l.& poſt rem 7.§.vlt.ſupr.de tranſact.* Itaque non habet hîc locum vulgare illud brocardicum quod diximus, vt nec aliis pleriſque caſibus *l.1. infr.de iur.codicill.* Et vt benè Accurſius notat, facilius paratur exceptio quàm actio *l.1.infr.de pignor.l.1.§.is autem inf.de ſuperfic l.inuitus 156.§.1. de regul. iur.* An verò animus ſtipulandi fuetit an conſtituendi, etſi ſolent eſſe difficilis probationis, quæ in animo conſiſtunt *l.non omnes 5.§.à barbaris infr. de re milit.* facile tamen dignoſci poteſt non tantùm ex tractatu præcedente, & ex verbis quæ præceſſerunt, vt tractat Accurſius ex *leg.heredes palam 21.§.ſed etſi notam infr.qui teſtam.facer. poſſ.l.ſi ſeruus plurium 50.§.vlt. de legat.* 1. ſed maximè ex verborum qualitate, verba enim ſtipulationis ſunt ſolemnia nō etiam verba conſtituti, niſi quod vix fit conſtitutum ſine verbo conſtituendi, vt ex omnibus ferè huius tituli legibus apparet, ſi excipias caſum *l.5.§.Iulianus infr.*

5 ¶ An poteſt aliud conſtitui, quàm quod debetur, quæſitum eſt? ſed cùm iam placet, rem pro re ſolui poſſe: nihil prohibet, & aliud pro debito conſtitui. denique ſi quis centum debens, frumentum eiuſdem pretij conſtituat: puto valere conſtitutum.

*Ad § 5. An poteſt.*

RAT.DVB. Conſtitutum habet quodammodo vim ſolutionis *l.idem eſt 10.infr.* Atqui aliud pro alio ſolui non poteſt *l.2.§.mutui datio ſup.de reb.credit.* Ergo nec conſtitui aliud pro alio.

DEC. Etiam ſolui aliud pro alio poteſt dummodo volenti creditori, quamuis inuito non poſſit *d.§.mutui datio l.eum qui 16.& ſeq.Cod. de ſolut.* Placuit enim tandem prudentibus ob vtilitatem commerciorum, vt alia res pro alia non dico oblata, ſed ſoluta pariat liberationem *l.ſi non ſortem 26. §.ſi centum ſupr.de condict.indeb.l.ſi ei nuptura 25.infr.de iur.dot.l.ſed addes 19.§ ſi dominus infr.locat.* Quidni ergo & conſtitui aliud pro alio poterit volenti, ſcilicet creditori, cùm non fiat conſtitutum niſi ex conſenſu, vt ſcriptum eſt initio huius legis? Quare valde probo, quod aduerſus Accurſium & Ioannem Bartolus diſputat, etiam factum pro facto, & factum pro dato conſtitui poſſe volenti creditori *l.in ſtipulationibus 54.§.operarum infr. de verb. obligat.* licet inuito creditore, nec factum pro facto, nec factum pro dato ſolui poſſit *leg.qui res 98.§.mihi decem infr.de ſolut.* Satiſfactum enim accipimus quomodo voluit creditor, licèt non ſit ſolutum *leg. ſi rem 9.§.omnis pecunia infrà de pignor. action.* & cùm ſatisfactio omnis pro ſolutione ſit *l.ſatisfactis 52.de ſolut.* ſemper prodeſt debitori ſatisfeciſſe, licèt nihil ei proſit velle ſatisfacere *leg.item liberatur 6.§.1. infr. quibus mod. pign. vel hypoth. ſolut.* Ergo non eſt neceſſe, vt debitum ſit id, quod conſtituitur, ſi modò propter debitum fiat conſtitutum, vt Accurſius benè notat ex hoc §. & ex *l. quid autem 14.§.1.infr.* Proinde ſi quis centum debens, frumentum eiuſdem precij conſtituat, valet conſtitutum, quamuis eiuſmodi fideiuſſio non valeret *l.ſi ita fideiuſſorem 42.infr. de fideiuſſ.* Conſtitutum enim pro ſolutione eſt *l.idem eſt 10. infr.* non etiam datio fideiuſſoris.

6 ¶ Debitum autm ex quacumque cauſa poteſt conſtitui: id eſt, ex quo-

cumque

cumque contractu: ſiue certi, ſiue incerti: & ſi ex cauſa emptionis quis pretium debeat, vel ex cauſa dotis, vel ex cauſa tutelæ, vel ex quocumque alio contractu.

*Ad §.6. Debitum autem.*

RAT. DVB. Quod debetur ex quocunque contractu ſiue certi, ſiue incerti, puta quo factum contineatur, vt in *l. vbi autem* 75. *§. qui id quod infr. de verb. oblig.* peti poteſt per ciuilem, vt plurimum, actionem, quod autem ex conſtituto debetur non niſi per honorariam *§. de conſtituta Inſtit. de action.* Fruſtra autem eſt, ſi quis actioni ciuili velit adiicere honorariam *l. 1. ſupr. de Public. in rem act.* Sunt enim ciuiles tantò digniores honorariis, quantò dignius eſt ius ciuile iure honorario, neque tamen prætor quicquam facit fruſtra *l. 2. §. vlt. inf. vi bonor. raptor.* Non eſt igitur permittendum, vt quod ea contractu debetur ciuiliter, adeóque ea quaſi contractu, puta ea cauſa tutelæ *l. 5. §. tutelæ infr. de oblig. & action.* poſſit conſtitui, vt debeatur iure prætorio.

DEC. Conſtitui poteſt non tantùm quod ab ipſo conſtituente debetur, ſed etiam quod ab alio *l. eum qui* 5. *§. quod exigimus infr.* Quod cùm accidit, euidens conſtituti vtilitas eſt, per quod fit, vt veteri debitori nouus debitor adiiciatur: nemo enim neſcit creditoris intereſſe plures acquirere ſibi debitores, cùm verò quis conſtituit illud ipſum, quod iam debet, quamuis nouus debitor nullus acquiratur creditori, acquiritur tamen ei noua actio, quæ poteſt habere vtilitatem, non ſolùm ſi naturaliter tãtùm fuit debitum, quod conſtitutum eſt, nec peti potuit, ſed etiamſi ciuiliter ex contractu, vel quaſi contractu, fortè, ſi facilior ſit probatio conſtituti, quàm prioris contractus, qui tamen & ipſe probatur ſatis per conſtitutum, quippe quod fieri non poteſt ſine cõfeſſione debiti præcedentis, quæ confeſſio implet probationem, vt in *leg. Publia* 26. *§. vltim. infr. depoſit.* Quamquam vix eſt meo iudicio, vt quis conſtituat ſe debere quod ille ipſe iam debeat ciuiliter, niſi conſtituat purè quod in diem tantùm debebat vel ſub conditione, aut conſtituat in diem citeriorem, quod debebat in vlteriorem. Valent enim huiuſmodi conſtituta, & propter has potiſſimum pecunias, quæ nõdum poſſunt peti, ſunt inducta, vt ſcriptum eſt in *l. 3. §. vltim. & l. ſeq. infr.* Cæterùm quod hîc dicitur poſſe conſtitui pecuniam, quæ debeatur etiam ea contractu incerti, ſic intelligendum videtur, vt ſi ab alio debeatur, certum id fieri neceſſe ſit viuo debitore priuſquam ex conſtituto peti poſſit; *arg. l. qui Romæ* 122. *§. Agerius de verb. oblig.* Habet enim conditionem tacitam, ſi appareat & probetur debitum eſſe.

7 ¶ Debitum autem vel natura ſufficit:

*Ad §.7. Debitum autem vel natura ſufficit.*

RAT. DVB. Illud demum debitum poteſt conſtitui, quod exigi poteſt, adeò vt ſi quid ſit quod debeatur etiam ciuiliter, nec tamen exigi poſſit propter aliquam exceptionem debitori competẽtem, id conſtitui vtiliter non poſſit *l. quod ſi maritus* 3. *§. 1. infr.* vbi ratio redditur *quia iuribus debita non eſt pecunia quæ conſtituta eſt.* vt intelligamus ad hoc vt cõſtitutum valeat, non ſufficere, vt aliquo iure debeatur pecunia quæ conſtituitur, ſed requiri, vt iuribus omnibus debita ſit, id eſt, & naturali iure & honorario & ciuili. Multo igitur minus ſufficere debet, vt natura debitum ſit quod conſtituitur: eſt enim ciuile debitum longè potentius, quàm naturale, cùm id quod debetur ciuiliter tantùm, poſſit peti per actionem, non etiam id quod debetur tantùm naturaliter, debitum autem magis propriè illud ſit, quod peti poteſt *l. naturales* 10. *infr. de oblig. & act. leg. fideiuſſor* 16. *§. naturales de fideiuſſ.* Debitum autem naturaliter tantùm, vſque adeò non debetur, vt etiam indebitum dicatur in *leg. 5. §. Imperator de ſolut.* aut ſaltem dicitur debitum impropriè ac per abuſionem, vt ſcribit Iulianus in *dict. §. naturales l. 16. de fideiuſſ.* Nam nec alius verè debitor dicitur quàm à quo inuito exigi pecunia poteſt *leg. debitor* 108. *de verb. ſignif.*

DEC. Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem ſecuti ſumus *leg. cùm amplius* 185. *§. is natura debet de regul. iur.* ac proinde à quo inuito exigi poſſet pecunia, ſi quæ naturali aut gẽtium iure proditæ eſſent actiones, nec enim vlla exceptione ſummoueri poſſet. Sed cùm ſint actiones omnes comparatæ iure ciuili, & quidem aduerſus perfidos tantùm homines vtriuſque iuris & naturalis & gẽtium violatores, vt Theophilus ſcribit initio *tit. de act.* non debet eſſe melior eius cõditio, qui naturaliter tantùm debet ob id, quòd ſit perfidus, nec deterior creditoris ob id quòd fidem debitoris ſecutus ſit, ſeque & naturali & gentium iure ſatis tutum putauerit. Proinde ſi debitor bonam fidẽ agnoſcat, & conſtituat ſe ſoluturum, quod naturaliter tantũ debuit, quidni ea conſtituto rectè obligabitur; cùm ob has potiſſimũ pecunias quæ debentur, ne tamen peti poſſunt, cõſtituta inducta ſint, vt incipiant poſſe peti, quemadmodũ diximus ad *§. præced. ex leg. 3. §. vlt. & l. 4. infr.* Cùmque conſtituta inducta ſint ex bona fide & æquitate, vt initio huius legis ſcriptum eſt, mirari nemo debet, facilius admitti cõſtitutum pecuniæ naturaliter tantùm debitę, quàm eius quę ciuiliter tantùm debeatur: nam quod ciuiliter tantùm debetur, quamuis peti poſſit, exigi tamen ideò non poteſt, quia petitio per aliquam exceptionem ſummoueri poteſt. Exceptiones autem omnes cùm ſint ex iure prætorio, naturali æquitate nituntur, atque ita petitionem iniquam eſſe demõſtrant. Ac proinde ſecum pugnaret prætor, qui præcipuus æquitatis cuſtos & magiſter eſt, ſi quod non niſi iniquè debetur, conſtitui vtiliter pateretur. Eſſetque hoc contra mentem & propoſitum edicti, cui è contrario conuenit, vt eius pecuniæ, quæ naturaliter tantùm debita eſt, conſtitutũ prætor tueatur. Denique nullus iuris naturalis aut gentium rigor eſt, cui æquitas vlla opponatur, quod in iure ciuili diuerſum eſt, in quo paſſim æquitas iuri opponitur *l. 1. C. de legib. l. placuit* 8. *C. de iudic. l. proſpexit* 9. *inf. qui & à quib. manum. l. 2. §. item Varus in fin. de aqua &*

Digitized by Google

*aquaplu.arcend.* Sic & fideiuſſor accedere naturali tantùm obligationi poteſt *l.1.l.6.l.fideiuſſor 16.§.fideiuſſor infrà de fideiuſſ.* itémque hypotheca *l.5.infrà de pignor.*

8 ¶ Sed & is, qui honoraria actione, non iure ciuili obligatus eſt, conſtituendo tenetur. videtur enim debitum, & quod iure honorario debetur. ideò & pater & dominus de peculio obſtricti, ſi conſtituerint, tenebuntur vſque ad eam quantitatem, quæ tunc fuit in peculio, cùm conſtituebatur. cęterùm, ſi plus ſuo nomine conſtituit, non tenebitur in id, quod plus eſt.

*Ad §.8. Sed & is.*

RAT. DVB. Quod honoraria tantùm non etiam ciuili actione debetur, non debetur iuribus omnibus, quamuis debeatur etiam iure naturali. Eſt enim ius triplex, naturale, gentium, & ciuile *leg.1.§.huius ſtudij & paſſ ſuprà de iuſtit.& iur.& Inſtit.tit.de iur.natur.gent.& ciuil.* Ergo conſtitui non poteſt, ſi bona eſt ratiocinatio eiuſdem Vlpiani noſtri in *leg 3.§.1.infrà.*

DEC. Id quod iure honorario debetur, magis debetur, quàm id quod naturali iure tantùm, quia peti poteſt per actionem honorariam, quæ non minùs efficax eſt ad exigendum quàm ſit actio ciuilis, ſi modò talis actio ſit quæ nulla iuſta exceptione repelli poſſit. Nam & aduerſus actiones honorarias quædam exceptiones competunt, *l.pen.& vlt.ſupr.de public.in rem action.* Quod cùm accidit, non eſt exiſtimandum poſſe pecunias illas conſtitui, quæ iure honorario ita debentur, quia nec debitæ dici verè poſſunt, cùm effectu exigi non poſſint, ſicut nec quæ per actionem ciuilem debentur, cui aliqua exceptio obiici ex æquitate poſſit. Itaque locus hic neceſſariò intelligendus eſt de ea pecunia, quæ per actionem honorariam ſic debeatur, vt nulla exceptio metuenda ſit actori, vt quod honorario iure debetur, etiam iure naturali & gentium debeatur, quamuis non etiam iure ciuili. Quod enim dicimus, omnibus iuribus debitam eſſe oportere pecuniam, vt conſtitui poſſit, *d.l.3.§.1.infr.* tum verum eſt, cùm incipimus à iure ciuili. Regrediendũ enim eſt vſque ad ius naturale, vt appareat etiam iure naturali eam deberi. Sed cùm incipimus à iure naturali, non eſt neceſſe, vt aliis quoque iuribus, prætorio ſcilicet, ac ciuili pecunia debeatur: debitũ enim eſſe vel natura ſufficit, vt ſcriptum eſt in §. præcedente. Quòd ſi incipiamus à iure prætorio, quod medium quodammodo eſt inter ius naturale, aut gentium [ſunt enim iſta hac parte ſynonyma, vt in *§.ſingulorum Inſtit.de rer.diuiſ.*] & ciuile, non eſt progrediendum ad ius ciuile, ſed regrediendum ad naturale, vt ſi etiam iure naturali debeatur conſtitui poſſit, quamuis iure ciuili nõ ſit debitum, non item ſi iure quoque ciuili debeatur, non autem iure naturali. Exemplum actionis honorariæ pro qua fieri conſtitutum poſſit, adfert Vlpianus in actione de peculio qua tenetur dominus ex contractu ſerui, pater autem ex contractu filiifamilias: ſunt enim actiones omnes de peculio honorariæ *l.1.infr.de pecul.* & titulis ſequentibus, nec ex contractibus filiifamilias aut ſerui tenẽtur pater, aut dominus ciuiliter, ſed tantùm iure prætorio. Quid? An tenentur etiam iure naturali? Non videtur, cum ignorantes obligentur ex contractibus aliorum in quibus non interuenerunt. Sed tamen contra eſt, quia naturalis obligatio illa eſt, quæ ſolo naturalis æquitatis vinculo ſuſtinetur *l.Stichum aut Pamphilum 95.§.naturalis infr.de ſolut.* Naturalis autem æquitas facit, vt qui cum filiofamilias, vel ſeruo contraxit, eius peculium intuitus tanquam proprium ipſius patrimoniũ, quod à patre vel domino habet, hoc ipſo habeat obligatum patrem vel dominum ad finem vſque peculij, de quo ſc. contrahendi facultatem eis dederunt, ne alioqui decipiatur qui cum filiofamilias vel cum ſeruo contraxit, quando nullam cum ſeruo actionem habiturus ſit, *l.cum ſeruo 107 de reg.iur.* cum filio autem familias non niſi inanem quandiu pater vi-uit, eo verò mortuo non niſi in quantum facere poterit, *l ſi dubitet 10.§.filiusfamilias infr.de fideiuſſ.l.1.& paſſ inf.de pecul.l.1.quand.de pecul.act.annal.eſt*, vbi dicemus. Denique actiones omnes iuris honorarij, cùm æquitate ſumma nitantur, adnexum ſemper habent vinculum æquitatis naturalis, quam tamen ſufficeret non repugnare, vt conſtitui poſſet quod iure prætorio deberetur. Repugnat autem eo tantum caſu, quo actio prætoria ſummoueri aliqua exceptione poſſit, quomodo & in actione ciuili contingit *d.l.3.§.1.inſ.* Maior enim æquitas tãquam fortior vincit ſemper minorem tanquam debiliorem *l.ſi ſeruus 61.§.quod verò inſt.de furt.* nec æquitas illa conſtituere ius naturale poteſt, quæ à maiore alia æquitate vincitur. Porrò cùm pater vel dominus actione de peculio obſtricti conſtituerunt ſuo nomine, non ad aliam quantitatem teneri ex conſtituto poſſunt, quàm quæ tum fuit in peculio cùm conſtituebatur, quia nec aliud ab eis debitum videri poteſt, cùm tẽpus conſtituti, & promiſſionis factæ inſpiciendum ſit, *l.ſi pater filiæ 44.§.quæ debitorem inſ.de iur.dot.* adeò vt etiamſi expreſsè plus ſuo nomine conſtituerit pater vel dominus, quàm tum fuerit in peculio, nõ teneantur tamen in id quod plus eſt, quia quod plus eſt, fuit omninò indebitum & naturali iure & prætorio, quamuis placeat tenere actionem de peculio, etiamſi nihil ſit in peculio eo tempore quo agitur, ſi modò aliquid ſit tempore rei iudicatæ *leg.quæſitum 30.in pr.inf de pecul.* Nõ enim eo magis tenere poteſt conſtitutum ſi conſtituti tempore nihil debeatur, quia non poteſt eius validitas in ſuſpenſo eſſe, neq; ex alio quàm ex præſenti debito vires accipere. Sed hoc ita ſi ſuo nomine cõſtituerint, vt diximus. Nam vt ex Iuliano ſubiicitur in *l.ſeq.* ſi filij nomine conſtituerit pater ſe ſoluturum decem quę filius debebat, cùm non ſint in peculio niſi quinque, in decem de conſtituta pecunia tenebitur, quia non ſicut pater ita & filius ipſe qui contraxit, de peculio duntaxat tenetur, ſed in ſolidum *l.ſi quis cum filiofam.44.infr.de pecul.* In domino qui pro ſeruo cõſtituit, paullo maior dubitandi ratio eſt, cùm ſeruus ipſe propriè nihil debere poſſit nec ciuili iure, nec prætorio, quippe cùm ſerui non minùs incogniti ſint iure prætorio quàm ciuili *l.qui teſtamento 20.§ ſeruus infr.qui teſtam.facer.poſſ l.quod attinet 32.de reg.iur.* Vnde eſt quod cũ ſeruo nulla actio eſſe poteſt *d.l.cum ſeruo 107.d.l.ſeruus 6.C.de iud.* Sed facilis reſponſio eſt, ſeruos licèt

neque

neque ciuili neque prætorio iure aut obligari aut conueniri poſſint, obligari tamen naturaliter, ſicut nec naturali iure differunt à cæteris hominibus *d.l. quod attinet.* æſtimatur enim obligatio naturalis ex æquitate naturali, vt iam diximus, & ex facto eiuus capaces ſunt, ſerui non minus quam liberi *l. nec ſeruus 41. infr de pecul. l. qui heredi 44. de cond & demonſtr. leg naturaliter 13. in princip ſupr. de condiction indeb.* Natura autem debitum eſſe ſufficit, vt conſtitui poſſit; quomodo ſcriptum eſt in §. *præcedente.* Aliud exemplum actionis prætoriæ pro qua fieri conſtitutum poſſit, adfert Accurſius de eo qui deferente aduerſario iurauit ſibi deberi id, quod tamen debitum eſſe non aliunde appareat. Ex hoc enim iureiurando actionem dat prætor remiſſa quæſtione, an debeatur, dummodo iuratum ſit deberi *leg. non erit 5. §. 1. & paſſ. ſupr. de iureiurand.* Ergo ſi quis conſtituat ſe id ſoluturum, quod iuratum eſt deberi, perinde obligabitur & de conſtituta pecunia conuenietur, ac ſi & naturaliter & ciuiliter deberetur. Nam & naturaliter hoc deberi ex eo apparet, quod iuſiurandum non modo rei iudicatæ, ſed etiam pacti & tranſactionis vim obtinet *leg. 2. tutor 35. §. 1. eod. ill. tit.*

2. IVLIANVS libro 11. Digeſtorum.

QVòd ſi filij nomine conſtituerit ſe decem ſoluturum, quamuis in peculio quinque fuerint, de conſtituta in decem tenebitur.

*Ad l. 2. Quòd ſi filij.*

RAT. DVB. Non tenetur pater de peculio niſi ex contractu filij, nec tamen ex contractu filij niſi quatenus in peculio eſt, vt ſcripſit Vlpianus in §. *vlt. legis præcedentis.* Ergo etiamſi conſtituerit nomine filij ſe ſoluturum plus quàm in peculio ſit, teneti in plus non poteſt. DEC. Etiam quod ab alio debetur conſtitui poteſt *l. cùm quis §. quod exigimus infr.* Imò interdum etiamſi nullus appareat qui interim debeat *l. hactenus 11. infr.* Atqui filius peculium habens, ſi contraxerit, obligatur in ſolidum, hoc eſt, etiam ſuprà quàm ſit in peculio *l. ſi quis cum filiofamilias infr. de pecul.* Ergo & filij nomine conſtituere pater poteſt ſupra quantitatem peculij, neque confundenda iſta ſunt, quaſi nihil interſit, an pater ſuo, an filij nomine conſtituat. Etſi enim tum quoque cùm pater actione de peculio conuenitur, ex contractu filij tenetur, non tamen nomine filij tenetur, ſed ſuo, ſolus enim pater de peculio tenetur, non filius ipſe qui contraxit: Et aliud longè eſt, ex contractu filij cõueniri, aliud verò nomine filij: nomine ſi quidem filij id demum conſtituitur, quod filius ipſe debet, non quod pater ex ſua perſona, quamuis ex contractu filij. Idem iuris eſt ſi dominus cõſtituerit nomine ſerui plus quàm ſit in peculio. Etſi enim non ſicut filiusfamilias ita & ſeruus conueniri ſuo nomine poteſt *l. cum ſeruo 107. de reg. iur. l. ſeruus 6. C. de iud.* æquè tamen verum eſt ſeruum qui contraxit debere ſolidum naturaliter, atque filius ſolidum debet & ciuili iure & prętorio: quod ſufficit, vt quod ſeruus debet, perinde cõſtitui poſſit atque quod filius *l. prox. § debitum 1. ſup. & §. vlt.* vbi dixi. Non placet autem mihi, vt neq; Bartolo, quod Accurſius legis huius rationẽ illam adfert, quod pater conſtituendo nomine filij ſolidum, remittere exceptionem videatur, ne ſuprà quàm in peculio eſt, teneatur *arg. l. 4. § pen. & vlt. ſupr. ſi quis caution.* nullam enim exceptionem habet pater nomine filij, quia nec filij nomine de peculio aut in ſolidum conueniri poteſt, ſed ſuo proprio de peculio, in ſolidum autem nullomodo, niſi poſtquam conſtituit ſe filij nomine ſoluturum, quantum filius debet.

3. VLPIANVS libro 17. ad Edictum.

QVòd ſi maritus plus conſtituit ex dote, quàm facere poterat: quia debitum conſtituit: in ſolidum quidem tenetur: ſed mulieri in quantum facere poteſt condemnatur[a].

*Ad l. 3. Quòd ſi maritus.*

RAT. DVB. Non tenetur maritus iudicio de dote ſuprà quàm facere poſſit *l. maritum 12. cum ſeqq. inf. ſolut. matr.* eſt enim ex numero earum perſonarum quibus reuerentia debetur *l. ſunt qui 16. & ſeqq. infr. de re iudic. l. in condemnatione 173. in princ. de reg. iur.* Ergo ſi conſtituat ex dote plus quàm facere poſſit, nõ obligabitur ex conſtituto, tanquam indebitum ſit omne id quod ab eo promiſſum eſt, ſuprà quàm facere poſſit, propter exceptionẽ quam habet quod ſufficit ad impediendum conſtitutum §. *prox. infrà,* præſertim cùm exceptio ſit fauorabilis *arg. l. qui exceptionem 40. ſup. de cond. indeb.* DEC. Quod maritus non tenetur iudicio de dote vltra quàm facere poſſit, non illam rationem habet, quaſi maritus nihil amplius debeat (ſolidum enim debet) ſed propter priuilegium quod ei dandum eſſe placuit ob reuerentiam, quæ ipſi debetur §. *ſunt præterea & ſeq. Inſtit. de actio.* Itaque non eſt iſta exceptio ex numero earum quæ efficiunt indebitũ iure prætorio, id quod eſt debitum iure ciuili, de quibus in §. *prox. infr.* quia nõ reſpicit iuſtitiam & æquitatem aut iniquitatem cauſæ, ſed priuilegium perſonæ. Argumento eſt, quod heredi mariti non idem conceditur priuilegium quominus in ſolidum condemnetur, quia perſonale eſt, & cum perſona extinguitur *d. l. maritum & ſeqq.* alia enim ſunt priuilegia cauſæ alia perſonæ *l. ex pluribus 42. infr. de admin. tutor. l. vnic. Cod. de priuileg. dot.* Poteſt ergo maritus conſtituere dotem ſolidam, quia & ſolidam debet, idque eſt quod Vlpianus hîc ſcribit *quia debitum conſtituerit.*

a *Sed mulieri in quantum facere poteſt condemnatur.* RAT. DVB. Poteſt quilibet fauori ac priuilegio ſuo renunciare *leg. ſi index 41. ſuprà de minor. leg. pen. Cod. de pact.* Ergo maritus qui ſuo tutus priuilegio ne ſuprà quàm facere poteſt condemnari debeat, ſi ſolidum

conſtituat, ſicuti tenetur in ſolidum, ita & in ſolidum condemnari debet, quaſi priuilegium ſuum vltrò remiſerit, vt Accurſius noſter ſcribit in ſpecie *l. præcedentis arg. l. 4. §. pen. & vltim. ſuprà ſi quis cautionl. ſi quis delegauerit 12. infr. de nouat.* Nam etſi ſolidam dotem ſoluiſſet, non repeteret *l. quod mariti 8. & ſeq. ſupr. de condict. indeb.* conſtitutum autem ſolutionis loco eſt, & conſtituens loco ſoluentis *l. idem eſt 10. infr.*

DEC. Nec ea quidem exceptio remiſſa videri poteſt, quæ ex debito facit indebitum, impeditque conſtitutum: quantò minus ea quæ poteſt ſtatim cum conſtituto, nec ea rurſum quæ poſſet opponi poſt ſententiam & condemnationem, cùm non poſſit is qui conſtituit, deterioris eſſe conditionis, quàm ſi iam eſſet condemnatus. Prior propoſitio probatur ex eo exemplo quod ſubiicitur in § *prox.* cùm quis id conſtituit quod debebat iure ciuili tantùm, non etiam prætorio propter exceptionem. Nec enim conſtituendo remittit exceptionem ſibi competenté, quam ſi remitteret, hoc ipſo dicendum eſſet valere conſtitutum eius pecuniæ, quæ exinde iam deberi cœpiſſet etiam iure prætorio. Quid ergo eſt? Tale nimirum conſtituitur debitum, quale eſt, id eſt, cum priſtinis omnibus ſuis qualitatibus, nec enim nouatio fit per conſtitutum, vt per delegationem de qua in *dict. leg. ſi quis delegauerit, leg. id quod 19. infr.* Ac proinde ſi qua erat exceptio ante conſtitutum quæ ex debito iure ciuili faceret indebitũ iure prætorio, ea non ſolùm remiſſa non intelligitur, ſed etiam impedit ne conſtitutum valere poſſit *dict. §. prox. infr.* Nec enim prætor patitur vllum valere conſtitutum cui poſſit opponi exceptio aliqua æquitatis, ſicuti nec dat vnquam replicationẽ aduerſus exceptionem doli *l. apud Celſum 4. §. Marcellus 13. infr. de doli mali except.* Eſt enim multo expeditius dicere conſtitutum non valere, vt in *dict. §. prox.* At cùm exceptio talis eſt quæ non facit ex debito indebitum, vt illa de qua nunc agimus, ea ſicuti non impedit conſtitutum, ita neque per conſtitutum remiſſa intelligitur. Proinde ſi maritus conſtituat ſe dotem integram ſoluturum, ſe quidem obligat, vt totam ſoluat, quia & totam debuit, ideóque nec repetere quicquam poteſt, ſi totam ſoluerit *dict. l. 8 & 9. ſupr. de condiction indeb. l. 5. §. idem Iulianus verſic huic patri infr. de liber. legat.* ſed non ideò amittit exceptionem, vt ſuprà quàm facere poſſit condemnari debeat. Nam etſi per iniuriam iudicis in ſolidum condemnatus eſſet, adhuc tamen eadem exceptione in iudicati executione vti poſſet *l. ex diuerſo 17. §. vltim. infr. ſolut. matrimon.* nempe quia non impugnat iudicatum *l. Neſennius 41. §. vltim. de re iudic.* Porrò qua ratione iudicatum non impugnat, eadem nec impugnat conſtitutum. Conſequens igitur eſt, vt etiam poſt conſtitutum, & ante condemnationem multo magis opponi poſſit, ne in ſolidum condemnetur, quamuis ſolidum conſtituerit, non quaſi ſolidum non debeat, ſed quia nihil fecit propter quod ſuum ei priuilegium auferendum ſit.

1 ¶ Si quis autem conſtituerit, quod iure ciuili debebat, iure prætorio non debebat, id eſt, per exceptionem: an cõſtituendo teneatur, quæritur. & eſt verum, vt & Pomponius ſcribit, eum non teneri: quia debita iuribus non eſt pecunia, quæ conſtituta eſt.

*Ad §. 1. Si quis autem.*

RAT. DVB. Eadem eſt, quæ ad verſiculum proximè præcedentem, quòd is qui conſtituit debitum aduerſus petitionem, cuius aliqua exceptione tutus erat, eam exceptionem remiſiſſe videatur *argument. leg. ſi quis delegauerit 12. infr. de nouat. leg. 4. §. penultim. & vltim. ſuprà ſi quis caution.* Sed decidendi ratio eadem quoque eſt quam attulimus, quod conſtituatur debitum quale eſt & cum omnibus ſuis qualitatibus, nec per conſtitutum fieri poteſt debitum, quod ipſius conſtituti tempore fuit indebitum. Debitam enim pecuniam eſſe oportet, nec tantùm iure ciuili, ſed etiam iure prætorio aut ſaltem naturali eo tempore, quo fit conſtitutum, vt valeat *leg. 1. §. debitum & §. vltim.* Atqui non debetur pecunia quæ propter aliquam exceptionem iure prætorio exigi non poteſt: nihil enim refert, an quid ipſo iure non debeatur, an verò debeatur quidem ipſo iure, ſed per exceptionem aliquam ſummoueri actor poſſit *leg. nihil intereſt 112. de regulis iuris leg. creditores 10. leg. debitor 108 de verborum ſignificat.* Ergo eiuſmodi debitum, cùm verè & effectu ipſo rationibus æquitatis ſit indebitum, cõſtitui nullomodo poteſt, *Quia,* inquit, Vlpianus *debita iuribus non eſt pecunia quæ conſtituta eſt.* Cuius tamen rationis quis ſenſus ſit explicauimus ad *§. vltim. leg. 1. ſuprà* neque hîc repetendum eſt. Planè ſi quis prudens & ſciens conſtituat eam pecuniam contra cuius petitionem ſciat ſe tutum eſſe exceptione naturalem æquitatem habente, non eo magis quidem conſtitutum valebit ad producendam actionem conſtitutæ pecuniæ, ſed exceptio tamen remiſſa intelligetur, vt prior actio remaneat valida, vt *Bart. docet ad l. 11. §. 2. infr.* Benè autem Vlpianus ſic loquitur *iure prætorio non debeat, id eſt, per exceptionem,* vt intelligamus de ea demum exceptione intelligi hoc debere quæ à prętore ipſo introducta ſit ex æquitate naturali, quales ſunt exceptiones pacti iuriſiurandi, non numeratæ pecuniæ, & doli, quas hîc in exemplum adfert Accurſius ex *l. Stichum 95. § naturalis inf. de ſolut. l. vltim. ſupr. de iureiur. l. in contractibus 14. C. de non numer. pecun. l. 2. §. circa infr. de doli mali except.* ad excluſionem earum exceptionum, quæ ex iure ciuili competunt, & quæ licèt à prætore ipſo dentur, tanquam qui ſit cuſtos & miniſter iuris ciuilis, ſunt tamen ciuiles magis quàm prætoriæ, qualis eſt exceptio Macedoniani, quam conſtat non tam ex æquitate vlla naturali inductam eſſe, ac fauore excipientis, quàm ex rigore iuris ciuilis, & odio creditoris *l. qui exceptionem 40. ſuprà de condict. indeb. l. ſed ſi paterfamilias 9. §. penultim infr. de Senatuſconſulto Macedoniano.* Ideóque non impedit exceptio hæc, quominus filiusfamilias qui mutuam pecuniam contra Senatuſconſultum accepit, obligetur naturaliter. Vnde

eſt quod

Digitized by Google

eſt quod nec repetit ſi ſoluat *dict. leg ſed ſi §. vlt. & l. ſeq. & d. leg qui exceptionem.* Proinde neq; exceptio hæc impediet conſtitutum, ad quod ſcilicet ſufficit debitum eſſe naturaliter id quod conſtituitur *d. l. 1. §. debitum ſupr.* In ſumma ſic videtur hoc temperandum, vt exceptiones fauorabiles & æquitate naturali ſuffultæ quæ ſoluti repetitionem inducerent, eædem impediant conſtitutum, quod ſolo æquitatis naturalis vinculo ſubnixum eſſe Prætor voluit: alioqui dicendum eſſet dandam quidem creditori actionem conſtitutæ pecuniæ, ſed adiuuandum conſtituentem eâdem exceptione, quam habiturus fuerat, ſi ante conſtitutum actione illa ciuili, qua tenebatur, conuentus fuiſſet, quod tamen abſurdum eſſet, quia Prætor aut ab initio non patitur conſtitutum valere, aut aduerſus conſtitutum quod valuit, nullam dat exceptionem conſtituenti. Addit Accurſius exceptionem, niſi conſtitutum per errorem facti & ignorantiam à filiofamilias factum proponatur ex *leg. vlt. ver. fr. de SC. Maced.* & rectè. Quamuis enim lex illa non de conſtituto loquatur, ſed de promiſſione per ſtipulationem facta & quidem animo nouandi, attamen æquè ad conſtitutum trahi poteſt, cùm error facti conſenſum impediat *l. ſed hoc ita 20. infr. de aqua & aqua pluu. arcend. leg. 2. ſupr. de iudic. leg. ſi per errorem 15. de iuriſd. leg. nihil conſenſui 116. §. vlt. de regul. iur.* Prætor autem non alia conſtituta quàm quæ ex conſenſu facta ſunt tuetur *leg. 1. in princip. ſupr.* Quid ergo ſi quis vltro conſtituat id quod ſciat ſe nullo iure debere? Accurſius poſt Bulgarum & Hugolinum putat eum teneri ex conſtituto, quaſi donaſſe videatur, ex regula *l. cum per errorem 53. de reg. iur. l. ſi quis delegauerit 12. infr. de nouat.* Ergo tamen contra puto, nec enim donatio fieri olim poterat per pactum nudum ante Iuſtiniani conſtitutionem in *l. ſi quis argentum 35. §. vlt. C. de donat.* ſed tantùm per traditionem aut ſtipulationem *l. Papinianus 23. de donat. int. vir. & vxor.* quorum neutrum interuenit in conſtituto. Quòd ſi alius eſt animus conſtituentis, alius verò promittentis *leg. 1. §. cum qui ſupr.* quanto magis verum eſt, alium eſſe animum conſtituentis, alium verò donantis? Denique conſtitutum quod non valet, quomodo vim donationis habere poteſt? Atqui conſtitutum non valet, niſi debitum aliquod præcedat, ſaltem naturale *dict. leg. 1. §. debitum.* Ergo nec iure donationis valere poteſt. Planè ſi conſtituens poſtea ſoluerit tanquam debitor ex conſtituto, cùm ſciret conſtitutum non valere, tum verò rectè dicemus factam videri donationem, non per conſtitutum, ſed per ſolutionem, nec proinde repetitioni locum fore, ex regula *dict. leg. cum per errorem.* Iunge quæ dicam ad *leg. hactenus 11. §. 1. infr.*

2 ¶ Si is, qui & iure ciuili, & prætorio debebat, in diem ſit obligatus, an conſtituendo teneatur? & Labeo ait teneri conſtitutum. quam ſententiam & Pedius probat, & adiicit Labeo, vel propter has potiſſimum pecunias, quæ nondum peti poſſunt conſtituta inducta. quam ſententiam non inuitus probarim. habet enim vtilitatem, vt ex die obligatus [a], conſtituendo ſe eadem die ſoluturum, teneatur.

*Ad §. vlt. Si is qui.*

RAT. DVB. Quod in diem certum debetur, licèt iam debeatur, quia dies ceſſit, non magis tamen peti poteſt, quàm ſi nondum deberetur, quoniam dies nondum venit *leg cedere diem 213. de verb. ſignific. leg ſtipulatio iſta 38. §. inter incertam leg qui hoc anno 42. leg. liber homo 118. §. decem hodie infr. de verb. oblig. leg. quod certa 70. de ſolut.* maléque ageret creditor, & tempore plus peteret, ideóque cauſa caderet, ſi ante diem ageret *leg. vnic. in fin. ſupr. quando dies vſusfr. legat. ced.* Ergo neque conſtitui vtiliter poteſt, ſicut neque compenſari interim poteſt *leg. quod in diem 7. leg. cùm militi 16. §. 1. infr. de compenſat.*

DEC. Vt conſtitutum valeat, ſufficit debitum eſſe iure naturali, vel prætorio id quod conſtituitur, licet peti non poſſit *dict. leg. 1. §. debitum ſupr.* Atqui quod in diem debetur, tam verè debitum eſt quàm ſi dies iam veniſſet, licèt peti nondum poſſit, ideóque nec ſi ante diem ſolutum ſit, repeti tamen poteſt *leg. in diem debitor 10. ſupr. de condict. indeb.* nec tamen interim compenſari poteſt, quia compenſatio petitionis vim obtinet *leg. amplius non peti 15. infr. rat. rem haber.* conſtitutum verò non petitionis vim habet, ſed ſolutionis *leg. idem eſt 10. infr. hoc titulo.* Ergo quemadmodum quod in diem debetur, ſolui ante diem poteſt, quia totum medium tempus liberum promiſſori ad ſoluendum eſſe intelligitur *dict. §. inter & dict. leg. quod certa leg. qui res 98. §. mihi dare eod. titulo.* ita & conſtitui. Et verò propter has potiſſimùm pecunias, quæ nondum peti poſſunt, inducta fuiſſe conſtituta Labeo dicebat, propter publicam vtilitatem, ad quam maximè pertinet, & ad libertatem commerciorum, vt facilius obligatio & contrahi poſſit, & contracta probari, vt ſcripſimus ad *leg. 1. §. debitum autem & ad ſeq. ſupr.* Conſtituta verò faciliùs fiunt quàm ſtipulationes, cùm neque ſolemnitatem verborum exigant, neque præſentiam eius, cui conſtituitur, ſed per epiſtolam & per nuncium fieri poſſint *leg. qui autem 14. § vlt. infr.*

a *Vt ex die obligatus.* RAT. DVB. Qui bis idem promittit ipſo iure ampliùs quàm ſemel non tenetur *leg. qui bis 18. infr. de verb. oblig.* niſi prior obligatio, & ex ea competens actio talis fuerit, quæ potuerit elidi per exceptionem *leg. ſi dari 25. eod. tit.* Ergo inutile eſt conſtitutum quo quis iam ex die obligatus conſtituit, eodem die ſe ſoluturum. Quid enim vtilitatis & commodi addit hoc conſtitutum ad præcedentem obligationem? Quòd ſi non ſunt fruſtrà multiplicanda entia, vt aiunt Philoſophi, cur patiatur multiplicari ſine cauſa, obligationes & actiones, quæ ſunt odioſæ, nec niſi litium & diſcordiarum materiam præbent? *l. in naue Saufeij 31. infr. locat.*

DEC. Plures eiuſdem generis & conditionis obligationes vnius eiuſdémque rei non admittuntur, nec plures actiones, vt puta plures ſtipulationes, plura conſtituta, pluréſque actiones aut ex ſtipulatione aut ex conſtituto. At nihil abſurdi eſt ex

varis cauſis, & diuerſis contractibus idem debe- ri *leg. non vt ex pluribus* 159. *de regul. iur.* Diuerſitas enim illa cauſarum & actionum facit vt in altera neceſſe ſit plus eſſe commodi vel incommodi, quàm in altera, nec parua vtilitas actoris eſt, vt electionem habeat, qua potiùs actione velit agere *leg. quod in herede* 9. §. *eligere infr. de tribut. action. leg. cùm filius* 76. §. *varijs de legat.* 2. *leg.* 1. *in princip. infr. quod legat.* §. *cæterùm Inſtit. quod cum eo qui in alien. poteſt. eſt.* In propoſito autem conſtituti vtilitas ſemper aliqua eſt, in eo maximè, quod cùm cæteræ actiones ferè omnes patiantur ſuas exceptiones, præſertim verò actio ex ſtipulatione *leg.* 2. §. *circa infr. de doli mali except. dict. leg. ſi dari* 25. *de verbor. obligat.* actio tamen ex conſtituto ſemper efficax eſt, nullámque timet exceptionem, niſi fortè in ſpecie *leg. id quod* 19. §. 1. *infr.* quia, vt in præcedentibus ſæpe diximus, conſtituta omnia pendent ex tanta æquitate naturali, vt nulla maior æquitas ea poſſit infringere, potiúſque dicendum ſit ab initio ea non valere, ſi qua æquitatis ratione impugnentur, vt docuimus ad §. *proxim. præced.* nihil ergo vetat eum qui iam ex die obligatus eſt, conſtituere eodem ipſo die ſe ſoluturum. Etſi enim nullum hîc repræſentationis commodum eſt, alia tamen eſſe poſſunt, inter quæ ſufficit commodum eſſe electionis. Veriùs tamen dici poteſt, aliquam ſemper vtilitatem eſſe conſtituti in eo, quod conſtituens non ad hoc tenetur, vt faciat id quod prima actione & conſtituto ipſo tenebatur, ſed vt præſtet quanti intereſt actoris quia non fecerit *leg. qui autem* 14. §. *ſed & ſi quis infr.* Quod autem Vlpianus hîc loquitur de eo qui iure ciuili & prætorio debebat, noli cum Accurſio ſic intelligere, quaſi de ſeparatis obligationum cauſis loquatur, quarum vna ſit ciuilis, altera verò naturalis ex pacto, puta vel ex iureiurãdo, vt actioni ciuili iungatur prætoria, vel è contrario prætoriæ iungatur ciuilis, vt in exemplo quod affert, ſi is qui priùs prætorio iure tenebatur, creditori ſuo legauerit id, quod debebat, quemadmodum in *l. ſi creditori* 28. *in princip. de legat.* 1. cum namque & ciuili & prætorio iure debere Vlpianus intelligit, qui iure ciuili ſic debitor eſt, vt nec iure prætorio poſſit negare ſe debitorem, cuiuſmodi eſt quiſquis actione aliqua ciuili tenetur, quam nulla exceptione prætoria poſſit ſummouere. Finge obligatum eum ex ſtipulatione facta ob iuſtam cauſam, aut ex contractu emptionis, alióve iuſto contractu ſiue ciuili, ſiue iuris gentiũ, ſed à iure ciuili adprobato *l. iuris gentium* 7. *in princip. ſupr. de pact.* Vtique obligatus idem eſt etiam iure prætorio, adeóque naturali. Prætorio quidem, quia Prætoris eſt actiones dare etiam quę ciuili iure competunt, cúmque dat, eas ſine exceptione approbat, naturali verò, quia cùm actiones illæ naſcantur ex obligationibus, obligationes autem omnes ex conſenſu aliquo præcedente *l. in omnibus rebus* 55. *l. in omnibus negotiis* 57. *infr. de oblig. & action. l.* 1. §. *conuentionis ſupr. de pact.* (licet non omnes conſenſu ſolo perficiantur §. *vlt. Inſtit. de oblig.*) aut ſaltem ex aliqua æquitate naturali, non egent alio modo per quem contrahi ſoleat naturalis obligatio, cùm nihil vetet eandem obligationem & ciuilem & naturalem eſſe diuerſis reſpectibus. De quo genere obligationum, id eſt, quæ & ciuiles ſint & naturales ſimul, non autem vel naturales tantùm, vel ciuiles tantùm, accipi debet quod ſcriptum eſt in *l. naturales* 10. *de oblig. & action. & in leg. fideiuſſor* 16. §. *naturales de fideiuſſ.* Et ita locum hunc intelligi debere conſtat ex §. *præcedente*, vbi opponitur is, qui iure ciuili debet, non prætorio propter exceptionem, ei de quo in hoc §. qui & ciuili & prætorio iure obligatus eſt, id eſt, vt explicauimus, qui ita iure ciuili obligatus eſt, vt nullam ex prætorio ſperare poſſit exceptionem.

4. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

## SEd & ſi citeriore die conſtituat ſe ſoluturum, ſimiliter tenetur.

*Ad l. Sed & ſi* 4.

RAT. DVB. Debitum quod conſtituitur, tale conſtitui intelligitur, quale eſt, id eſt, cum omnibus priſtinis ſuis qualitatibus, vt diximus ad initium huius legis ex *leg. id quod* 19. *infr.* Ergo quod debetur in diem vlteriorem, non poteſt conſtitui in citeriorem, præſertim cùm obligatio conſtitutæ pecuniæ acceſſoria ſit ad principalem, quam imitari & ſubſequi debet. Regula enim vtriuſque iuris & ciuilis & Pontificij eſt, acceſſorium ſequi debere naturam ſui principalis. Et verò qui exceptione aliqua tutus eſt, conſtituere non poteſt ſe ſoluturum, quod propter exceptionem videtur indebitum §. 1. *l. prox. ſupr.* qui autem debitor eſt, in diem habet exceptionem ſi ante diem conueniatur *l. vnic. in fin. ſup. quando dies vſusfr. legat. ced.* DEC. Quod in diem longiorem debetur, etiam ante diem ſolui poteſt, vt diximus ad §. *vlt. legis præcedentis.* Ergo & conſtitui, quia conſtitutum loco ſolutionis cedit *l. idem eſt* 10. *infr.* nec eo minùs valere debet, quòd in diem citeriorem conſtituta ſit pecunia: imò tanto magis, quòd hoc caſu conſtitutum habet commodum repræſentationis, quod non habet in ſpecie *d.* §. *vlt. ſupr. prox.* Exemplo eius quod in legato rei debitæ obtinet, vt ſi repræſentationis commodum aliquod habeat, valeat *l. ſi crediteri* 28. *& ſeq. de legat.* 1. *l. debitor* 82. *de legat.* 2. Quamquam in eo diſtat hac parte legatum à conſtituto, quod non aliter valet, quàm ſi habeat commodum aliquod repræſentationis, conſtitutum autem nihilominùs valet propter alias vtilitates quas habet *d.* §. *vlt. ſupr.* nec impediri conſtitutum ex eo poteſt, quod qui in diem debet habeat exceptionem ſi conueniatur ante diem. Eſt enim exceptio illa temporalis non perpetua, qualis tamen eſſe deberet ad impediendum conſtitutum, ſicut & ad inducendam condictionem indebiti *l. ſi is qui* 24. *l. ſi non ſortem* 26. §. *indebitum l. qui exceptionem* 40. *ſupr. de condict. indeb. leg. creditores* 10. *leg. creditor* 55. *de verb. ſignific.* Sed cũ poſſit quis cõſtituere non tantũ quod ipſe, ſed etiã quod alius debet, dubitatio maior eſt, an cõſtitutũ valeat, ſi quis cõſtituerit ſe ſoluturũ in diem citeriorẽ, quod alius debet in vlteriorem. Accurſius putat valere, quaſi hæc vna ſit ex differẽtiis, quæ ſunt inter conſtitutorẽ & fideiuſſorẽ, quẽ cõſtat non poſſe in plus obligari, quàm obligatus ſit reus principalis, nec in duriorem & grauiorem cauſam §. *item ſi ille Inſtitut. de fideiuſſor.* Ego verò admitto quidem permultas eſſe inter cõſtitutorẽ, & fideiuſſo-

iuſſo-

Digitized by Google

inſſorem differentias, quarum nonnullas attulimus ad *l.1. in princip. ſupr.* ſed non tamen poſſum hanc admittere, quia non in fideiuſſore tantùm ita ius eſt, vt in plus obligari non poſſit, nec in duriorem cauſam, ſed commune illud eſt in vniuerſis qui pro aliis obligantur, vt ſcriptum eſt in *leg. gracè* 8. §. *illud commune infr. de fideiuſſ.* quomodo illud etiam, vt qui pro aliis intercedunt, ac proinde etiam conſtitutores habeant beneficium diuiſionis & diſcuſſionis, *l. vlt. C. hoc tit. Nouell. 4. de fideiuſſ.* Negari autem non poteſt, quin is qui conſtituit ſe ſoluturum quod alius debet ſe obliget pro alio, tanquam acceſſio & interceſſor: vnde eſt, quod nec ita conſtituere mulieres poſſunt *d. l. 1. §. 1. ſupr.* quia intercedere Senatuſconſulto prohibentur. Illud certè indubitatum eſt, quod addit Accurſius, ſi quis conſtuat purè vel in diem id quod ſiue ipſe ſiue alius ſub condicione debeat, valere quidem conſtitutum, ſed tamen eâdem condicione ſuſpendi, vt non priùs teneatur quàm condicio extiterit, multóque minùs conueniri priùs poſſit debitor, *d. l. id quod* 19. *infr* quia nec deberi adhuc intelligitur quod ſub condicione debetur *l. cedere diem* 213. *de verb. ſignific.* Propter quam cauſam videbatur poſſe dici nec valere huiuſmodi conſtitutum, quaſi nullo adhuc debito ſubſiſtente ex regula *l. 1. §. debitum* 1. *ſupr.* ſed benignius viſum eſt valere, quia ſufficiat ſpem debiti ſubeſſe, vt conſtituti quoque validitas ſperari poſſit, quomodo dicimus puram ſtipulationem nouari poſſe per condicionalem, ſed ita vt non priùs fiat nouatio quàm poſterioris ſtipulationis condicio extiterit *leg. ſi Stichum* 8. §. 1. *leg. quoties* 14. *infr. de nouat.*

5. VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

EVm, qui Epheſi promiſit ſe ſoluturum, ſi conſtituat alio loco ſe ſoluturum, teneri conſtat.

*Ad l. Eum qui Epheſi* 5.

RAT. DVB. Non poteſt conſtitui niſi quod debetur *l. 1. §. debitum autem ſupr.* Atqui quod certo loco debetur omni alio loco indebitum eſt, vt ex eo apparet quod alibi ſolui inuito ſtipulatore non poteſt *l. pen. ſupr. tit. prox. l. qui certo loco* 27. *ſupr de condict. indeb.* nec quod etiam alio loco per arbitrariam peti poſſit *l. 1. 2. & paſſ. eod* ad rem facit. Fit enim id vi & poteſtate actionis arbitrariæ & æſtimata loci vtilitate, quæ porrò non alia de cauſa æſtimatur, quàm vt appareat id quod certo illo loco debitum fuit, nullo alio debitum fuiſſe. Ergo quod Epheſi tantùm debetur, non poteſt debitor conſtituere ſe alio loco ſoluturum. DEC. Etiam id quod certo loco debetur, alio quocunq; loco ſolui poteſt volente creditore, adeóque inuito eo, ſi ſolutio offeratur antequàm perueniri poſſit ad locum ſolutioni deſtinatum *l. continuus* 137. §. *cùm ita inuct. l. eum qui Calendis* 41. §. 1. *infr. de verb. oblig. & l. qui Romæ* 122. *in princip. eod. l. 2. §. qui ita ſtipulatur ſupr. tit. prox.* Atqui conſtitutum ſolutionis loco cedit, vt ſæpius ſuprà diximus ex *l. idem eſt* 10. *infr. hoc tit.* nec fit niſi volenti. Ea namq; demùm conſtituta cuſtodit Prætor quæ ex conſenſu facta ſunt *l. 1. in princip. ſup.* Ergo nihil vetat debitorem, id quod Epheſi debeat conſtituere ſe alio loco ſoluturum, nec eo minùs tamẽ etiam alio loco conueniri poterit, ſi actor velit, neque id per arbitrariam actionem, vt malè putat Accurſius, ſed exemplo arbitrariæ actionis, vt loquitur Vlpian. in *l. ſi duo* 16. §. 1. *infr.* vbi dicemus.

1 ¶ Iulianus, legatum Romæ conſtituentem, quod in prouincia acceperat, putat conueniri debere. quod & verum eſt, ſed & ſi cùm non Romæ eſſet [a], ſed in prouincia adhuc, conſtituit ſe Romæ ſoluturum: denegatur in eum actio de conſtituta.

*Ad §. 1. Iulianus.*

RAT. DVB. Quoties quis in legatione conſtituit, quod ante legationem debuerit, non cogitur ibi iudicium pati vbi conſtituit *l. ſi quis in legatione* 8. *ſupr. de iudic.* præualet enim cauſa conſtitutæ pecuniæ, & origo, vt ſcriptum eſt in *l. qui id quod* 33. *infr. de donat.* Habet autem priuilegium legatus de omni eo quod ante legationem contraxit, etiamſi Romæ contraxerit *leg. 2. §. omnes de iudic.* Secus eſt ſi contraxerit Romæ, cùm iam eſſet ibi legatus *leg. cùm furioſus* 39. §. 1. *eod.* Ergo ſi legatus Romæ conſtituat id quod in prouincia acceperat, non tamen debet conueniri Romæ, ſed priuilegium ei ſuum conſeruandum eſt, quod habet reuocandi domũ.

DEC. Multùm intereſt, an legatus Romæ conſtituat ſe ſoluturum Romæ eam pecuniam, quam in prouincia mutuam acceperat, licet ante legationem, an verò conſtituat ſimpliciter eam ſe ſoluturum. Priore caſu poteſt & debet legatus conueniri Romæ, vbi & conſtitutum factum & ſolutio deſtinata fuit ipſo iam tempore legationis. Poſteriore verò caſu habet legatus priuilegium reuocandi domum, quia legatus conſtituendo ſimpliciter Romæ non ideo credendus eſt, conſtituere ſe ſoluturum Romæ, ſed potiùs in loco ſui domicilij, niſi ſe tum primùm Romæ contraxerit. Et autem hic locus de priore caſu intelligendus neceſſariò. Alioquin eorum ſententiam ſequerer, qui putant addita negatione hîc legendum *conueniri non debere.* Planè in ſequentibus lego aduerſatiuè *ſed ſi* non ampliatiuè *ſed etſi.* Vide quæ de huius §. lectione & ſententia ſcripſi ad *dict. leg. ſi quis legationis* & ad *dict. leg. cùm furioſus* §. 1. *& in error.* 7. *decad.* 90. contra interpretes noſtros & Cuiacium ipſum *libr.* 23. *Obſeruat. cap.* 17.

a *Sed ſi cùm non Romæ eſſet.* RAT. DVB. Lectus qui in legatione iam conſtitutus Romæ contraxit, nullum habet priuilegium reuocandi domum *dict. leg. cùm furioſus* 39. §. 1. *ſupr. de iudic.* ſed de eo tantùm quod contraxit antequàm eſſet in legatione *dict. leg. 2. §. omnes eod.* Atqui contraxiſſe vnuſquiſque intelligitur in eo loco, in quo, vt ſolueret, ſe obligauit *leg. 3. infr. de reb. author. iudic. poſſid. l. contraxiſſe* 21. *de oblig. & action* Ergo ſi legatus cùm non Romæ eſſet, ſed adhuc in prouincia, conſtituerit ſe Romæ ſoluturum, non eſt deneganda in eum actio de conſtituta pecunia. DEC. Fictio illa iuris, quæ facit, vt contraxiſſe quis videatur, etiam in eo loco, in quo, vt ſolueret, ſe obligauit, non tollit veritatem, nec facit vt eo minùs verum ſit contra-



Digitized by Google

xiſſe quem in eo quoque loco in quo re vera contraxit: præſertim verò cùm in loco domicilij ſui contraxit, in quo vtique & conueniri poteſt, & defendere ſe debet *l. heres abſens 19. §. vlt. ſupr. de iudic. l. 1. & 2. de reb. author. iudic. poſſid.* Ergo ſi quis, cùm nondum Romæ eſſet, ſed adhuc in prouincia, conſtituerit ſe Romæ ſoluturum priuilegio ſuo adiuuandus eſt, ne poſſit Romæ conueniri de conſtituta pecunia, etiamſi iam ipſo legationis tempore contraxerit, cùm in prouincia non Romæ contraxerit. Multo magis idem dicendum erit, ſi ponas conſtitutam fuiſſe pecuniam ante legationem: quod & Vlpiani verba ſatis apertè videntur præ ſe ferre, & quæ poſtrema Accurſij interpretatio eſt. Nam etſi Romæ ante legationem legatus contraxiſſet, priuilegium tamen haberet *leg. non diſtinguemus 32. §. item ſi quis ſupr. de recept. qui arbitr. recept.* Ergo & cùm non Romæ contraxit, ſed in prouincia conſtituit ſe Romæ ſoluturum, conueniri tamen Romæ non poteſt, non quia Romæ contraxiſſe non videatur, ſed quia priuilegium habet, propter legationem ſcilicet, cùm ante legationem contraxit. Alioqui pugnaret hæc ſententia cum principio huius §. In eóque malè Accurſius à Bartolo eſſet reprehenſus.

2 ¶ Quod exigimus, vt ſit debitum, quod conſtituitur: in rem exactum eſt: non vtique, vt is, cui conſtituitur, creditor ſit. nam & quod ego debeo, tu conſtituendo teneberis: & quod tibi debetur[a], ſi mihi conſtituatur, debetur.

*Ad §. 2. Quod exigimus.*

RAT. DVBIT. Indebitum conſiderari debet etiam ex parte conſtituentis, ſicut & cùm de indebiti condictione quæritur indebitum conſideratur etiam ex parte ſoluentis *leg. ſi pœna 19. §. 1. ſupr. de condict. indeb.* Ergo quod exigimus vt debita ſit pecunia quæ conſtituitur, ſic intelligi debet, vt debita ſit ab eo ipſo qui conſtituit, non ab alio. DEC. Verba huius edicti quæ de pecunia debita & conſtituta loquuntur, in rem concepta ſunt non in perſonam *leg. 1. §. 1. ſupr.* nec aliud exigunt niſi vt debita ſit pecunia, non adhibita diſtinctione à quo ſit debita. Ergo nec nos diſtinguere debemus *vulg. leg. precio 8. ſupr. de Public. in rem act.* Nec ſanè publica commerciorum vtilitas minùs exigit, vt cōſtitui poſſit quod ab alio, quàm conſtituente debetur, quàm quod ab ipſo conſtituente, nec minùs fidem frangit qui pecuniam ab alio debitam conſtituit, nec ſoluit, quàm qui debitam à ſeipſo: Ergo ad eum quoque edicti æquitas & vtilitas pertinet. Illud duntaxat obſeruandum eſt, ne quis conſtituat pecuniam ab alio debitam, quaſi à ſe debitam. Tunc enim conſtitutum non valeret, vt benè hîc docet Bartolus, quaſi deficiente conſenſu propter errorem *leg. 2. ſupr. de iudic. leg. ſed hoc ita 22. de aqua & aqua pluu. arcend.* cùm non alia conſtituta Prætor hoc edicto tueatur, quàm quæ ex conſenſu facta ſunt *leg. 1. in princip. ſupr.* Sed & illud notatu dignum eſt conſtituentem pro alio cùm ſit intereeſſor, habere beneficium diuiſionis quod fideiuſſoribus datum eſt per epiſtolam diui Hadriani, eadem ſcilicet vrgente æquitatis ratione *l. vlt. Cod. hoc tit.* Ergo & beneficium diſcuſſionis ex *Nouell. 4. de fideiuſſ.* vt diximus ad *l. prox. ſupr.*

a *Et quod tibi debetur.* RAT. DVB. Nemo poteſt ſtipulando id quod mihi debetur, auferre mihi actionem niſi ex voluntate mea id faciat *l. ſi Stichū 8. in fin. infr. de nouat.* Ergo nec ſi quis conſtituat mihi quod tibi debetur, facere ideò poteſt, vt mihi deberi incipiat, non tibi. DEC. Conſtitutum eius pecuniæ quæ alij debetur, quàm ipſi conſtituenti non liberat debitorem quominus priori ſuo creditori teneatur, quia nec habet conſtitutum vim nouationis, quomodo habet ſtipulatio, ſi nouandi animo interpoſita ſit. Atquin is qui conſtituit ſe ſoluturum vni, quod alij debetur, ita debet conſtituiſſe, vt ſoluendo ſe liberet, quoties conſtitutum valet. Dicendum eſt igitur non aliter conſtitutum hoc valere poſſe, quàm ſi fiat ex voluntate veri creditoris, quia nec aliter ſtipulatio valeret ad liberandum debitorem, quamuis ſtipulatio non minoris poteſtatis eſſe debeat, quàm conſtitutum *§. de conſtituta Inſtit. de action.* Ne ſcilicet aliter poſito iure accidat vt alterius facto creditori inuito actio adimatur, quod iuris ratio ferre non poteſt *d. leg. ſi Stichum in fin. l. Granius 71. §. pen. de fideiuſſ.* quamuis in poteſtate ſit cuiuſlibet ſoluentis pro me inuito, vt me inuitum quoque liberet *l. ſoluendo 39. ſupr. de negot. geſt. l. ſolutione 23. infr. de ſolut.* Fauorabilior nimirum eſt liberatio, quæ nec debitori nec creditori facit iniuriam, quàm ſit ea quæ inuito creditori ſuam adimeret actionem. Et ita benè Accurſius & Bartolus locum hunc intellexerunt.

3 ¶ Iulianus quoque libro vndecimo ſcribit: Titius epiſtulam ad me talem emiſit: *Scripſi ſecundùm mandatum Seij, ſi quid tibi debitum adprobatum fuerit, me tibi cauturum, & ſoluturum ſine controuerſia.* tenetur Titius de conſtituta pecunia.

*Ad §. 3. Iulianus quoque.*

RAT. DVB. Omne conſtitutum præſupponit debitam eſſe pecuniam, quæ conſtituitur *leg. 1. §. debitum ſupr.* nec poteſt conferri in tempus futurum quo pecunia debebitur ſi nondum debeatur, niſi expreſsè differatur in id tempus quo erit debita, vt non priùs incipiat obligatio acceſſoria, quàm principalis *leg. id quod 10. infra.* Atqui in propoſita ſpecie videtur conſtitutor obligari priuſquàm principalis obligatus ſit, cùm promittat ſe cauturum & ſoluturum, quòd à Seio debitum eſſe apparebit: verum enim eſt quod iactari ſolet, non entium & non apparentium idem eſſe iudicium *§. ſi aduerſus Inſtitut. de nupt. leg. duo ſunt Titij 30. infr. de teſtament. tutela.* Ergo non poteſt is, qui talem epiſtolam ſcripſit, qualis hîc ex Vlpiano & Iuliano proponitur, conueniri de conſtituta pecunia: maximè verò, cùm non tam conſtituiſſe

videa-

videatur quàm promiſiſſe ſe conſtituturum. Quid enim aliud ſignificant verba illa epiſtolæ *ſcripſi me cauturum & ſoluturum* niſi illud ipſum, quod ſignificarent, ſi ſcriptum eſſet *ſcripſi me conſtituturum, & poſt quàm conſtituerim me ſoluturum.* Alioqui nullum in tota hac epiſtola conſtituendi verbum eſt, aut quod pro conſtituto poſſis accipere, ſine quo tamen ſaltem per æquipollens expreſſo vix eſt, vt conſtitutum fieri poſſit, quemadmodum colligi poteſt ex omnib. ferè conſtituti exemplis quæ in hoc tit. proponuntur. Atqui aliud eſt, ſi quis conſtituat, aliud verò ſi pacto nudo promittat ſe conſtituturum, ſicuti ſolemus dicere venditionem & locationem licet fiat nudo conſenſu, vt & conſtitutum, differre multùm à pacto de vendendo & locando, vt tractat Bartolus ad *l. vlt. ſup. condict. cauſ. dat.* neque promiſit Prætor daturum ſe actionem de cõſtituta pecunia ex pacto conſtituendæ pecuniæ, ſed ex pacto quo fuerit conſtituta *d. l. 1. in princip. & §. 1. ſupr.*

D s c. Aliud eſt iam ſubeſſe debitum, aliud verò iam probatum eſſe. Poteſt enim fieri, vt iam ſubſit, necdum tamen probatum ſit: quod cùm euenit, ſecutis poſteà probationibus, non ad probationum tempus referendum eſt debitum, ſed probationes ad tempus debiti *l. in lege Aquilia* 40. *ſupr. ad l. Aquil.* nec enim probationes veritatem faciunt, ſed eam, quæ eſt, probant. Nihil ergo vetat conſtitui debitũ etiam de quo nondum appareat, ſi modò iam contractum ſit, ſicut & illud poteſt conſtitui, cuius debitor nullus adhuc apparet *l. hactenus* 11. *infr.* Sed nec quicquam prohibet conſtitui futurum debitum, quomodo & fideiuſſor & pignus accedere poteſt etiam futuræ obligationi, quamuis ex obligationes æquè acceſſoriæ ſint *l. 4. l. 6. §. vlt. infr. de fideiuſſ. l. 5. de pignor.* Eodem enim iure cenſentur conſtitutores quo fideiuſſores, cùm omnes ſint interceſſores, niſi in iis de quibus aliter iure cautum & expreſſum eſt. Cæterùm quamuis aliud ſit conſtituere, aliud verò velle conſtituere, cùm tamen cõſtitutum nudo conſenſu fiat, & per epiſtolam, nec verborum ſolemnitatem deſideret *l. qui autem* 14. *§. vlt. infr.* non eò minùs conſtitutam fuiſſe pecuniam credendum eſt, quòd qui epiſtolam ſcripſit, conſtituendi verbo vſus non ſit, dummodò conſtet de mente & animo conſtituentis *d. l. 1. §. eum qui ſupr.* Apparet autem ſatis ex eo quòd in epiſtola ſcripſit ſe cauturum & ſoluturum, quod à Seio debitum eſſe probabitur. Nam qui ſcribit ſe non modò cauturum, ſed etiam quod amplius eſt, ſoluturum, an non hoc ipſo ſatis conſtituit? Ergo de conſtituta pecunia cõueniri rectè poteſt, quaſi facto per æquipollentia verba conſtituto: non enim videtur quicquã ſub condicione promiſiſſe, ſed abſolutè: verba ſiquidem illa *ſecundum mandatum Seij* non condicio, aliter accipienda ſunt, ſed demonſtratiuè, quomodo hîc benè notat Bartolus: quod & in dubio de aliis quibuſlibet verbis ſimilibus ſemper præſumendum eſt. Itaque non diſplicet quod interpretes vulgò putant, ſi quis per ſtipulationem ſe obliget, de ſe per ſtipulationem obligando, ſatis hoc ipſo videri eum ex ſtipulatione obligatum, & ex ea conueniri poſſe, circuitus, vt aiunt, euitandi gratia, qui eſſet alioquin inutilis & ſuperfluus, ſic enim ex communi aliorum ſententia Boetius *deciſ. 3. ex leg. dominus* 53. *ſupr. de condict. indeb.* probatúrque meliùs ex hoc §. vt mihi quidem videtur.

4 ¶ Sed ſi quis conſtituerit, alium pro ſe ſoluturum, non ſe pro alio, non tenetur. & ita Pomponius libro octauo ſcribit.

*Ad §. 4. Sed ſi quis conſtituerit.*

R a t. d v a. Qui conſtituit alium pro ſe ſoluturum, hoc ipſo agnoſcit ſe debitorem, nec enim pro alio ſoluitur, quod pro non debitore ſoluitur. Ergo licet alium obligare non poſſit, quem pro ſe conſtituit ſoluturum, ſeipſum tamen obligat, quaſi etiam ipſe conſtituere pro ſe videatur, cùm id facere ipſe poſſit, nudáque voluntas eius in hanc rem ſufficiat. D s c. Promittere de ſe quiſque non de alio debet ſiue ex conſtituto, ſiue ex ſtipulatione aut quo alio modo ſe obligare velit *l. ſtipulatio iſta* 38. *in princip. de verb. oblig. § ſi quis alium Inſtit. de inutil. ſtipulat.* neque enim ferendum eſt, vt ex alieno facto & contractu quiſquam obligetur ſiue inuitus ſiue ignorans, (niſi iure poteſtatis vel ſucceſſionis, vt Accurſius hîc excipit) multo minùs vt ex alieno contractu actio quæratur *leg. quæcunque* 11. *infr. de oblig. & action. iunct. l. non debet* 71. *l. melior* 133. *de regul. iur.* Ergo conſtituti verba debent concipi in perſona ipſius conſtituentis, & eius cui conſtituitur, vt benè hîc notat Accurſius. Planè ſi ponas me conſtituiſſe pro me & Titio non conſentiente, certum eſt non valere conſtitutum, quod ad Titij perſonam attinet, quod ad me autem valere, ita vt obliger non pro dimidia duntaxat parte, ſed in ſolidum, vt idem Accurſius ſubiicit. Volui enim obligare me quod facere potui in ſolidum, Titium autem æquè obligare quidem volui, ſed non potui, nec in ſolidum, nec pro parte. In eóque differt hic caſus à ſuperiore, in quo is qui pro ſe alium ſoluturum conſtituit, nec obligatur ipſe, quia noluit obligari, nec alium obligat, quia non potuit, vt & in ſpecie *leg. multùm intereſt* 8. *Cod. ſi quis alter. vel ſib. l. quoties* 9. *infr. de hered. inſt.* Sed quid ſi nulla perſona demonſtrata conſtitutum imperſonaliter conceptum ſit? Quid item ſi per hæc verba *ſatisfiet tibi à me aut à Titio*, vt in ſpecie quam Accurſius proponit, aut etiam hoc modo *ſatisfiet tibi à me & à Titio?* Æquè dicendum erit, ait, caſu ſecundo Titium nullomodo fore obligatum, me verò fore in ſolidum, ſed poſteriore caſu, non patitur Iuſtinianus obligari me niſi pro mea parte *Nouell.* 115. *vt cùm de appellat. cognoſc. §. vlt.* vbi addit, nec pro mea parte me teneri, ſi imperſonaliter cõſtitutum ita factum proponatur *ſatisfiet tibi.* Et ita ad tres illas quæſtiones reſpondendum eſt.

5 ¶ Item, ſi mihi conſtituas te ſoluturum, teneberis. Quod ſi mihi conſtitueris, Sempronio te ſoluturum, non teneberis.

*Ad §. 5. Item ſi mihi.*

R a t. d v b. Cùm mihi conſtituis te Sempronio ſoluturũ, nõ ideo cõſtituis Sẽpronio ſed mihi. Adiicitur enim Sempronius ad ſolutionem non ad obligationem, quod longè diuerſum eſt, *l. ſi duo* 128. *in fin. de verb. oblig. iunct. l. cum qui* 56. *§. qui ſibi eod. l. Stichũ aut Pamphilũ* 95. *§. quæſitum de ſolut.* Atqui ſi mihi conſtituas te ſoluturum, indubitatè mihi teneris ex cõſtituto, vt ſcriptũ eſt initio huius §. Ergo & cùm

mihi conſtituis te Sempronio ſoluturum, æquè mihi teneri debes, licet Sempronio non tenearis.

D e c. Quemadmodum ſtipulatio quælibet vel in dando vel in faciendo conſiſtit, ita & omne conſtitutum eſt de ſoluendo, quiſquis enim conſtituit, nihil aliud conſtituit quàm ſe ſoluturum. Ergo et ipſi cui conſtituitur, non alij: nec enim per liberam acquiri alij poteſt obligatio conſtituti, vt nec alia quælibet *l. ſolutum 11. §. per liberam inſr. de pignor. act. l. fundus ille 64. de contr. empt. l. quæcunque 11. de oblig. & action. l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri de verb. oblig. l. multum intereſt 6. in fin. Cod. ſi quis alter. vel ſib.* niſi cùm libera illa perſona miniſterium nudum præſtat, vt in *leg. & licet 15. inſr. hoc titul. l. quod meo 18. inſr. de acquirend. poſſ.* Prius que eſt, vt obligatio conſtituti in perſona mea conſiſtat, quàm vt Sempronius, quem conſtat obligationis gratia adiici non potuiſſe, ſolutionis tamen cauſa vtiliter adiectus videri poſſit, cùm ſolutio quælibet ſupponat præcedētem obligationem. Itaq; ſic concipi debuit conſtitutum, vt conſtitueres te mihi aut Sēpronio ſoluturum: quo caſu acquireretur mihi obligatio conſtituti, Sempronio autem facultas accipiendæ ſolutionis *l. ſi verò 8. inſr.* Verba enim conſtituti referri debent ad eum cui fit non ad alium, vt benè hîc notat Bartolus, niſi, inquit, alius ille fingatur idem ratione poteſtatis vel legitimæ adminiſtrationis, vt excipiātur procurator, tutor pupilli, actor municipum, curator furioſi, ſeruus is qui bona fide ſeruit, & filiusfam. de quib. agitur in §§. & legib. ſequentibus.

6 ¶ Iulianus libro vndecimo digeſtorum ſcribit, procuratori conſtitui poſſe. quod Pomponius ita interpretatur, vt ipſi procuratori conſtituas te ſoluturum, non domino.

*Ad §. 6. Iulianus libro vndecimo.*

R a t. d v b. Procuratoris perſona licet ſit libera nudum tamen miniſterium ei præſtare intelligitur cuius procurator eſt, *l. & licet 15. inſr. hoc tit. l. quod meo 18. inſr. de acquir. poſſeſſ.* Ergo poteſt quis etiam procuratori alterius ita conſtituere, vt conſtituat ſe non ipſi procuratori, ſed domino ſoluturum.

D e c. Per liberam procuratoris perſonam nihil acquiri nobis poteſt, excepta ſola poſſeſſionis cauſa, quam vtilitatis gratia excipi debere viſum eſt, *l. 1. Cod. per quas perſon. nob. acquir. l. ſolutum 11. § pen. & vlt. inſr. de pignor. act.* Atqui ex conſtituto naſcitur actio in fauorem eius cui conſtituitur *l. 1. ſupr.* Ergo non poteſt ita conſtitui procuratori, vt qui conſtituit, promittat ſe ſoluturum domino. Quid igitur? Conſtituere debet ſe ſoluturum procuratori. Sic fiet vt obligatio conſtituti acquiratur procuratori, procurator autem ea cedere poſtmodùm domino cogatur actione mandati *leg. etſi poſſeſſis 49. §. vltim. inſr. de acquir. poſſ.* Is tamen qui conſtituit, poteſt conſtituere non per procuratorem, ſed per nuncium, quia hoc caſu nudum miniſterium duntaxat præſtari videtur *d. l. & licet* cùm nihil interſit an quis per ſe, an per alium ſe obliget: quod enim quis per alium facit, per ſeipſum facere videtur, vt eſt in regula iuris pontificij *l. ita autem 5. §. quòd ſi quis tutelam inſr. de admin. tutor.* Denique facilius eſt vt per alium quis obligetur, quàm vt alteri per alterum actio acquiratur, & facilius quoque, vt per nuncium quis aut obligetur, aut ſibi obliget quàm vt per procuratorem *l. qui autem 14. §. vlt.* vbi dicemus *inſr.* Planè ſi fortè procuratori præſentis conſtitutum ſit, dabimus actionem vtilem conſtitutæ pecuniæ etiam domino ſine vlla ceſſione, exemplo eius quod de procuratoris ſtipulatione ſcriptum eſt in *l. ſi procuratori 79. de verb. oblig.*

7 ¶ Item tutori pupilli cōſtitui poteſt, & actori municipū, & curatori furioſi.

*Ad §. 7. Item tutori.*

R a t. d v b. Per liberam perſonam alteri quæri actio nulla poteſt, vt diximus in præcedentibus. Atqui perſona tutoris, & actoris municipum, & curatoris furioſi libera eſt: nec enim ſeruus aut tutor eſſe poteſt aut actor municipum aut curator furioſi *§. 1. Inſtit. qui teſtam. tutor. dar. poſſ.* Ergo non magis tutori pupilli, vel actori municipum, vel curatori furioſi, quàm procuratori conſtitui poteſt. Quid enim aliud hi omnes ſunt quàm veluti quidam procuratores? Vnde & procuratori tutor hac parte cōparatur *l. ſolutum 11. §. per liberam inſr. de pignor. act.*

D e c. Tutor pupilli & curator furioſi in eo plus iuris habent quàm procurator, quòd vice & loco dominorum ſunt, cùm rem pupilli vel furioſi tractant *l. ſi qui in puteum 11. §. an ignoſcitur inſr. quod vi aut clam, l. qui fundum 7. §. ſi tutor inſr. pro emptor.* idq; non ex voluntate hominis, ſed ex poteſtate legis. Ideóque quod conſtituitur tutori pupilli vel curatori furioſi, non alij quàm ipſi pupillo vel furioſo conſtitutum eſſe intelligitur, adeò vt nec vlla ceſſione opus ſit ad actionem conſtitutæ pecuniæ in pupillum vel furioſum transferendam, quia nec tutori ipſi, vel curatori furioſi aliqua actio ſiue directa ſiue vtilis ex eiuſmodi conſtituto competit, præſertim cùm conſtitutum ſolutionis loco cedat *l. idem eſt 10. inſr.* nemo autem dubitet quin & tutori pupilli & curatori furioſi ſolui poſſit. Quinimò ſi ex pecunia pupilli vel furioſi obligatio & cauſa conſtitutæ pecuniæ proficiſceretur, & conſtitutum ipſi tutori pupilli vel curatori furioſi factum proponeretur, nulla quoque pupilli vel furioſi facta mentione, dicendum eſſet etiam pupillo ipſi vel furioſo acquiſitam vtilem actionem conſtitutæ pecuniæ *l. 2. inſr. quand. ex fact. tutor. l. 2. & 4. C. eod.* nam quod dicitur quaſi pro iuris regula, per tutorem nō quæri actionem pupillo *l. vlt. eod.* tunc locum habet cùm tutor proprio nomine contraxit, non quaſi tutor. Quo tamen caſu regula exceptionem patitur, adeóque diuerſas exceptiones, quod ſignificat *d. l. vlt.* iis verbis *niſi certis ſu cauſis* inter quas præcipua illa eſt, quam diximus, ſi tutor proprio ſuo nomine, ex re tamen & pecunia pupilli ad ſuam non ad pupilli vtilitatem contraxerit. Idémq; in furioſi curatore iuris eſt, quia hic quoq; ius habet in perſonam pupilli ex lege duodecim tabularum *l. 1. inſr. de curat. furioſ.* Quod in curatore minoris diuerſum eſt, datur enim ille rebus minoris principaliter, nullomodo perſonæ. Quæ ratio eſt eius, quod ſcribitur in *l. puberes 101. de verbor. oblig.* Tutor verò & curator furioſi perſonæ principaliter, bonis autem non niſi per conſequentiam *dict. leg. 1. de curat. furioſ. l. quoties 12. §. cùm tutor. de adminiſt. tutor.* Et idcircò de curatore furioſi tantùm Vlpianus hîc loquitur, non etiā

de cu-

de curatore minoris: quamuis in ſpecie *§. ſi actori. infr.* eadem conſtituatur ratio adoleſcentis quæ furioſi, cùm ſcilicet conſtitutum eſt ſolui adoleſcenti ipſi, non item curatori. Non enim quod adoleſcenti debetur, etiam curatori eius deberi intelligitur, vt vel conſtitui vel ſolui curatori poſſit ſine minore, tametſi cùm minori ſoluitur, curatorem adhiberi, ciúſque authoritatem interuenire oporteat *l. ait prætor 7. §. ſed etſi ei. ſupr. de minor. & tit. C. ſi tut. vel curat. interuen.* At quod pupillo vel furioſo debetur etiam tutori, aut curatori conſtitui poteſt, quia & tutori & curatori debitum intelligitur. Et quemadmodum ex curatoris ſtipulatione non poteſt adoleſcenti quæri actio, ita neque ex conſtituto quod factum ſit curatori, niſi conſtitutum ſit ſolui ipſi adoleſcenti, vt in *d. §. ſi actori.* Quod verò ad actorem municipum pertinet, habet hoc non tam ex ratione iuris, quàm ex priuilegio, vt ei conſtitui nomine municipum poſſit vtilitatis gratia, quoniam alioqui municipibus conſtitui numquam poſſet, nec alia actio vlla eis acquiri, quia conſentire vni non poſſunt *l. 1. §. vlt. l. 2. de acqu. poſſ.* conſtitutum autem non fit ſine conſenſu *l. 1. in princip. ſupr.* vt nec alius vllus contractus *l. in omnibus 55. & l. 57. inf. de oblig. & act. l. 1. §. conuentionis. ſupr. de pact. l. item eorum 6. §. vlt. l. vlt. ſupr. quod cuiuſq. vniuerſ. nomin.* Sed priuilegium hoc non tam eſt actoris, quàm municipum, quib. alioquin commercio interdictum videretur, quod iniquum & ab vtilitate publica alienum eſſet *d. l. quod ſi minor 24. §. quæſitum. ſupr. de minor. iunct. d. l. 2. de acq. poſſ.*

8 ¶ Sed & ipſi conſtituentes tenebuntur.

*Ad §. 8. Sed & ipſi.*

RATIO DVB. Secundùm naturam eſt cuiuſque rei commoda eum ſequi quem ſequuntur incommoda *vulg. l. ſecundùm naturam 10. de regul. iur.* Atqui cùm tutori pupilli vel curatori furioſi vel actori municipum actio non ipſis quæritur, ſed pupillo vel furioſo vel municipibus, & quidem recta via, vt proximè dictum eſt, ergo etſi ipſi conſtituant nomine tutorio, vel curatorio, vel pro municipibus, non ipſi teneri debent de conſtituta pecunia, ſed pupillus, furioſus, municipes: non enim minùs poſſunt tutor, curator furioſi, & actor municipum obligare pupillum, furioſum, & municipes, quàm actionem iis quærere. Neq; verò æquum eſt officium tutoris, & curatoris, & actoris damnoſum iis eſſe *l. videlicet 29. ſupr. ex quibus cauſ. maior. l. 3. §. vlt. infr. de teſtib. ſed ſi quis 6. §. 1. infr. teſtam. quemad. aper. l. ſi ſeruus 61. §. quod verò. de furt. l. cùm quidam 26. C. de admin. tutor.* Eſſet verò damnoſum, ſi quod pupilli furioſi, vel municipum nomine conſtituiſſent, ſoluere cogerentur. Nec ad rem pertinet quod actione tutelæ, vel negotiorum geſtorum poſteà ſint repetituri, quantum ſoluerint. Ipſorum ſiquidem intereſt, non ſoluere potiùs quàm ſolutum repetere *l. 3. infr. de compenſat. l. ſi ſtipulatus 15. infr. de fideiuſſ.*

DEC. Cùm tutor pupilli vel curator furioſi, vel actor municipum conſtituerunt, licet pro pupillo, vel furioſo, vel municipibus, verum tamen eſt eos conſtituiſſe. Ergo ex proprio facto conueniri debent, nec minùs ex conſtituto, quàm ex alio quolibet contractu, cùm conſtitutum licet propriè contractus non ſit, vim tamen contractus obtineat, quantum ad producendam actionem. Satiſque iis eſſe debet, quòd vbi ſunt condemnati, non datur in eos iudicati actio, tanquam quos officij neceſſitas excuſare debeat, ne vltro ſe liti obtuliſſe videantur *l. 4. §. 1. & ſeq. infr. de re iudic.* Quòd ſi quid ex eiuſmodi conſtituti cauſa impenderint, æquo animo ferre debent prorogationis incommodum, & quod habituri ſint repetitionem, cùm ea lege ad officij adminiſtrationem acceſſerint. Denique ex conſtituto is ſolus obligari poteſt qui conſtituit, licèt alieno nomine, cùm non niſi ex proprio conſenſu obligari quiſquam poſſit, non etiam ex alieno. Proinde in pupillum ipſum, aut furioſum, aut actorem municipum actio de conſtituta pecunia dari non poteſt, cùm verum ſit eos nec conſtituiſſe, nec conſenſiſſe.

9 ¶ Si actori municipum, vel tutori pupilli, vel curatori furioſi, vel adoleſcentis ita conſtituatur, *municipibus ſolui*, vel *pupillo*, vel *furioſo*, vel *adoleſcenti*, vtilitatis gratia puto dandam municipibus, vel pupillo, vel furioſo, vel adoleſcenti vtilem actionem.

*Ad §. 9. Si actori.*

RAT. DVB. Aliud eſt conſtitui poſſe tutori, vel curatori furioſi, vel actori municipum, quod fieri poſſe ſuprà diximus, aliud verò ſic conſtitui *municipibus ſolui*, vel *pupillo*, vel *furioſo*, vel *adoleſcenti*, vt in ſpecie huius §. his enim caſibus confertur conſtitutum in perſonam extraneam, quod conferri debet in perſonam eius ipſius cui conſtituitur *§. item ſi mihi 5.* vbi diximus *ſupr.* alia enim eſt perſona tutoris, alia pupilli, alia curatoris, alia furioſi vel adoleſcentis, alia denique actoris, alia municipum.

DEC. Multa ex æquitate & vtilitate contra iuris rigorem recepta ſunt, præſertim fauore perſonarum, de quibus tractamus, quæ omnium fauorabiliſſimæ exiſtimantur *l. ita vulneratus 55. in fin. ſupr. ad leg. Aquil. l. pupillus 7. infr. de acquir. hered.* nam cùm in cæteris omnibus, tum maximè in iure æquitas ſpectanda eſt *l. in omnibus 90. de reg. iur. l. placuit 8. C. de iudic.* eſt enim ius ciuile totum ad publicam vtilitatem comparatum: vnde eſt quod prudentes noſtri paſſim pro æquo habent, quod eſt vtile, & contrà pro iniquo id quod eſt inutile *l. 1. §. 2. infr. depoſit. l. quæſitum 40. infr. de acq. hered.* Atqui pupillo & furioſo & adoleſcenti & municipibus vtile eſt, adeóque reipublicæ vt valeat conſtitutum quod à tutore vel curatore vel actore municipum in huiuſmodi perſonas collatum eſt, licèt ſtricta iuris ratio repugnet: quia non tam facile poſſent huiuſmodi perſonæ ſibi proſpicere propter infirmitatem conſilij, quàm conſuli eis poteſt per eorum prudentiam, à quibus reguntur. Nec differt hac parte adoleſcens à furioſo, nec curator furioſi à curatore adoleſcentis, vt diximus ad *§. 7. ſup.* Meritò igitur placuit ex eiuſmodi conſtituto, quod à tutore, curatore, vel actore in perſonam pupilli, vel furioſi, vel adoleſcentis, vel in municipes collatum ſit, dandam eſſe pupillo ipſi & furioſo & adoleſcenti actionem, at non directam, quæ ſtricto iure competere non poteſt, ſed vtilem, id eſt, ex æquitate, vt Vlpianus hic ſcribit. Etſi enim ius prætorium totum pendet ab æquitate, in quo

maximè differt à ciuili, habet tamen ſuas quoque regulas, & conſequenter ſuum rigorem, ex iis regulis æſtimandum, à quibus ſi quando maior aliqua & ſpecialior æquitas abhorreat, quæ non priuatæ tantùm, ſed etiam publicæ vtilitatis fauorem admixtum habeat, tum verò ſeparanda eſt æquitas à rigore iuris prætorij & præferenda ſemper æquitas propter vetuſtiſſimam illam & omnium potentiſſimam legem duodecim tabularum *Salus populi ſuprema lex eſto*. Inde namque ſunt tot prætoriæ actiones vtiles inductæ ad ſupplendas directas prætorias, quoties directæ deficiunt obſtante iuris prætorij rigore, nec tamen deficit æquitas, quæ dandas actiones vtiles ſuadeat. Exemplum elegans eſt in hoc *§. & in l. id quod 19. §. 1. infr. eodem.*

10 ¶ Seruo quoque conſtitui poſſe conſtat. & ſi ſeruo conſtituatur, *Domino ſolui*, vel *ipſi ſeruo*, qualemqualem domino ſeruum obligationem adquirere.

*Ad §. vlt. Seruo quoque.*

Rat. dvb. Seruus pro nullo habetur non minùs prætorio iure quàm ciuili *l. nullomodo 7. infr. ad l. Cornel. de falſ. l. qui teſtamento 20. §. ſeruus. infr. Qui teſtament. facer. poſſ.* vbi dicitur ſeruos nullam penitus communionem habere iuris ciuilis in totum, at ne quidem prætorij: ſolúmque ius naturale excipitur, cuius reſpectu nulla eſt inter ſeruos & liberos homines differentia *l. 4. ſupr. de iuſt. & iur. l. quod attinet 32. de reg. iur.* Ergo non poteſt conſtitui ſeruo: perſonam enim aliquam eſſe oportet cui conſtituatur, cùm non fiat conſtitutum, vt nec aliud pactum vllum ſine conſenſu duorum *l. 1. §. & eſt pactio. ſupr. de pact.* in quo differt à pollicitatione *l. 3. infr. de pollicit.*

Dec. Vtilitatis cauſa inductum eſt, vt quamuis ſeruus iure ciuili & prætorio pro nullo habeatur, ſtipulari tamen poſſit, & ex omni cauſa contrahere ex perſona ſcilicet domini, ex qua & inſtitui heres poteſt *Tit. de ſtipulat. ſeruor. Inſt. l. non minùs 1. infr. de hered. inſtit.* acquirit enim non ſibi ſed domino, ita vt ne momento quidem temporis acquiſitio in perſona ſerui conſiſtat *l placet 79. infr. de acquir. hered. & tit. per quas perſonas nob. acquir. inſtit.* Ergo quemadmodum poteſt quis ſtipulanti ſeruo promittere, ita & conſtituere. Alioquin eſſet maiore ex parte inutilis vſus ſeruorum in republica, ſi non per eos ex omni penè cauſa dominis etiam ignorantibus & inuitis acquireretur *l. etiam 32. infr. de acquir. rer. dom. l. ſeruus vetante 62. de verb. oblig.* Nec intereſt an ſeruo conſtituatur ſolui domino, vel ipſi ſeruo: vtroque enim caſu acquiritur actio domino, & quidem directa non vtilis, quia licèt ſolutio ſit facti *l. conſilio 7. §. vlt. infr. de curat. furioſ.* quæ autem ſunt facti, non ſoleant tranſire ad dominum *l. qui heredi 44. de condit. & demonſtr. l. hæc ſeruus 41. infr. de pecul.* quæ ad hunc locum dubitandi ratio eſt, actio tamen quæ ex facto illo acquiritur, iuris eſt, & quidem prætorij, ideóque in ſerui perſona ſubſiſtere non poteſt, & neceſſariò acquiritur domino, adeóque per qualemqualem ſeruum, vt hîc Vlpianus adiicit, id eſt, vt bene Cuiacius explicat, non tantùm per ſeruum actorem & ordinarium, ſed etiam per vicarium. In quo dubitandi ratio illa occurrit, quod non qualiquali ſeruo ſolui poteſt, ſed actori tantùm, & ordinario, & quidem qui ius habeat recipiendæ ſolutionis *l. ſi actore 19. C. de ſolut.* conſtitutum autem habet vim ſolutionis *l. idem eſt 10. infr. hoc tit.* Sed decidendi ratio eſt, quia conſtitutum licèt ſolutionis vim & effectum tandem habeat, incipit tamen ab obligatione, quæ per quemlibet ſeruum acquiritur domino, ſicut & actio, quæ ex illa obligatione naſcitur, non minùs quàm ſi ſeruus ille qualiſqualis ſtipulatus eſſet: nihil enim hac parte differt conſtitutum à ſtipulatione, niſi quòd conſtitutæ pecuniæ obligatio & actio prætoria eſt: ex ſtipulatione verò ciuilis *§. de conſtituta. Inſtit. de action.* Malè apud Accurſium vulgata editio habet *quare ſeruum* pro *qualemqualem ſeruum*. & in litera Pylei quam idem Accurſius refert malè rurſum *qualemqualem obligationem*: dixit enim Vlpianus *qualemqualem ſeruum*, non autem *qualemqualem obligationem*. Nam & aliqua inter ſeruos differentia eſt, cùm alij ordinarij ſint, alij vicarij, alij actores & diſpenſatores, alij verò nudi ſerui, & ſine officio, at inter obligationes nulla.

6. Pavlvs libro 2. Sententiarum.

IDem eſt, & ſi ei, qui bona fide mihi ſeruit, conſtitutum fuerit.

*Ad l. Idem eſt 6.*

Ratio dvb. Quiſquis bona fide ſeruit, vel alienus ſeruus eſt, vel homo liber. Atquin ſi alienus ſeruus eſt, acquirit domino ſuo, vt proximè diximus, ſin liber homo acquirit ſibi. Ergo ſi ei qui bona fide mihi ſeruit, conſtitutum ſit, ſed non poteſt mihi ex conſtituto quæri actio. Dec. Siue liber homo ſit, ſiue alienus ſeruus, qui bona fide mihi ſeruiat, acquirit mihi, dummodò vel ex re mea acquirat, vel ex operis ſuis *l. acquiruntur 10. §. idem placet. infr. de acquir. rer. domin.* nam & ex re mea acquirere videtur quod ex operis ſuis acquirit *l. qui bona fide 23. in princip. eod.*

7. Vlpianvs libro 27. ad Edictum.

SEd & ſi filiofamilias conſtituatur, valet conſtitutum.

*Ad l. Sed etſi.*

Rat. dvb. Filiusfamilias ex omnibus cauſis & obligare ſibi poteſt & obligari, cùm habeat perſonam integram & caput in ciuitate *l. nam ciuium 4. ſupr. de ſtat. homin. l. filiusfamilias 39. de oblig. & action.* Ergo ſi quis conſtituerit ſe filiofamilias ſoluturum, acquiritur actio conſtitutæ pecuniæ filiofamilias non patri: contrà quàm tamen Vlpianus hîc ſentiat, qui cùm ait, ſi filiofamilias conſtituatur, valere conſtitutum, ſic procul dubio intelligit, vt ex eo conſtituto acquiratur patri actio non ipſi filiofamilias,

milias cui conſtitutum eſt, ſiue ſimpliciter ei conſtitutum ſit, ſiue ita vt ipſi filio ſoluatur.

Decis. Eſt quidem filiusfamilias capax acquiſitionis etiam inſpecto iure Pandectarum, nolente patre ſibi acquiri *l.4.§.ſed & filiusfamil. ſupr. de edend. l.ii qui heres 13.§.vlt.l.cùm heres 52. infr. de acquir. hered. l.cogi 16.§.ſi pater filio.l.Imperator 50.infr.ad SC.Trebell.* ſed extra hunc caſum quidquid filiusfamilias acquirebat olim, ſiue ex ſua ſtipulatione, ſiue ex qualibet alia conuentione, acquirebat patri, non minùs quàm ſeruus domino, ita vt ne momento quidem temporis acquiſitio in perſona filiifamilias conſiſteret *l.placet 79.de acquir.hered.* Ergo quemadmodum per ſeruum etiam qualemqualem acquiritur actio conſtitutæ pecuniæ domino, ſiue ipſi ſeruo, ſiue domino ſolui conſtitutum ſit *§.vlt.l.proxim.ſupr.* ita & dicendum eſt, ſi filiofamilias quoquomodo conſtitutum ſit, acquiri actionem patri non domino, eámque directam, non vtilem. Aliud iuris eſt ſi filiusfamilias ipſe conſtituat: non enim patrem obligat niſi de peculio, ipſe verò in ſolidum obligatur, ſicut ex quolibet alio contractu *dict.l.filiusfamilias 39. de oblig. & act.l.ſi quis cum filiofamilias 44.de pecul.*

1 ¶ Si mihi aut Titio ſtipuler: Titio conſtitui ſuo nomine non poſſe, Iulianus ait: quia non habet petitionem: tametſi ſolui ei poſsit.

*Ad §.1. Si mihi aut Titio.*

Rat. dub. Etiam adiecto ſolutionis gratia ſolui poteſt, perinde ac ipſi ſtipulatori, ita vt ex ea ſolutione contingat ipſo iure liberatio, quamuis prohibente ſtipulatore *l.vero procuratori 12.§.penult.l.aliud eſt 106.infr.de ſolut.* Atqui cõſtitutum habet vim ſolutionis *l.idem eſt 10.infr.* Ergo etiam adiecto ſolutionis cauſa conſtitui ſuo nomine nihil prohibet.

Dec. Omne conſtitutum ſupponit præcedens aliquod debitum *l.1.§.debitum ſupr.* nec proinde cuiquam conſtitui ſuo nomine poteſt quin ei ſuo nomine debeatur. Atqui adiecto ſolutionis gratia nihil ſuo nomine debetur, quia ſtipulationi alienæ adiicitur ſolutionis tantùm cauſa, non etiam obligationis *l.cum qui 56.§.qui ſibi, de verb.oblig. l.Stichum aut Pamphilum 95.§.quæſitum.infr.de ſolut.* ideóq; nullam habet petitionem, quia cui nulla obligatio acquiritur, ei nec actio nec petitio vlla acquiri poteſt, & quamuis ei ſolui poſſit, non tamen ſuo nomine ius habet accipiendæ ſolutionis, ſed nomine ſtipulatoris, cui & idcirco mandati actione tenetur, vt quod ipſi ſolutum eſt, ſtipulatori reſtituat *l.qui res 98.§.qui ſtipulatus.infr.de ſolut.§.ſi quis alij. Inſtit. de inutil.ſtipulat.* Ergo nec ei conſtitui ſuo nomine poteſt. Planè quin ſtipulatoris nomine poſſit ei conſtitui, nec dubitari poteſt, poſtquàm placuit etiam alij poſſe conſtitui, quod alij debetur *l.5.§.quod exigimus ſupr.* Quidni ergo etiam ei qui ſolutionis cauſa eſt adiectus? Et miror Accurſium hoc negare, & mandatum expreſſum requirere, ad hoc vt adiecto ſolui poſſit: quaſi tacitum non ſufficiat, quod tamen nec vllomodo neceſſarium eſt, vt ex eo apparet, quod ſufficit debitum alicui eſſe id quod alij conſtituitur licèt nondum appareat perſona, cui debeatur *l.hactenus 11. infr.* quo tamen caſu neque expreſſum, neque tacitum mandatum aut fingi aut ſubintelligi poteſt.

8. Pavlvs libro 29. ad Edictum.

SI verò mihi aut Titio conſtitueris te ſoluturum: mihi competit actio. quod ſi, poſteaquam ſoli mihi te ſoluturum conſtituiſti [a], ſolueris Titio: nihilominus mihi teneberis.

*Ad l. Si verò 8.*

Rat. dub. Qui paciſcitur ſibi conſtitui aut Titio, non minùs Titio proſpicit, quàm ſibi ipſi: facit enim parem ſuam & Titij conditionem. ergo quemadmodum ex eiuſmodi conſtituto mihi competit petitio & actio conſtitutæ pecuniæ, ita & Titio debet competere: nec enim volenti mihi vlla in eo fieri poteſt iniuria *l.in diem 9.§.1.infr. de aqua & aqua pluu. arcend.*

Dec. Non magis poteſt quis conſtituendo aut conſtitutum admittendo alteri quærere actionem quàm ſtipulando: eſt enim generalis regula iuris ciuilis & prætorij, per liberam perſonam quæri actionem alteri non poſſe *l.ſolutum 11.§.per liberam.infr.de pignor.act.* ſunt enim obligationes & actiones omnes ad hoc comparatæ, vt ſibi vnuſquiſque acquirat quod ſua intereſt, vt autem alij acquiratur nihil intereſt mea *l.ſtipulatio iſta 38.§.alteri de verb.oblig.iunct. l.vlt.ſupr.de legib.* nec poteſt in eam rem potentius eſſe conſtitutum quàm ſtipulatio *§.de conſtituta Inſtit. de action.* Ergo quemadmodum ſi mihi dari ſtipuler, aut Titio, perſona Titij ſolutionis tantùm cauſa ſtipulationi adiecta eſſe intelligitur non obligationis, quia nec potuit *l.cum qui 56.§.qui ſibi. l.ſi duo 128.de verbor.oblig.l.Stichum 95.§.quæſitum.l.aliud eſt 106.infr.de ſolut.* ita & ſi mihi aut Titio conſtitueris te ſoluturum, dicendum eſt ſoli mihi non etiam Titio acquiri petitionem & actionem: quippe quam præcedere neceſſariò debeat obligationis acquiſitio, vt diximus ad *§.1.legis præced.* Non enim voluntas mea ſufficit, etiamſi maximè id voluerim, cùm deficit poteſtas iuris *l.4.inf.de acquir.hered.l.quoties 9.in princip.de hered.inſt. l.multum intereſt 6.C.ſi quis alter.vel ſib.* Iunge quæ ſcripſi ad *l.5.§.item tutori 7.ſupr.*

a *Quòd ſi poſteaquàm ſoli mihi te ſoluturum conſtituiſti.* Rat.dub. Cùm ita ſtipulatus ſum *mihi aut Titio dare ſpondes*, quamuis debitor poſtea conſtituat ſe mihi ſoluturum, competit quidem mihi ſoli de conſtituta pecunia actio, ſed tamen etiam adiecto nihilominus ſolui poteſt, quia quod adiecto ſoluitur, mihi ſolui videtur, inquit idem Paulus noſter in *l.ſi ita ſtipulatus ſim 59.infr.de ſolut.* Ergo verum eſſe non poteſt, quod hîc ex eodem Paulo ſcribitur, ſi poſteaquam ſoli mihi te ſoluturum conſtituiſti ſolueris Titio, te mihi adhuc nihilominus teneri.

Dec. Multum refert, an ſic mihi conſtitueris, vt mea tantùm perſona in conſtituto nominata ſit, an verò mihi ſoli te ſoluturum conſtitueris. Priore caſu liberatis ſoluens Titio *dict.l.ſi ita.* poſteriore verò

non item, quia repugnat dictio illa *ſoli*, quæ non poteſt videri adhibita fuiſſe in conſtituto, niſi ad excluſionem Titij, qui licèt in ſtipulatione adiectus fuerit ſolutionis cauſa, ita vt nec legem ſtipulationis immutare ſtipulator potuerit, *l. vero procuratori 12. §. pen. l. aliud eſt 106. inf. de ſolut.* potuit tamen ab ea ſolutionis accipiendæ facultate excludi per conuentionem contrariam ſtipulatoris & promiſſoris, quomodo hic ponimus interueniſſe, ita facto conſtituto, vt mihi ſoli debeas ſoluere, quod mihi aut Titio ſolui ex lege ſtipulationis potuerat & debuerat. Nec fuit in eam rem neceſſarius Titij conſenſus, cui nullum ius obligationis quæſitum fuerat, quíque ſi ſolutionem etiam ante conſtitutum accepiſſet, eam ipſam pecuniam actione mandati mihi reddere debuiſſet *l. qui res 98. §. qui ſtipulatus. infr. de ſolut. § ſi quis alij. inſtit. de inutil. ſtipulat.* Neque obſtat ſi quis obiiciat pactum nudum ſubiectum & contrarium ſtipulationi, non tollere ſtipulationem ipſo iure, ſed tantùm per exceptionem *l. ſi vnus 27. §. pactus ne peteret. ſupr. de pact.* vbi ratio redditur, quia in pactis factum, in ſtipulationibus verò ius verſatur. Id enim ad pacta nuda pertinet, non ad conſtituta quæ cùm iuris prætorij auctoritate munita ſint, pariántque actionem, nuda dici certè non poſſunt. Neque tamen in hac ſpecie tollitur ipſo iure ſtipulatio per conſtitutum, ſed lex tantùm ſtipulationis immutatur, quod ad perſonam Titij pertinet, cui nullum prorſus obligationis ius ex ea ſtipulatione, vt diximus, fuerat acquiſitum. Aliud certè eſſet ſi pro conſtituto poneremus interueniſſe pactum de non petendo, vt in *d. §. pactus ne peteret.* aut cõſtitutum factum eſſe de ſoluendo alij, quàm mihi ſtipulatori. Etſi enim etiam in conſtituto ius verſatur, non autem nudum factum, ius tamen illud prætorium eſt non ciuilé, ideóque non magis poſſet ſtipulationem tollere, in qua ius ciuile verſatur, quàm nuda pactio, ſed auxilium exceptionis in eam rem eſſet neceſſarium: cui enim damus actionem, multò magis daremus exceptionem conſtitutæ pecuniæ *arg. l. 1. §. is autem. infr. de ſuperfic. l. inuitus 156. § 1. de reg. iur.*

9. Papinianvs libro 8. Quæſtionum.

## Titius tamen indebiti condictione tenebitur, vt quod ei perperam ſolutum eſt, ei qui ſoluit, reddatur.

*Ad l. Titius 9.*

Ratio dva. Titius tenetur mihi actione mandati, vt quod tanquam adiectus ſolutionis cauſa à debitore meo accepit, mihi reſtituat *l. qui res 98. §. qui ſtipulatus. infr. de ſolut. §. ſi quis alij. Inſtit. de inutil ſtipulat.* ergo non poteſt teneri condictione indebiti, vt ei reddat pecuniam à quo ſolutionem accepit. Alioqui duobus einſdem pecuniæ nomine inſolidum teneretur, quod eſſet iniquum.

Dec. Adiectus ſolutionis cauſa tunc tenetur actione mandati, cùm ex ſtipulationis lege ius habuit accipiendæ ſolutionis, quam ſcilicet accepiſſe intelligitur ex mandato & voluntate teſtatoris; adeò vt nec liberum ſit ſtipulatori hoc mandatum reuocare, ne quidem re integra: quod in cæteris mandatis diuerſum eſt, niſi cùm in rem mandatarij mandatum factum eſt *l. illam 33. C. de donat. §. rectè & ſequ. Inſtit. de mandat.* nempe quia certam legem ab initio habuit ſtipulatio, quam poſtea immutare ſtipulator inuito promiſſore non potuit *l. vero procuratori 12. §. pen. l. aliud eſt 106 inf. de ſolut.* In propoſita verò ſpecie ponimus mandatum, quod inerat ſtipulationi, reuocatum fuiſſe per conſtitutum, poſtea ſecutum ex voluntate vtriuſque tam promiſſoris quàm ſtipulatoris, per quod ſcilicet promiſſor cóſtituit ſe mihi ſoli ſoluturũ. Ergo ſi ab eo tempore Titius ſolutionem acceperit, mandati actione teneri mihi non poteſt, & conſequenter ne ex aliena iactura locupletetur, neceſſe eſt, vt ei qui ſoluit, condictione indebiti teneatur *l. nam hoc natura 14. iunct. l. ſi procurator 8 ſupr. de condict. indeb.* præſertim cùm ſtipulator cui ſoli promiſſor ſoluturum ſe poſtea conſtituit, loco eius habendus ſit cui iam ſolutum eſt, quia conſtitutum loco ſolutionis cedit, vt ſubiicitur in *l. ſeq.* Si autem ſtipulatori priùs ſolutum eſſet, deinde adiecto ſolutionis cauſa nemo dubitaret quin adiectus condictione indebiti teneretur ſoluenti, non autem mihi actione mandati.

10. Pavlvs libro 29. ad Edictum.

## Idem eſt, & ſi ex duobus reis ſtipulandi poſt alteri conſtitutum, alteri poſtea ſolutum eſt: quia loco eius, cui iam ſolutum eſt, habere debet is, cui conſtituitur.

*Ad l. Idem eſt 10.*

Rat. dvb. quod duobus correis credendi debetur, ſingulis in ſolidum debetur, & ideò qui prior ſolutionem accepit, debitorem communem à correo liberat *l. 2. l. 3. § 1. & paſſ. inſr. de duobus reis.* In eóque plus iuris habet correus credendi quàm is qui ſolutionis cauſa tantum adiectus eſt, cùm adiiciatur correus, vt ſit etiam particeps obligationis. Ac proinde, quod in præcedentibus diximus, poſſe ſtipulatorem ex voluntate promiſſoris etiam ignorante adiecto immutare legem ſtipulationis, non videtur ad hunc caſum extendi poſſe. Illo enim caſu verendum non eſt, ne iniuria fiat adiecto, qui nihil penitus iuris in obligatione habet. At in duobus correis verendum eſt, neque ferendum, vt ius quod habet vnus ex correis, non tanquam adiectus ſed tanquam creditor alterius correi facto ipſi adimatur *l. Granius 71. § pen. inf. de fideiuſſ. l. ſi Stichum 8. in fi. de nouat.* Ergo aliud iuris eſſe debet in duobus correis ſtipulandi, quàm ſit in adiecto ſolutionis cauſa, vt ſi poſt ſtipulationem, per quam correi credendi facti ſunt, alteri eorum conſtituatur, alteri nihilominus ſolui poſſit, nec indebiti condictione teneatur alter ille ſi ſolutionem acceperit, niſi fortè & ipſe conſtituto probetur conſenſiſſe: quo caſu non tam correi ſui facto, quàm ſuo proprio & obligationem & actionem ſibi quæſitam amiſiſſe videretur.

Dec. Cùm quid pluribus correis credendi debetur, licèt ſingulis in ſolidum debeatur, attamen vna tantùm obligatio eſt, quæ proinde per ſolutionem alterutri factam tollitur etiam ignorâre adeóque inuito altero: nec tantùm per ſolutionem, ſed etiam per acceptilationem, quæ nihil niſi imagina-

ria ſolutio eſt *§.1.Inſtit.quib.mod.tollit.oblig.* adeoque per nudam & ſimplicem petitionem *d.l.2.& l.3.§.1.* *l.ex duobus 16.de duob.reis.* Id enim eſt, quod dicimus, ex duobus correis ſiue debendi, ſiue credendi alterius factum alteri quoque nocere *l.penul.eod.tit.* Atquin is cui conſtituitur, loco eius haberi debet, cui iam ſolutum eſt, cùm ſolutionis loco conſtitutum cedat, ſicut & iuſiurandum *l. iuſiurandum etiam 27. ſupr. de iureiur.* Ergo quemadmodum ſi vni ex correis ſolutum reuera eſſet, ſublata eſſet tota obligatio, nihilque iam alteri deberetur, ita vt quod alteri correo poſtea ſolutum eſſet, ei condici iure poſſet tanquam indebitũ ab eo qui ſoluiſſet, ita & ſi poſtquàm alteri conſtitutum fuit, alteri ſolutum proponatur. Bene tamen notat Accurſius, conſtitutum non per omnia vim habere ſolutionis. Facta enim ſolutio liberaret communem debitorem ab vtroque correo credendi, & quidem ipſo iure *d.l.3. §.1.* at cõſtitutum retinet eum in obligatione erga correum, cui conſtituitur, ab alio verò eum quidem liberat, ſed per exceptionem tantùm non ipſo iure. Habet enim debitor exceptionem conſtitutæ vni pecuniæ ſi ab altero conuenіatur. Quæ exceptio cùm ſit fauorabilis & perpetua, repetitionem ſoluti proculdubio parit *l. qui exceptionem 40. ſupr. de condict.indeb.* Ideoque dicimus eum ex correis cui conſtitutum eſt, poſſe alterum quoque correum in cauſam conſtitutæ pecuniæ procuratorem dare *l.licèt 42.§.porrò.ſupr. de procurat.* quaſi correus credendi eſſe deſierit, qui cœpit exceptione perpetua repelli poſſe *l.creditores 10.l.creditor 55.debitor 106.de verbor. ſignif.l. nihil intereſt 112.de reg.iur.*

II. VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

HActenus igitur conſtitutum valebit, ſi, quod conſtituitur, debitum ſit: etiam ſi nullus appareat, qui interim debeat. vtputa ſi ante aditam hereditatem debitoris, vel capto eo ab hoſtibus, conſtituat quis ſe ſoluturum. nam & Pomponius ſcribit, valere conſtitutum: quoniam debita ea pecunia conſtituta eſt.

*Ad l. Hactenus II.*

RATIO DVB. Non entium & non apparentium idem ſolet eſſe iudicium *l.duo ſunt Titij 30.infr.de teſtam.tutel. §.ſi aduerſus.Inſtit. de nupt.* Ergo quemadmodum non valeret conſtitutum eius pecuniæ, cuius debitor nullus eſſet, ita neque valere debet eius pecuniæ cuius debitor adhuc nullus apparet. Quid enim ſi debitoris hereditas nunquam adeatur, atque ita debitor ſine ſucceſſore decedat, vt neque ad fiſcum bona vacantia peruentura ſint, exiſtente fortè debitore non ſoluendo? vt in *l.habere licere 57. infr. de euict.iunct.l.1.§.an bona. infr. de iur.fiſc.l.1.§.idem Pomponius quærit ſi apud te 14.infr. depoſ.l.1.C.de oblig.& action.* Quid rurſum ſi debitor captus ſit ab hoſtibus? Eſt namque incertum an futurum ſit, vt ipſi debeatur, an heredi ipſius: ſi enim ab hoſtibus reuertatur, ipſi debitum fuiſſe intelligetur, quaſi ſemper manſerit in ciuitate, ſi verò apud hoſtes morietur, non ipſi, ſed heredi eius debitum apparebit quaſi mortuo debitore in ciuitate à prima hora captiuitatis: alterutrum ſi quidem euenire neceſſe eſt ex fictione aut poſtliminij aut legis Corneliæ de captiuis *l.ſi is qui pro emptore 15.l.iuſto 44. §.vlt.infr. de vſucap.* Euentum igitur expectari neceſſe eſt, vt ſciatur cuius debitum conſtitutum ſit.

DEC. Vt valeat conſtitutum, ſufficit debitum reuera ſubeſſe, nec refert cuius debitum ſit, cùm poſſit quilibet conſtituere quod quilibet alius debet *l.eum qui 5.§.quod exigimus ſupr.* Atqui nec quod debitor ſine herede deceſſerit, nec quod ab hoſtibus captus ſit, facere poteſt vt minùs debitum maneat ex parte rei quod priùs debitum fuit, adeò vt etiam iacente hereditate, & durante captiuitate incipiat præſcriptio currere *l.4. infr. de diuerſ. tempor. præſcript.iunct.l.ad diem 77. de verborum obligationibus.* Alia nempe quæſtio eſt, an debeatur, alia verò cui debeatur. Ergo etiamſi debitor ſine herede deceſſerit, aut ab hoſtibus captus ſit, conſtitutum nihilominus valebit. nam & fideiuſſor priore caſu vtili actione obſtrictus maneret *l. Stichum aut Pamphilum 95.§.1.in fin. de ſolut.* Aliud ſanè eſt, vt bene notat Accurſius, ſi debitori deportatio irrogata ſit: nec enim pro tali debitore fideiuſſor accipi poteſt quaſi contra debitorem tota obligatio extincta ſit, vt Papinianus reſpondit in *l. ſi debitori 47. infr. de fideiuſ.* Adeò autem valet conſtitutum, vt ex eo conueniri poſſit is qui conſtituit, etiam priùs quàm hereditas debitoris adita ſit, vt idem Accurſius hîc notat, exemplo eius qui citeriore die conſtituit ſe ſoluturum id, quod alius debeat, de quo in *l.4. ſupr.*

1 ¶ Si quis centum aureos debens, ducentos conſtituat: in centum tantummodò tenetur, quia ea pecunia debita eſt. ergo & is, qui ſortem, & vſuras[a], quæ non debeantur, conſtituit: tenebitur in ſortem dumtaxat.

*Ad §.1. Si quis centum.*

RAT. DVB. Non valet conſtitutum niſi præcedens debitum ſubſiſtat *l.1. §. debitum ſupr.* & initio huius legis. Atqui cùm is qui debens centum duntaxat ducenta conſtituit, tam eſt indebitum quod conſtituitur, quàm eſt debitum: ex ducentis enim centum debentur, centum non debentur. Ergo non poteſt hoc conſtitutum valere, quippe cuius cauſa indiuidua eſſe videtur, vt & omnium contractuum *arg.l.cùm ex cauſa 139.infr.de verbor.oblig.*

DEC. In iis quæ ſui natura ſunt diuidua, inutilis adiectio non viciat, ſed viciatur *l.1.§.pen.eod.l.placuit 29.inf. de vſur.* Atqui ſumma ducentorum aureorum quam conſtitutam fuiſſe ponimus, diuidua eſt, nec quicquam vetat centum eſſe debita, & centum indebita. Ergo valebit conſtitutum pro centum debitis, pro aliis centum indebitis non valebit. Referen-

Digitized by Google

dum enim conſtitutum ſemper eſt, & ceſtringendum ad pecuniam debitam. Nec poteſt videri cauſa conſti.uti indiuidua, ſiue ex parte conſtituentis, ſiue ex parte illius cui conſtituitur, quaſi non fuerit aut ille conſtituturus centum aureos, aut hic conſtitumm illud admiſſurus niſi producentis, quomodo dicimus de eo qui fundum totum emit aut vendidit, quem non fuerat pro parte empturus aut venditurus *l. tutor vrgentibus 47. §. 1. ſupr. de minor. l. ſi quis aliam 46. infr. de ſolut.* Ea nempe ratio eſt quę facit contractum venditionis & emptionis indiuiſibilem, ne alioqui cogeretur, aut emptor aut venditor, aut vterque incidere in communionem *l. ſi non ſortem 26. §. ſi centum ſupr. de condict. indeb.* in qua nec inuitus remanere cogeretur *l. vltim. C. commun. diuid.* Quæ ratio ceſſat in promiſſa debitáque pecunia. Vnde etiam eſt, quòd ſi mutua tibi decem dederim ſic, vt vndecim debeas, obligaris vſque ad decem duntaxat, vltrà verò non teneris, quia re contrahi obligatiō vltra id quod reuera datum eſt, non poteſt *l. ſi tibi 17. in princip. ſupr. de pact. l. rogaſti 11. §. ſi tibi. ſupr. de rebus credit. l. cùm vltra 9. Cod. de non numer. pecun.* Quid ergo ſi cùm debere te ſcires centum duntaxat, ducenta tamen vltrò promiſeris per conſtitutum? An non reliqua centum indebita donaſſe videberis? Ita putat Azo, ex regula *l. cuius per errorem 53. de regul. iur. l. vlt. C. ad legem Falcid.* nec malè inſpecto iure nouo Iuſtiniani, quo inductum eſt, vt pacto nudo fieri poſſit donatio *l. ſi quis argentum 35. §. vlt. C. de donat.* inſpecto enim iure vetere, quo nulla donatio perfici poterat, niſi per tractationem aut ſtipulationem, non idem certè dici poterat, vt aduerſus Azonem Accurſius bene diſputat. Conſtitutum enim licèt non ſit nudum pactum, quia iuris prætorij authoritate munitum eſt, vt in ſuperioribus docuimus, fit tamen nullo pacto, & citra ſtipulationem *§. de conſtituta. Inſtit. de action.* Alia ratio eſt eius pecuniæ quam quis conſtituit, ſciens indebitam iure prætorio propter exceptionem: etſi enim non eò magis valet conſtitutum ad producendam actionem conſtitutæ pecuniæ, videtur tamen conſtituens donaſſe & remiſiſſe exceptionem, vt priſtina actione conueniri poſſit cum effectu *l. ſi quis delegauerit 12. infr. de nouat.* vt diximus ad *l. 3. §. 1. ſupr.* ex Bartolo ad hunc locum. Iunge quæ dixi ad *l. 3. §. pen. ſupr.*

a *Ergo & is qui ſortem & vſuras.* RAT. DVB. Etiam indebitæ vſuræ ſi ſolutæ ſint, non repetuntur, ſi modò ſors debita fuit *dict. l. ſi non ſortem 26. in princ. & §. 1. ſupr. de condic. indeb.* Atqui conſtitutum habet vim ſolutionis *l. prox. ſupr.* Ergo ſi quis & ſortem & vſuras, quæ non debebantur, conſtituerit etiam quod ad vſuras pertinet, conſtitutum valebit quoque pro vſuris. DEC. Conſtitutum vim ſolutionis habet non ſimpliciter, ſed ſecundùm quid, vt diximus ad *l. prox. ſupr.* & ita demùm ſi verum debitum præcedat, ſine quo valere conſtitutum non poteſt *d. l. 1. §. debitum. ſupr.* & in principio huius legis. Atqui non fiunt debitæ vſuræ ob hoc ſolùm, quòd conſtituantur quaſi debitæ, ſi antea indebitæ fuerunt: alioquin nunquam fieret conſtitutum pro indebito, ſi ex indebito poſſet facere debitum. Ergo ſi quis & ſortem debitam & vſuras, quæ non debebantur ſoluturum ſe conſtituerit, in ſortem quidem tenebitur, ſed in vſuras non tenebitur, quia ſeparata eſt cauſa vſurarum & ſortis, nec poſſunt deberi citra ſtipulationem vſuræ pecuniæ creditæ *l. 3. C. de vſur. l. Titius 24. infr. de præſcript. verb.* In conſtituto autem ſtipulatio nulla interuenit *dict. §. de conſtituta. Inſtit. de action.*

12. PAVLVS libro 13. ad Edictum.

SEd & ſi decem debeantur, & decem & Stichum conſtituat: poteſt dici, decem tantummodo nomine teneri.

13. IDEM libro 29. ad Edictum.

SEd ſi quis viginti debens, decem conſtituit ſe ſoluturum, tenebitur.

*Ad l. Sed etſi decem 12. & 13.*

RAT. DVB. & DEC. eadem eſt quæ ad § proximè præcedentem. Quid enim refert an is qui decem debet, conſtituat viginti, hoc eſt, decem & decem, an verò decem & Stichum, niſi quod ſumma viginti eſt diuiſa in decem & decem? at decem & Stichus ſunt iam ipſo iure & ipſo facto diuiſa. Tantò magis igitur admittendum eſt, vt ſi is qui decem tantùm debebat, decem & Stichum conſtituerit, valeat conſtitutum pro decem quæ fuerunt debita, non valeat autem pro Sticho qui fuit omnino indebitus. Et ita accipiendum eſſe quod hîc generaliter & indiſtinctè Paulus ſcribit, conſtituentem teneri, Accurſius noſter bene vidit.

14. VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

QVi autem conſtituit ſe ſoluturum, tenetur: ſiue adiecerit certam quantitatem, ſiue non.

*Ad l. Qui autem 14.*

RAT. DVB. Incertitudo viciat obligationem ſi neſciri poſſit, quid & quantum debeatur, quia nec aliter ratio vlla erit diſſoluendæ obligationis ſi neſciatur quid & quantum ſolui debeat, cùm obligatio ſit iuris vinculum quo neceſſitate adſtringimur alicuius rei ſoluendæ, quomodo Iuſtinianus in Inſtitutionibus diffinit. *l. inter ſtipulantem 83. §. 1. de verb. obligat.* Ergo non poteſt conſtitutum valere niſi certa quantitas adiecta ſit.

DEC. Conſtitutum non aliter valere poteſt, quàm ſi debitum ſit id quod conſtituitur, vt toties diximus ex *l. 1. §. debitum. l. 3. §. quod exigimus. l. hactenus 11. ſupr.* Ergo quamuis conſtitutum nullam contineat certam quantitatem, ſciri tamen poteſt per relationem ad prius debitum, quid quale quantúmq; ſit id quod conſtituitur. Sufficit verò certú id eſſe per relationem *l. certum 6. ſupr. de reb. credit. l. 3. C. de ſentent. quæ ſine cert. quant. profer. l. ait prætor 5. §. 1. l. in ſententiis 59. §. 1. infr. de re iudic.* Nec rurſum quicquam vetat



Digitized by Google

tat etiam incertam quantitatem conſtitui, dummodo cauſam habeat certam, & quæ certam quoque admittat executionem *l.2.§.incertam & leg. vlt. inf. de ſtipulat prætor. iunct. d.§. debitum l.1. ſupr.* Alioqui non poſſet conſtitui quod ex prætoria ſtipulatione incertam quantitatem habente deberetur, quod eſſet abſurdum. Quidni enim perinde id conſtitui poſſit, atque id quod ex tutelæ cauſa debetur ante redditas tutelæ rationes? *dict.§.debitum*, quo tamen tempore nemo negauerit prorſus incertum eſſe, quid & quantum ex tutelæ cauſa debeatur. In quo videtur erraſſe Accurſius, cùm exigit ad validitatem conſtituti, nullam quantitatem certam continentis, vt certum tamen ſit debitum, ad quod conſtitutum refertur. Illa enim demum incertitudo vitiat, quæ certitudinem nullam admittit, neque per relationem ad præteritum tempus, neque ex futuro euentu habente cauſam de præterito, vt loquuntur.

1 ¶ Si quis conſtituerit ſe pignus daturum, cùm vtilitas pignorum irrepſerit, debet etiam hoc conſtitutum admitti.

*Ad §.1. Si quis conſtituerit.*

RAT. DVB. Non poteſt conſtitui niſi quod iam debetur *d.l.1.§.debitum ſupr.* Atqui debitor pecuniæ non ideo debitor pignus. Poteſt enim debitum principale facilè ſubſiſtere ſine pignore, quamuis non item pignus, quod acceſſorium eſt ſine debito principali. Ergo pignus conſtitui non poteſt, ſicut neque ſolui: ſoluitur enim debitum, non pignus.

DEC. Vtilitas pignorum tanta irrepſit in commercium hominum, vt hoc quoque conſtitutum admitti placuerit, ſi quis ſiue pro ſuo, ſiue pro alieno debito pignus ſe daturum conſtituerit. Primùm quia plus cautionis eſt in re quàm in perſona *l.plus cautionis 24.de regul.iur.§. furti autem verſ. vnde conſtat Inſtit. de oblig. quæ ex delict. naſc.* Deinde quia ſatisfactio pro ſolutione eſt *l.ſatisfactio 52.inf de ſolut.* Satisfacit autem qui pro pecunia debita offert pignus volenti creditori *l.ſi rem alienam 9. § omnis pecunia inf. de pignorat. act.* Etſi enim ſatisfacere velle nihil prodeſt, ſatisfeciſſe tamen prodeſt *l. item liberatur 6. §.1.inf quib.mod.pign.vel hypothec.ſoluit.* Poſtremo quia pignus vendi poteſt, vt ex pretio venditionis creditori ſatisfiat. Inutile enim pignus eſt quod vendi non poteſt *l.mulier 11. & paſſ.C. de diſtract.pignor. l. 4. inf.de pignorat.act.* Et hæc pignoris vtilitas, quam irrepſiſſe Vlpianus noſter ait, non quam nonnulli reſtringunt ad debitum naturale tantùm, quaſi verò nulla ſit vtilitas pignoris in debito naturali & ciuili, quod eſt ridiculum, & bene ab Accurſio refutatum. Sanè in pignore dato pro naturali tantùm debito, euidentior vtilitas pignoris eſt, quia parit retentionem pro eo debito, pro quo non haberet actionem, vt in ſpecie *l.per retentionem 4. C. de vſur. l.1. inf. de pignor.* In ſumma ſufficit aliquod eſſe debitum cui poſſit pignus accedere, & vt id quod in conſtitutum deducitur, ſit de acceſſoriis ad debitum, licèt non ſit ipſum debitum principaliter, vt Bartolus hîc notat. Alia quæſtio eſt, an is qui ſoluturum ſe conſtituit, ſatisfaciat conſtituto, ſi pignus offerat vel ſatisdationem, de qua in *l.promiſſor 21.§.vlt. inf.* vbi dicemus.

2 ¶ Sed & ſi quis certam perſonam fideiuſſuram pro ſe conſtituerit: nihilominus tenetur, vt Pomponius ſcribit. quid tamen, ſi ea perſona nolit fideiubere? puto teneri eum, qui conſtituit: niſi aliud actum eſt. quid ſi ante deceſſerit? ſi mora interueniente: æquum eſt, teneri eum, qui conſtituit, vel in id, quod intereſt, vel vt aliam perſonam non minùs idoneam fideiubentem præſtet: ſi nulla mora interueniente: magis puto, non teneri.

*Ad §.2. Sed & ſi quis.*

RAT. DVB. Qui certam perſonam vel incertam pro ſe fideiuſſuram conſtituit, alienum factum promittit: ergo inutiliter. Nec enim alienum factum vtiliter promittitur, quia de ſuo facto promittere quiſque debet non de alieno *l. ſtipulatio iſta 38. in pr. de verb.obligat. §.ſi quis aliam Inſtit. de inutil ſtipulat.*

DEC. Sic accipi hoc conſtitutum debet, vt valeat potius quàm vt ſit inutile *l. quoties in ſtipulationibus 80. l.ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogonus verſ. planè inf. de verb. oblig l.quoties 12. de reb.dub* Ergo ita interpretandum eſt, vt is qui conſtituit, videatur promiſiſſe curaturum ſe, vt alius fideiubeat: quo caſu conſtitutum valet, quia de ſuo non de alieno facto conſtituens promiſiſſe intelligitur, & valet promiſſio *d.§.ſi quis alium.* Eſt autem hæc interpretatio eo iuſtior, quòd tractamus de conſtituto, quod quis fecerit pro ſuo debito. Inde namque coniectura in dubio ſumi poteſt, quòd conſtituendo de ſuo quoque facto promittere voluerit, non de alieno. Id enim eſt quod Bartolus hîc notat, quando quis promittit aliquem facturum aliquid ad conſeruationem eius, quod ipſe promittens debet intelligi eum promittere ſe facturum & curaturum.

2 *Quid tamen ſi ea perſona nolit fideiubere?* RAT. DVB. Non eſt in poteſtate conſtituentis, vt alium cogat fideiubere. Eſt enim poſitum in cuiuſque arbitrio & poteſtate, an contrahere velit nécne *l.ſicut 5.C.de oblig & action.* Ideóque non tantum difficilis, ſed etiam interdum penè impoſſibilis eſt datio fideiuſſoris *l.2 §.penult.ſup.de iudic.* Impoſſibilium autem nulla obligatio eſt *l.impoſſibilium 185.de regul.iur.* Ergo ſi is quem fideiuſſurum quis conſtituit, nolit fideiubere, dicendum eſt conſtituentem non teneri quaſi hoc ſatis acto inter contrahentes, ne alioqui dicendum ſit id videri actum potius, vt conſtituens inuitum daret eum fideiuſſorem, qui fideiubere nollet *arg l. non ſolum 31. de oblig. & action.*

D e c. Fideiuſſoris præſertim certi datio difficilis eſſe interdum poteſt, ſed impoſſibilis nunquam. Eſt enim ex eorum genere quæ recedunt ab impedimento naturali, & reſpiciunt ad facultatem dandi. Eſt autem facultas perſonę commodum incommodúmque, non rerum quæ promittuntur, vt eleganter Venuleius tractat in *l. continuum 137. §. illud de verborum obligationibus*. Ergo non poteſt conſtitutum hoc quaſi rei impoſſibilis vitiari, præſertim cùm eo nolente fideiubere, quem promiſſor fideiuſſurum conſtituit, alia ſuperſit ratio diſſoluendæ obligationis, & ſatisfaciendi conſtituto: quemadmodum ſi deceſſiſſet hic fideiuſſor antequàm volũtatem ſuam declaraſſet, & poſt moram promiſſoris, quo caſu æquum eſſet teneri conſtituentem ad hoc ſaltem, vt vel præſtaret id quod intereſſet, vel aliam perſonam non minùs idoneam quæ fideiuberet, vt in *leg. Labeo 25. §. vltim. & leg. ſequent. ſupr. de recept. Qui arbitr. recep. leg. planè 4. vt in poſſ. legat. l. ſi ab arbitro 10. §. 1. ſup. Qui ſatiſd. cogant.* Simile aliquid eſt in *l. ſi quis domum 9. inf. locat.* Quòd ſi conſtituentis mora nulla interuenerit in dando fideiuſſore, & intereà fideiuſſor deceſſerit, placet conſtituentem non teneri, quia nihil imputari poſſit conſtituenti, quomodo imputari poſſet, ſi ante mortem fideiuſſoris moram contraxiſſet. Semper enim moram authori ſuo nocere æquum eſt *leg. ſi ex legatis 23. & ſequen. De verborum obligationibus leg. in condemnatione centeſim. ſeptuageſim. tert. §. penult. de regul. iur. l. hominem trigeſim. ſeptim. in fin. infr. mandat. ſic & in leg. 3. §. quid ſi ita dedi verſ. ſed ſi Stichus ſupr. de condict. cauſ. dat.* Sed diſtinctio hæc adhibenda eſt in eo caſo quo is qui fideiuſſurus erat, oon declarata voluntate deceſſerit. Nam ſi nolit fideiobere, indiſtinctè condemnandus eſt is, qui conſtituit, vt vel alium fideiuſſorem præſtet, vel id quod intereſt, cuius obligatio ſuccedit ſemper in locum obligationis faciendi *leg. ſi quis ab alio decim. tert. in fin. infr. de re iudic. leg. quoties quis alium 81. De verborum obligationibus*. Eſt autem hæc obligatio faciendi, cùm quis conſtituit ſe daturum fideiuſſorem Sempronium, aut curaturum vt Semproonius fideiubeat. Proinde in præſtationem pecuniæ, ſi noo fiat quod promiſſum eſt, neceſſariò reſoluitur. Ex quo apparet tanto manifeſtiùs, quàm verum ſit quod diximus, conſtitutum hoc impoſſibilis rei non eſſe, ideóque errare ooſtros qui vulgò putant, eum qui promiſit ſe curaturum, vt alius qoid faciat liberari, ſi probet ſe feciſſe quod potuit, nec quicquam perficere, & proficere potuiſſe. Nec enim verendum eſt, vt ad impoſſibile obligatus videatur, cùm præſtaodo id qood intereſt, quod ſemper in pecunia oomerata conſiſtit, liberetur. Idque probatur optimè ex hoc verſiculo, & ex *dict. leg. Labeo 25. §. vltim. ſupr. de receptis*.

3 ¶ Conſtituere autem & præſentes & abſentes poſſumus: ſicut paciſci & per nuncium, & per noſmetipſos, & quibuſcunque verbis.

*Ad §. vlt. Conſtituere.*

R a t. d v b. Conſtitutum propiùs ferè accedit ad ſtipulationem, quàm ad pactum, cùm ex conſtituto detur actio ſicut ex ſtipulatione, non etiam ex pacto nudo, vt diximus ad *leg. 1. ſupr. ex §. de conſtituta Inſtit. de actionib.* niſi quod actio ex conſtituto prætoria eſt, actio autem ex ſtipulatione ciuilis *d. §. de conſtituta*. Atqui ſtipulatio non poteſt fieri inter abſentes, ſed inter præſentes duntaxat *leg. 1. infr. de verbor. oblig.* nec proinde per epiſtolam, aut per nuncium, aut per procuratorem, ergo neque conſtitutum inter abſentes fieri poteſt, aut per nunciom aut per epiſtolam.

D e c. Conſtitutum fit ex ſimplici conſenſu, ſicut pactum nudum, ſi modò adſit aoimus conſtituendi *dict. l. 1. §. eum qui ſupr.* nec proinde requirit ſolemnitatem verborum, vt ſtipulatio, & conſequenter nec præſentiam conſtituentis. Eſt enim generale, vt omnes conuentiones quæ conſenſu nudo contentæ ſunt, fieri poſſint & inter abſentes, & per epiſtolam, & per ouncium, & quibuſcunque verbis dummodò idoneis ad animum conſtituendi ſignificandum, vt Accurſius benè interpretatur: ſic in *leg. vbi purè 19. §. 1. ad Trebell.* cùm his omnibus modis æquè declarari & exprimi conſenſus poſſit *leg. 1. §. vltim. De contr. empt. infr. leg. conſenſu 2. De oblig. & act.* Sunt autem notabiles differentiæ quas hîc Bartolus congerit inter nuncium & procuratorem. Nuncius enim nihil niſi nudum præſtat miniſterium, tanquam organum viuum eius, cuius eſt nuncius, & quaſi pica, vel buccinum, vt Accurſius & Bartolus loquuntur. Ideóque non tam multa in eius perſona exigimus, vt ſit nuncius idoneus quàm in perſona procuratoris, vt ſit idoneus procurator. At procurator non præſtat nudum miniſterium, cùm ſibi acquirat, non ei cuius procurator eſt *leg. poſſeſſio 49. § vltim. De acquir. poſſeſſ.* niſi cùm de acquirenda poſſeſſione tractatur *leg. quod meo 18. eod.* poſtquàm vtilitatis cauſa placuit acquiri poſſe nobis poſſeſſionem per procuratorem *leg. 1. Cod. per quas perſon. nob. acquirend.* Nuncius priuati hominis generalis eſſe nunquam poteſt, ſed ſpecialis tantùm, eius ſcilicet negotij nomine, de quo ſpecialiter ei mandatum eſt. At procurator generalis eſſe poteſt, & plerunque eſt *l. procurator cui 58. & ſeqq. l. procurator totorum 63. ſupr. de procurat.* ideò autem loquimur de nuncio priuati, vt excludamus non tantùm nuncios iudicum, quos pragmatici ſeruientes vulgò vocant, ſed etiam nuncios & legatos Principum, maximè verò ſummorum Pontificum quos etiam hodie, nuncios vulgò appellamus, fortaſſe idcirco, qòòd ad eorum dignitatem & authoritatem maximè pertineat, vt quodcunqoe à nuncio fit, aut dicitur, ſi accipi debeat, quaſi ab ipſius ſummi Pontificis ore, ac viuæ vocis oraculo profectum. Prætereà in ouncio priuati mandatum ſpeciale præcedere neceſſe eſt, nec ſufficit ſubſequi ratihabitionem *d. l. 1. in fin. de contr. empt.* quod in procuratore diuerſum eſt, io cuius perſooa ratihabitio æquiparatur mandato *l. vlt. C. ad SC. Maced.* modò ritè & habili tempore facta ſit *leg. pen. & tot. tit. infr. rat. rem haber.* Vnde eſt qnod ooocius confert verba contractus in perſonam domini ſui *l. prox. infr.* procurator verò in ſuam propriam *l. 5. §. Iulianus lib. 11. ſupr.* Itaque ſi procurator quid faciat, vt nuncius, placet neque id valere, neque quod magis eſt, per ratihabitionem confirmari poſſe, quoniam aliud procuratoris, aliud noocij officium eſt. Denique ouncius ounquam obligatur, procurator obligatur.

15. Pavlvs

Digitized by Google

15. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

ET licèt libera perſona ſit, per quam tibi conſtituit: non erit impedimentum quòd per liberam perſonam adquirimus: quia miniſterium tantummodò hoc caſu præſtare videtur.

*Ad l. Et licèt 15.*

RAT. DVBIT. Per liberam perſonam nihil acquiri nobis poteſt, excepta ſola poſſeſſione, vt proximè diximus ex *l.1. Cod. per quas perſon. nob. acquir. leg. ſolutum 11. §. per liberam inf. de pignorat. act.* Atqui ponimus nuncij perſonam fuiſſe liberam, per quam tibi conſtitutum eſt. Ergo per eiuſmodi nuncium non potuit acquiri tibi actio conſtitutæ pecuniæ.

DEC. Nuncius nudum miniſterium præſtare videtur ei cuius nuncius eſt, nec niſi epiſtolæ, aut vt Accurſius loquitur, picæ aut buccini vice fungitur, vt diximus ad *§. prox. preced.* Ergo quemadmodum per epiſtolam conſtitutum fieri poteſt, ita & per nuncium, in eoque differt nuncius à procuratore *l. eum qui 5. §. Iulianus lib. 11. ſupr.* vbi etiã diximus. Et certè quodcunque per epiſtolam fieri poteſt, etiam per nuncium poſſumus expedire *leg. ſed & interpellatur 49. §. 1. ſupr. de recept. leg. 1. §. vltim. infr. de contr. empt. leg. 2. §. penultim. de obligat. & action.* Et longè aliud eſt, per liberam perſonam acquiri, aliud verò officium impleri *leg. ſi quis ſolutioni 24. §. 1. inf. de vſur. leg. 3. in princ. inf. Quod vi aut clam.* Vide tamen ne hîc deſit negatio in illis verbis *non erit impedimento, quòd per liberam perſonam acquirimus*, legendum enim potius eſt *non acquirimus* niſi verbum illud *acquirimus* malit quis explicare pro *acquireremus* vt ſcripſi *lib. 15. Coniect. cap. 5.* vbi vide.

16. VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

SI duo, quaſi duo rei; conſtituerimus: vel cum altero agi poterit in ſolidum.

*Ad l. ſi duo 16.*

RAT. DVB. Verba edicti prætoris de conſtituta pecunia concepta ſunt in ſingulari numero, de eo qui pecuniam debitam ſoluturum ſe conſtituit *l. 1. §. 1. ſup.* Ergo ſi duo quaſi correi debendi conſtituerint ſe ſoluturos, ad hoc edictum non pertinent, hactenus ſaltem, vt directa actione conueniri non poſſint, aut ſi pertineant, dicendum eſt, ſingulos ex eiuſmodi conſtituto nonniſi in viriles teneri, vt in *l. reos 11. §. cùm tabulis inf. de duob. reis.*

DEC. Correi ſiue debendi ſiue credendi fiunt ex quolibet contractu, & ex qualibet cauſa, quæ apta ſit producere actionem *l. eandem rem eod. tit.* Atqui cauſa conſtituti licèt non ſit iuſta, ciuili iure, cui incognita eſt, iuſta tamen eſt apud prætorẽ, qui ex conſtituto dat honorariam actionem, non minus quàm ex ſtipulatione, aut ex alio quolibet contractu, ciuilem. Ergo etiam per conſtitutum non minus quàm per ſtipulationem, aliúmve contractum poſſunt fieri duo pluréſve correi ſiue debendi ſiue credendi: ſcilicet cùm hoc actum eſt, vt vel ſinguli ſolidum debeant, vel ſingulis in ſolidum debeatur. Nec enim aliter correi fiunt, ſed obligatio inter omnes pro virilibus ſcinditur *dict. § cùm tabulis & l. 3. in princip. & paſſ. eod. tit.* Nec quod conſtituta iure ciuili incognita ſunt, ad rem facit, cùm etiam ſtipulationum prætoriarum duo rei fieri poſſint *l. & ſtipulationum 14. eod. tit.* Ergo habebunt hi correi ſicut & reliqui beneficium diuiſionis ex epiſtola Diui Hadriani ſi pro alio conſtituerint, ſi verò pro ſe beneficium ſuæ conſtitutionis *Nouell. 99. de duobus reis cap. 1. & l. vltim. Cod. hoc tit.* vt Accurſius hîc notat.

1 ¶ Sed & certo loco, & tempore conſtituere quis poteſt, nec ſolùm eo loci poſſe eum petere vbi ei conſtitutum eſt: ſed exemplo arbitrariæ actionis, vbique poteſt.

*Ad §. 1. Sed & certo locõ.*

RAT. DVB. Conſtituta ideò à prætore introducta ſunt, quia graue eſt fidem fallere *l. 1. in princip. ſup.* Atqui inuenta erit ratio frangendæ fidei in conſtituto datæ, ſi permittatur conſtituere certo loco. Ita enim fiet, vt nunquam conueniri poſſit de conſtituta pecunia is qui conſtituit, nempe ſi ad locum illum conſtituto comprehenſum accedere nunquam velit, ſiue data opera id faciat ſiue aliis detentus negotiis, nec alibi tamen ſoluere velit *l. 1. ſupr. tit. prox.* Ergo non eſt inducendum, vt certo loco præciſè quis conſtituat ſe ſoluturum, neque rurſum, vt certo tempore, cùm conſtituta potiſſimum inducta fuerint ob eas pecunias, quæ nondum peti poſſunt *l. 3. §. vlt. ſupr.* Quod autem certo tempore ſoluendum conſtituitur, non magis ante diem peti poteſt, quàm ſi ex ſtipulatione deberetur. Totum enim medium tempus ſemper liberum promiſſori ad ſoluẽdum datum eſſe intelligitur *l. ſtipulatio iſta 38. §. inter l. qui hoc anno 42. l. liber homo 118. §. decem hodie de verb. oblig. l. quod certa 70. inf. de ſolut.* Ergo neque certo loco neque certo tempore coarctari debet conſtitutum, vt aliqua & certa eius vtilitas eſſe poſſit.

DEC. Non ſunt coarctandæ neque impediendæ hominum liberæ voluntates, & conuentiones, cùm fieri poſſit, vt quis conſtituat ſe ſoluturum certo loco & tempore, qui aliter non fuerit conſtituturus

*arg. leg. vlt. Cod. de pact. inter empt. & vendit.* Satiſque eſſe debet, quòd non ideò conſtitutum inutile futurum ſit, non ſolùm ſi certo tempore conſtitutum ſit, vt diximus ad *dict. leg. 1. §. vltim.* ſed etiam ſi certo loco, quia non eo minùs poterit conſtituta pecunia vbique peti, & quocunque loco, *exemplo arbitrariæ actionis*, vt Vlpianus hîc ſcribit. Quod noſtri omnes ne excepto quidem Cuiacio ſic intelligunt, vt hoc caſu arbitraria ſit actio, quæ datur ex conſtituto, perinde ac ſi competeret ex ſtipulatione, aut ex teſtamento: quaſi fieri nequeat, vt qui certo loco ſe ſoluturum conſtituit, vbique conueniri poſſit niſi per arbitrariam *argum. leg. 1. ſupr. de eo quod certo loco.* Sed nos contrà ſentimus ex ipſis Vlpiani noſtri verbis, actionem hanc per quam conſtituens conueniri vbique poteſt, non tam eſſe arbitrariam, quàm exemplo arbitrariæ actionis comparatam: quia ſicut is qui ex contractu bonæ fidei certo loco dare ſe obligauit, conueniri quocunque alio loco poteſt, nec id tamen per arbitrariam, ſed per actionem bonæ fidei ex eo contractu competentem, tanquam ſufficiente ſola actionis natura & æquitate *leg. in bonæ fidei 7.* vbi diximus *eod. tit.* Ita & in actione de conſtituta pecunia, quæ prætoria eſt, & ex mera æquitate Prætoris comparata, nil neceſſe eſt, arbitrariam actionem inducere, cùm ſufficere poſſit æquitas actionis & Prætoris ad obligandum conſtituentem, vt ſi non ſoluat in loco deſtinato quàm primùm poteſt, quocunque alio loco vrgeri poſſit ad ſolutionem, quemadmodum ſi conſtituiſſet ſe ſoluturum quocunque loco inuentus eſſet, ne in ipſius poteſtate ſit fidem frangere, quod contra mentem Prætoris & propoſitum edicti eſſet. Ergo quemadmodum in actione arbitraria loci vtilitas æſtimanda eſſet in fauorem eius per quem non ſtetiſſet, quominùs ſuo loco ſolueretur, ita & in hac conſtitutæ pecuniæ actione exemplo arbitrariæ actionis eadem vtilitas loci æſtimanda erit, aut pro actore, aut pro reo, prout æquitas ſuggeret, quam habere ante oculos debebit iudex, qui de actione iſta cognoſcet non minùs quàm qui arbitrariæ actioni addictus eſt *l. 4. in fin. ſupr. eod. tit. prox.* Cùm enim actio hæc ad exemplum arbitrariæ actionis comparata ſit, vt Vlpianus ait, quamuis non ſit ipſa arbitraria, eaſdem tamen præſtationes recipit ex bona fide & æquitate, quas arbitraria reciperet officio iudicis. Scripſi pluribus in *Error. 6. Decad. 91. de error. pragmatic. & interpret. iur.* Vbi vide.

2 ¶ Ait Prætor: *Si appareat eum, qui conſtituit, neque ſoluiſſe, neque feciſſe, neque per actorem ſtetiſſe, quominùs fieret quod conſtitutum eſt.*

*Ad §. 2. Ait Prætor.*

Proponuntur in hoc §. verba edicti *De conſtituta pecunia*, ſed manca tamen & mutila, quæ cauſam actionis dandæ duntaxat continent, illam ſcilicet ſi appareat eum qui conſtituit ſe ſoluturum aliquid, aut facturum, neque ſoluiſſe, neque feciſſe quod promiſit, neque per actorem ſtetiſſe quominùs fieret quod conſtitutum eſt. Sed quid prætor eo edicto pollicitus ſit, non conſtat. Accurſius ſic intelligit poſt Azonem, ac ſi Prætor adiecisſet *reum ſatisfacere cogam*. Quod Bartolus reprehendit: nec malè, quia, inquit, ex iis verbis non oriretur actio de conſtituta pecunia, ſed officium iudicis, quod ille accipit pro cognitione Prætoria, de qua in *leg. quòd ſi minor 24. §. vltim. ſupr. de minor. & tot. tit. De var. & extraord. cognit.* Itaque ſic ſupplenda ſunt potiùs verba edicti, vt ſubintelligamus vulgarem clauſulam, quæ in cæteris edictis addi ſolet *iudicium dabo*. Expeditur enim quæſtio hæc conſtitutæ pecuniæ actione ordinaria, non cognitione prætoria. Sunt enim quædam cauſæ duntaxat, de quibus Prætor ipſe cognoſcit, qualis illa eſt de in integrum reſtitutione minorum, de qua ſic Prætor edixit, *vti quæque res erit animaduertam leg. 1. dict. leg. quòd ſi minor. vigeſim. quart. §. vltim.* vbi diximus *ſupr. de minor.* Item cauſa ſtatus & liberalis, de qua in *titul. de liber. cauſ. leg. non diſtinguemus 32. §. de liberali ſupr. de recept. Qui arbitr. recep.* Sed ab iis cauſis multùm diſtat cauſa conſtitutæ pecuniæ, ideóque paſſim actio appellatur, vt intelligamus eam expediri per formulam & per iudicem pedaneum, dandum à Prætore poſt litem conteſtatam, quæ fuit vetus ratio exercendorum iudiciorum omnium, quæ idcirco ordinaria dicebantur ante *leg. 2. Cod. de pedan. iudicib. & titul. Codic. de formul. & impetr. action. ſublat.* Iunge *titul. de variis & extraordin. cognit.*

3 ¶ Ergo ſi non ſtetit per actorem, tenet actio: etiam ſi per rerum naturam ſtetit. ſed magis dicendum eſt, ſubueniri reo debere.

*Ad §. 3. Ergo ſi non ſtetit.*

R A T. D V B. Non tenetur debitor de interitu rei debitæ, niſi poſt moram ipſius debitoris contingente *leg. ſi ex legati vigeſim. tert. & leg. ſeq. leg. ſi ſeruum 91. §. ſequitur infr. de verbor. obligat. leg. cùm res 47. de legat. 1.* Atqui fieri poteſt, vt res quam quis ſe daturum conſtituerit, ſuo fato perierit, nulla præcedente mora promiſſoris. Ergo quamuis verum ſit hoc caſu non dediſſe promiſſorem, nec feciſſe quod promiſerat, nec per actorem ſtetiſſe, quominùs fecerit, dicendum eſt liberari conſtituentem, nec teneri *de conſtituta pecunia*, ne quidem ipſo iure: &, vt noſtri loquuntur, de rigore iuris. D E C. Ita quidem eſt ex ratione iuris, ſed aliud tamen

ex ver-

ex verbis edicti, cùm polliceatur Prætor actionem ſe daturum *de conſtituta pecunia*, ſi neque conſtituens dederit vel fecerit id quod conſtituit, neque per actorem ſteterit. Quæ omnes condiciones non eò minùs implentur, quòd res debita poſtmodum fato ſuo perierit citra moram. Sed tamen benè ſubiungit Vlpianus, ſubueniendum eſſe huic conſtituenti, ſi poſt rem fato ſuo peremptam nulla mora interueniente ex conſtituto conueniatur. Quomodo autem ei ſubuenietur? Data ſcilicet illi exceptione aut potiùs iuſta edicti interpretatione; vt ſubiicitur in *l. ſeq.* vt quod verbis edicti comprehenſum eſt, interpretationem accipiat ex mente Prætoris, quem non eſt exiſtimandum in proponenda huiuſmodi actione, quæ tota eſt ex bono & æquo, & ex bona fide, aliquid iniqui edicere & decernere voluiſſe. Eſſet autem iniquum cõſtituentem per quem non ſtetit, quominùs conſtituto ſatisfaceret, & qui moram non fecit teneri de caſu fortuito, ob hoc ſolùm, quod nec ſteterit per actorem, cùm debitor factum præſtare nunquam debeat, vt nec alius quiſquam ſi mora nulla præceſſerit *l. contractus 23. in fi. de reg. iur. l. pignus 9. C. de pignor. act.* non idem eſſet, ſi de legis alicujus durioris interpretatione ageretur. Nec enim prudentibus liceret; at nec ipſi Prætori eam verbis repugnantibus interpretatione mollire, qui quantumuis dura ſeruanda eſſet, quomodo ſcripta legeretur *l. proſpexit 12. infr. Qui & à quib. manum.* inter ius namq; & æquitatem poſitam interpretationem ſoli Principi licet inſpicere *l. 1. C. de legib.* At Prætor edictum ſuum interpretari poteſt, eius ſi quidem eſt interpretari cuius eſt condere *l. vlt. eod. tit.* nec tamen interpretatio Prætoris interpretationem prudẽtum excludit. Neque verò prætoribus omnibus eadem fuit mens & induſtria concipiendi edicti verbis cõuenientibus, vt conſtat ex hoc §. & ex *l. ait Prætor 5. infr. de re iudic.* Meliùs enim dixiſſet Prætor in hoc edicto, ſi promiſſor fuerit in mora dandi vel faciendi, vt Bartolus ad *§. ſeq.* explicat. Non vt ſimplex abnutiuum ſufficiat, quomodo loquitur Paulus in *l. inter ſtipulantem 83. in princ. de verb. oblig.* id eſt datum vel factum non eſſe: quod ſufficeret ſi ſimplex condicio eſſet, quam promiſſio & diſpoſitio nulla præceſſiſſet, vt in *l. in illa 8. eod. tit.* ſecundùm diſtinctionem eiuſdem Bartoli ex *l. ſi homo mortuus 69. eod. l. ſi plenam 24. infr. quand. dies legat. ced.*

4 ¶ Hæc autem verba prætoris; *neque feciſſe reum quod conſtituit*: vtrum ad tempus conſtituti pertineant, an verò vſque ad litis conteſtationem trahamus, dubitari poteſt, & puto, ad tempus conſtituti.

*Ad §. vlt. Hæc autem verba.*

RAT. DVB. Cùm Prætor actionem conſtitutæ pecuniæ pollicetur; & daturum ſe iudicium, ſi appareat conſtituentem neque dediſſe; neque feciſſe id quod conſtituit; apertè ſignificat à contrario ſenſu, non daturum ſe actionem, ſi eo tempore petatur quo paratus ſit conſtituens vel dare, vel facere quod promiſit. Ad quid enim peteretur contra eum actio, niſi vt quod conſtituiſſet dare vel facere cogeretur? Cur verò iudicium accipere cogamus eum qui paratus ſit præſtare, quod debet? *l. ſi reus ſupr. de procurat. l. ſi debitori 21. ſup. de iudic.* Atqui non datur nec poſtulatur actio, niſi poſt litem conteſtatam. Ideóque in libris noſtris tempus litis conteſtatæ vel accipiendi, acceptive iudicij idem eſt. Ergo hæc verba edicti non ad id tempus referenda ſunt, quo promiſſor ſoluere ex conſtituto debuit, ſed ad tempus vſque litis conteſtatæ trahenda. DEC. Verba edicti ſicut de conſtituto loquuntur, ita & de eo tempore intelligi debent, non quo conſtitutum factum eſt, ſed in quod ſolutio per conſtitutum collata eſt, ſiue tempus illud in conſtituto expreſſum ſit; vt in principio huius legis, ſiue tacitè ſubintelligi debeat; ne conſtituẽs eodem inſtanti & obligationem & moram contraxiſſe intelligatur *l. promiſſor 21. §. 1.* vbi dicemus *infr. hoc tit.* quomodo & Accurſius noſter benè interpretatur. Ergo ſi eo tempore promiſſor neque dederit, neque fecerit, quod ſe daturum vel facturum conſtituerat, negari non poteſt, quin ex verbis edicti actio danda ſit, quaſi impleta cõdicione ſub qua Prætor actionem pollicetur. Verum enim eſt neque datum, neque factum fuiſſe eo tempore quo dari vel fieri debuit. Spectandũ ſi quidem eſt nouiſſimum tempus, quo id dari vel fieri potuerit *l. ſi Calendis 21. infr. de re iudic.* Ex æquitate tamen reo ſubueniendum eſt, ſi alia die offerat, & quandocunque ante litem conteſtatam, vt ſubiicitur in *l. ſeq.* quaſi purgata mora, dum ne adhuc quicquam intereſſe cœperit creditoris, vt mox dicemus.

17. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

SEd & ſi alia die offerat, nec actor accipere voluit, nec vlla cauſa iuſta fuit non accipiendi: æquum eſt, ſuccurri reo, aut exceptione, aut iuſta interpretatione: vt factum actoris vſque ad tempus iudicij ipſi noceat: vt illa verba, *neque feciſſe*, hoc ſignificent, vt neque in diem, in quem conſtituit, fecerit, neque poſtea.

*Ad l. Sed etſi alia die 17.*

RAT. DVB. Mora quæ ex lapſu diei contingit ipſo iure, purgari poſteà non poteſt, vt diximus ad *l. quod ſi Epheſi 4. ſupr. tit. prox. ex l. ſi Calendis 21. infr. de re iudic.* Ergo is qui conſtituit certo tempore ſe ſoluturum, ſi eo tempore non ſoluerit, audiendus non eſt, ſi alia die offerat, & purgare moram velit, ac proinde omnimodo teneri debet *de conſtituta pecunia ex edicto*, cuius verba id omnino euincunt, vt diximus ad *§. prox. ſupr.* DEC. Sicuti prætoriæ ſtipulationes recipiunt interpretationem ex mente Prætoris, in eóque differunt à conuentionalibus *l. in conuentionalibus quinquageſim. ſecund. infr. de verbor. obligation.* ita & actiones Prætoriæ, quæ ex edicti verbis proficiſcuntur. Prætoris enim eſt interpretari

qua mente quid dixerit, præſertim ne quid contra æquitatem edixiſſe aut decreuiſſe videatur. Cum itaque fuerit liberum Prætori actionem conſtitutæ pecuniæ ab initio inducere, vel non inducere, potuit vtique quibus voluit legibus & condicionibus eam inducere: ac proinde ſub ea demum condicione, ſi conſtituens neque dederit, neque fecerit intra tempus præſtitutum, neque poſteà ad tempus vſque litis conteſtatæ. Neque tamen Prætor moræ purgationem omnimodo permiſit, ſed ita demùm ſi creditor iuſtam cauſam non habuit recuſandæ ſolutionis: habet autem iuſtam cauſam ſi iam cœperat eius intereſſe, &, vt loquitur Accurſius, ſi mora ei fuerat damnoſa. Generale enim & perpetuum eſt, vt moræ purgatio nunquam admitti debeat poſt elapſum diem, ſi iam cœperit intereſſe actoris *l. etſi poſt tres 8. ſupr. ſi quis caution. l. ſi ita quis 135. §. Seia in fin. de verbor. oblig.* Quod diuerſum eſt in ea mora cui lapſus certi temporis cauſam non dedit, ſed negligentia tantùm in faciendo eo quod fieri promiſſum erat, & fieri potuerat. Tunc enim purgari mora poteſt ad tempus vſque litis conteſtatæ *l. ſi inſulam 84. eo. tit.* Indéque eſt quod in ſtipulationibus pœnalibus non admittitur purgatio moræ poſt præteritam diem quæ interpellauit pro homine *l. magnam 12. Cod. de contr. & committ. ſtipulat.* quia negari non poteſt quin cœperit intereſſe actoris ratione cõmiſſæ pœnæ, quam committi placuit, tum quoque cùm perſona nulla fuit, quæ ad diem dictam poſſet ſoluere *leg. ad diem 77. de verb. oblig.* In propoſito autem non tam diſputamus de interpretanda eorum voluntate, inter quos conſtitutum factum eſt quàm de interpretanda mente Prætoris, quomodo nimirum accipi ille voluerit ea verba edicti, *neque feciſſe reum quod conſtituit.* Vult autem ſic accipi ac ſi ſcriptum eſſet in edicto, *ſi neque in diem in quem conſtituit, fecerit neque poſteà.* Cui interpretationi præter ſummam æquitatem, quæ in omnibus de mora quæſtionibus maximè ſpectanda eſt *l. ſi ſeruum 91. § ſequitur de verb. oblig.* Illud etiam fauet quod in edicto Prætor adiecit, *neque per actorem ſteterit quominùs fieret quod conſtitutum eſt l. prox. §. ait Prætor ſupr.* Quibus verbis, cùm actoris quoque factum Prætor notauerit, non modò inſpici voluit, an conſtituens fuerit in mora ſoluendi, ſed etiam vtrum actor in mora accipiendi. Eſt autem in mora accipiendi quandiu nihil adhuc cœpit ipſius intereſſe, licèt conſtituens fuerit in mora ſoluendi, vt diximus. Meritò igitur noluit Prætor, vt factum actoris ipſi noceat, ad tempus vſque accepti iudicij, niſi iuſtam cauſam habuerit recuſandæ ſolutionis, id eſt, vt interpretati iam ſumus, niſi damnum aliquod ex mora ſenſerit, vt negari non poſſit eius intereſſe. In quo mitiùs agit Prætor cum conſtituente, qui ad diem non ſatisfecit, quàm agi ſoleat cum eo qui ex alio ſuo contractu conuenitur, cui ad diem non ſatisfecerit. Is enim non aliter admittitur ad purgandam moram, quàm ſi duo illa concurrant, vt neque actoris quicquam adhuc interſit, & poſt paucos dies offeratur, quod ad impediẽdam moram offerri antè debuit *d. l. etſi poſt tres & d. §. Seia in fin.* At in hoc edicto admittit Prætor purgationẽ moræ, quãtocunque interuallo temporis diſtet litis conteſtatio à die, intra quem conſtituto ſatisfieri debuit: idque propterea adiecta in edicto verba illa, *neque per actorem ſteterit quominùs fieret quod conſtitutum eſt*, vt in quæſtione quæ tota ex bono & æquo eſt, non minùs auſteritas & contumacia actoris, quàm rei mora & negligentia coerceatur. Alia quæſtio eſt, ſi tractetur de ineunda æſtimatione rei debitæ quæ ad certam diem ſolui debuit. Tunc enim præcisè inſpiciendam eſſe dicimus æſtimationem, quæ fuit ea die *l. vinum 22. ſup. de reb. credit. l. vlt. ſupr. de condict. tritic. d. l. ſi Calendis 11. de re iud.* Neque de purgatione moræ tractari hoc caſu quicquam poteſt, quia non ad effectum aliquem moræ hoc referendum eſt, ſed ad verba & ſubſtantiam obligationis. Effectus enim moræ verſantur maximè circa acceſſiones principalis obligationis, cùm de purganda mora quæritur, non circa ipſam obligationem, quia nec purgari mora vnquam poteſt, niſi cùm omnia ſunt integra: non ſunt autem integra, vbi certi temporis æſtimatio deberi cœpit, quæ ad aliud tempus referri non poteſt, quin hoc ipſo immutetur. Succurrit autem hoc edicto Prætor ei, qui conſtituto non ſatisfecit intra diem præſtitutum, ſi per actorem ſteterit quominùs re integra poſteà ſatisfactum fuerit, vel data ei exceptione contra actionem conſtitutæ pecuniæ, ſi fortè iam data ſit actio: vel, quod melius eſt, iuſta edicti interpretatione, per quam fiat, vt creditori deneget actionem Prætor. Melius enim eſt denegare quoties denegari iuſtè poteſt, quàm ſub exceptione eam concedere, vt in *l. neceſſariis 57. infr. de acquir. hered.* Maximè verò id obtinere debet in hac actione conſtitutæ pecuniæ, quæ cùm ſit tota ex bona fide & ex æquitate vel omninò deneganda eſt, vel efficax eſſe debet, nulliſque exceptioni obnoxia: quod in cæteris ferè omnibus prætoriis diuerſum eſt. Si tamen actio iam à Prætore data ſit, quod facilè per obreptionem contingere poteſt, neceſſarium vtique eſt auxilium exceptionis, neque amplius iuſtæ vlli interpretationi locus relinquitur. Et ita hæc verba interpretanda ſunt *aut exceptione aut iuſta interpretatione*, non quomodo Bartolus poſt Azonem interpretatur, vt ſi pecunia, vel alia quantitas ex conſtituto debeatur, neceſſaria ſit cõſtituenti exceptio *ex l. qui decem 72. in princ. de ſolut.* ſi verò ſpecies, nulla ſit neceſſaria exceptio, quaſi liberato debitore ipſo iure ſi poſt oblationem perempta ſit ſpecies. Quod certè à Pauli ſenſu alienum eſt qui & indiſtinctè loquitur, & exceptionis aut iuſtæ interpretationis neceſſitatem ad eundem caſum proculdubio refert. Quid? Nónne auditur reus offerens ſolutionem ad tempus vſque ſententiæ? Id enim eſt quod dici ſoles, iudicia omnia eſſe abſolutoria *§. vltim. Inſtitut. de perpet. & tempor. action.* Fateor, ſi modò actori in plenum ſatisfiat, id eſt, non tantùm debiti principalis nomine, ſed etiam acceſſionum omnium, & expenſarum litis. Sed ea non moræ purgatio, at pleniſſima ſatisfactio eſt, ad quam nec obſignatio & depoſitio ſufficeret, vt malè videtur ſentire Bartolus, quia poſt litem conteſtatam ſemper ſera oblatio & moræ purgatio eſt, & neceſſariò exinde ad condemnationem deueniendum eſt, aut ad eam ſatisfactionem in qua tantum ſit, quantum fuiſſet in condemnatione, & pleniſſima litis æſtimatione, ſi condemnari magis quàm abſolui debitor voluiſſet. Alioqui nec abſolui poteſt, nec effugere condemnationem, ſi non offerat omnia, ad quæ condemnari eum oporteret.

18. Vl-

18. VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

ITem illa verba prætoris, *neque per actorem ſtetiſſe*, eandem recipiunt dubitationem, & Pomponius dubitat, ſi fortè ad diem conſtituti per actorem non ſtetit, antè ſtetit, vel poſtea. & puto, & hæc ad diem conſtituti referenda, proinde ſi valetudine impeditus, aut vi, aut tempeſtate, petitor non venit, ipſi nocere, Pomponius ſcribit.

*Ad l. Item illa 18.*

Hæc lex continuanda eſt cum §. *vlt. l. ſi duo 16. ſuprà*. Eſt enim vtraque ex eodem Vlpiani libro 27. *ad Edictum*, eandémque dubitationem continet circa interpretationē verborum huius edicti. Sed *d. § vlt.* circa interpretationē verborū, quę perſonā promiſſoris reſpiciunt *neque feciſſe reum quod conſtituit.* hæc autem lex circa interpretationem verborum reſpicientium perſonam actoris *neque per actorem ſtetiſſe.* Tam enim illa quàm hæc verba recipiunt eandem dubitationem, an ad conſtituti tempus referenda ſint, an trahenda vſque ad tempus accepti iudicij & litis conteſtatæ: niſi quod non poteſt reus eſſe in mora ſoluendi, antequam dies venerit in quem ſoluturum ſe quis conſtituerat, actor verò poteſt etiam ante diem illum eſſe in mora recipiendi, fortè ſi ante diem reus ſolutionem obtulerit, & actor eam ſine cauſa recuſauerit, cùm totum medium tempus liberum ſit debitori ad ſoluendum *leg. quod certa die 70. de ſolut. l. ſtipulatio iſta 38. §. inter de verbor. oblig.* Idque eſt quod Vlpianus in hac lege ſcribit, *ſi fortè ad diem conſtituti per actorem non ſtetit, antè ſtetit vel poſtea.* Sic enim legendum eſt, non vt vulgo *ante vel poſtea*, niſi repetas dictionem *ſtetit* quaſi ex more librarij Florentini ſemel tantùm ſcriptam, & bis tamen legendam, quod non improbo. Vtroque autē caſu Vlpiani ſententia eſt, verba edicti ad tempus conſtituti referendà eſſe, non ad tempus ſubſecutū ad litem vſque conteſtatam, neque poſteriora verba ad tempus quod præceſſerit diem, in quem conſtitutum fuit. Tritum enim eſt qualitatem iunctam verbo intelligendam eſſe ſecundùm tempus verbi *l. 4. §. ſi extraneus ſupr. de noxal. action.* Sed tamen aliter Paulo viſum eſt in *leg. prox. ſupr.* Vlpiani ſententiam verborum quidem rigori conuenire, quibus prætor in concipiendo edicto vſus eſt, ſed ab æquitate alienam eſſe, quantum ad verba quæ perſonam promiſſoris reſpiciunt, ſi fortè poſt contractam à promiſſore moram ob non ſolutam ſua die conſtitutā pecuniam, actor ipſe in mora quoque ſit recipiendæ poſt diem oblatæ ſolutionis: æquum enim eſſe actoris factum ipſi nocere vſque ad tempus accepti iudicij propter verba illa in edicto addita *neque per actorem ſtetiſſe*, quæ ſi addita non eſſent, aliud fortaſſe Paulus reſpondiſſet, vt docuimus ad legem præcedentem, quaſi conuenientius ſit, actori factum ſuum nocere, quàm eidem moram rei prodeſſe. At quod pertinet ad poſteriora illa verba, quæ ſolius actoris perſonam reſpiciunt *neque per actorem ſtetiſſe*, longè æquius eſt, cum eodem Paulo ea ſic interpretari, vt factum actoris nocere ipſi debeat, non ſolùm à quo tempore dies intra quem ſolui ex conſtituto debuerat, præterierit in tempus vſque accepti iudicij, vt ſuperiore caſu, ſed etiam pro tempore diem conſtituti præcedente, non quidem ob id ſolum quod creditore non adfuerit, (neque enim adeſſe cogebatur, niſi ei denunciaſſet debitor ſe ante tempus conſtituti, & tali die ſoluturum, vt benè docet Bartolus) ſed ſi ſolutio ante diem oblata ſit, & ab actore, vt diximus, recuſata ſine cauſa: æquum enim certè fuit, fauere prætorem reo, quem contra iuris ciuilis & prætorij communes regulas actione conſtitutæ pecuniæ ex nudo pacto conueniri patitur, quàm actori hanc actionem poſtulanti ſi fortè factum ipſius aliquod in recuſanda ſolutione interuenerit, quod excuſationē nullam mereatur: quod in cæteris creditoribus non ſimiliter inducendum fuit, qui ex iuſto aliquo contractu, aut alio iure actionem ſibi, non ex mera prætoris indulgentia quæſiuerunt. Itaque licèt ad hunc caſum ſupradicta Pauli ſententia nō pertineat, ratio tamen æquitatis, qua Paulus mouetur, maior eſt in hoc caſu, vt dixi, quā in ſuperiore. Neque eſt quod cum Accurſio & Bartolo diuinemus eū caſum tractari ab Vlpiano, in quo tēpus adiectum ſit gratia creditoris, vt in *l. ſi ita ſcriptum 45. §. Pegaſus de legat. 2. leg. 3. §. cùm Pollidius de vſur. l. Iauolenus aliàs l. cum qui 15. de ann. legat.* Sed ſi cum Vlpiano contra Paulum ſentire quis velit, eum neceſſe eſt ad rationē illam omnino cōfugere, quam pro eodem Vlpiano attulimus, quòd verba edicti ſicut ad conſtitutum expreſsè relata ſunt, ita & ad tempus in quód reus ſoluturum ſe conſtituit, referenda ſint. Planè in eo quod Vlpian. hîc ſubiicit, ſi actor valetudine impeditus aut vi aut tempeſtate ad diem conſtituti non venerit, nocere id debere actori, non diſſentit à Paulo. Nam ſi id quoque tempus ſpectari Paulus voluit, quod conſtituto præſtitutum aut præcederet aut ſequeretur, multo vtique magis illud ipſum ſpectari voluit in quod ſolutio per conſtitutum collata fuit Sed tota diſſenſio Vlpiani & Pauli ad eos caſus pertinet, in quibus non ſteterit quidem per actorem quominus ad diem conſtituti ſolutionem acciperet, ſed ante tamen ſteterit vel poſtea. Vlpiani ſententia ex rigore verborum edicti verior eſt, ſed Pauli ex ſententia & æquitate edicti lōgè humanior & iuſtior. Et hæc quidem ad hos Vlpiani & Pauli locos dixiſſe ſufficeret, niſi nos Accurſius & Bartolus cogerent aliquid dicere de quæſtionibus, quas illi de mora hîc tractant, ſunt enim vtiles & in quibus ſi quando occurrant, ſolēt noſtri ad Bartoli diſtinctiones quas in hanc legem adfert, confugere, non obſeruantes quod obſeruandum præcipuè fuit, non tam tractari hîc de mora generaliter, quàm de interpretatione & effectu verborum edicti huius *de cōſtituta pecunia*. Et verò illud falſum eſt quod primum Bartolus notat, ſi generaliter intelligatur, actorem eſſe in mora recipiendi, ſi ad diem non venerit in locum ſolutioni deſtinatum. Quid enim ſi nec debitor ipſe venerit? Neuter in mora erit, ſi Bartolo credimus *numer. 11. ex l. arbiter Calendis 40. ſupr. de recept.* (etſi eius

legis alia longè ratio eſt, vt infrà dicemus) aut ſi benè ſentio, ſolus debitor hoc caſu erit in mora *arg. l. ſi & per emptorem 51. inf. de act. empt.* Eſſe enim debet aliquis qui paratus ſit ſoluere, vt creditor in mora conſtituatur, at nō aliquis etiam qui paratus ſit accipere, vt debitor contraxiſſe moram videatur: quemadmodum enim nihil poteſt imputari debitori qui non habuit cui ſolueret *l. pecunia 9. §. vlt. leg. cùm quidam 17. §. ſi pupillo inf. de vſur. l. vltim. infr. de leg. commiſſ.* ita poteſt ei imputari ſi habuit cui ſolueret, & quem adire potuerit ſi voluiſſet: at non item creditori cur ad diem nō venerit, vt acciperet ſolutionem, quam nemo offerebat. Ideóque ponendum eſſet in hac lege oblatam fuiſſe ad diem conſtituti pecuniam, & ab actore recuſatam, aut ſaltem paratum fuiſſe debitorem ſoloere, creditorem verò ad diem non veniſſe, vt creditori aliqua imputari mora poſſet, ſi non facerent verba edicti contra actorem, quem prætor voluit venire omnimodo ad diē ne per ipſum ſtetiſſe videretur. Sed illud tamen etiā obſeruandum eſt, parum intereſſe debitoris, an creditor moram contraxerit, necne, dummodo ipſe debitor non ſit in mora, quantum ad hoc, vt periculum rei debitæ pertineat ad actorem: nunquam enim trāsfertur in debitorem, niſi ipſe in mora fuerit *l. ſi ex legati 23. & ſeq. de verb. oblig.* nec mora actoris facit meliorem debitoris condicionem, niſi cū ipſe quoque debitor antè fuit in mora. Ea namque purganda neceſſariò eſt, vt debitor in quem periculum ſemel tranſlatū eſt, ab eo ruſus in creditorem trāſferatur: quod non melius fieri poteſt, quàm ſi creditor ipſe in mora conſtituatur. Poſterior enim mora ſemper nocet *leg. illud 17. infr. de peric. & commod. rei vendit. l. ſi ſeruum 91. §. ſequitur de verb. oblig. l. qui decem 72. in princ. & §. 1. de ſolut.* Eadémque diſtinctio adhibenda eſt, cùm quæritur, de quo hîc Bartolus potiſſimum quærit, an debitor ire debeat ad domom creditoris, an potius creditor ad domum debitoris: nam quemadmodum quoties in mora debitor cōſtituendus eſt per interpellationem, neceſſariò adeundus eſt debitor, vt interpelletur, vel in perſona ſua vel in ſuo domicilio (debet enim fieri interpellatio congruo loco & congruo tempore *l. mora 32. infr. de vſur.*) ita & cùm debitor moram contraxit, ſi purgare eam velit, certum eſt, debere illum ire ad domom creditoris, vt quod debet, offerat, & ita in poſteriore mora conſtituat creditorem. Idémque iuris eſt, ſi creditor prior moram in accipiendo cōtraxerit: debet enim poſtea debitorem adire ad purgandam moram, eúmque in mora ſoluendi conſtituere. Deniqoe eius eſt qui offerre debet, vt aduerſarium prius adeat, & perqoirat ne in mora ipſe cōſtituatur aut retineatur non offerendo: ideóqoe ſi mora non per interpellationem contrahenda ſit, ſed per ſolum lapſom temporis in obligatione appoſiti, ad debitorem ea res pertinebit extra cauſam huius edicti, vt creditorem adire debeat ad offerēdam ei ſolutionem, ne alioqui ſolus diei lapſus in mora eum conſtituat cū eo caſu dies interpellet pro homine *l. magnam 12. Cod. de contr. & committ. ſtipulat.* quæ licèt ad eam maximè ſpeciem pertineat, quæ pœnam contineat, ſi ad diem ſatisfactum non erit, nolim tamen exiſtimare cum interpretibus, quod illi ex ea lege inferunt, in cauſis tantùm pœnalibus diem interpellare pro homine, ſed generaliter intelligi id volo, in pœnalibus verò caoſis hoc tantùm ſpeciale eſſe, quòd ea mora purgari nō poteſt, quia nec purgari poſſet, ſi nolla ſtipulationi ſubiecta pœna cœpiſſet actoris intereſſe, vt diximus ad *l. preced. ex l. etſi poſt tres 8. ſupr. ſi quis caution. leg. ſi ita quis 135. §. Seia in fin. de verb. oblig.* Pœna aotem adiecta vice eius eſt, quod intereſt ſiue quod adiecta plerumque creditor ad taxandum id, quod intereſt *l. vlt. infr. de ſtipul. prætori*, ſioe quòd cùm pœna adiecta eſt, non ſit quærendom an interſit, ſed tantùm quænam ſit qoantitas & condicio ſtipulationis *l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri l. ad diem 77. de verb. oblig.* Cùm ergo dies interpellet ſemper pro homine, conſequens omninò eſt, vt debitor tanquam interpellatus, & hoc ipſo in mora conſtitutus, creditorem debeat adire & ipſi offerre, non modò ad purgandam moram, ſed etiam ad eam impediendam *l. 2. C. de iur. emphyt. leg. forma 4. §. is verò infr. de cenſib.* Nec aliud eſt ſiue debitor, ſiue creditor aliquod ius contra aduerſarium acquirere ſibi velit. Tunc enim proficiſci omnino aduerſarium debet *l. pen. §. vlt. de condict. & demonſtr. l. vlt. C. de cond. inſert.* Aliud enim eſt velle ſe tantùm exonerare, aliud verò ius aliquod ſibi velle acquirere, vt & Bartolus benè diſtinguit. Sed non æquè facilè probare poſſum, quod Accurſius, Bartolus, & poſt eos cæteri diſtinguunt, an debitor & creditor ſint eiuſdem fori, necne, vt ſi non ſint eiuſdem fori, non cogatur debitor ire ad domum creditoris, ne qoidem iis caſibus quib. alioqui cogeretur, nec pariter creditor ad domū debitoris. Quod etſi ex hoc vnico textu probare voluit, in illis verbis *petitor non venit*, mihi tamen ſuſpecta probatio eſt, qui video iuris huius ſpecialem eſſe rationē propter verba edicti, quæ nō ſolùm exigunt, vt per conſtituentem factum ſit, qnominus ſua die ſolueret, ſed etiam vt non ſteterit per actorē. Stetiſſe autem videtur ſi ad ſolutionis locū non venerit, quamuis nec reus ipſe venerit. Stat. n. hoc caſu per vtrumque. At in cęteris cauſis ſufficit promiſſorē non feciſſe quod debuit, licèt nec actor ex parte ſua quicquam fecerit *d. l. ad diem 77. de oblig. & action. & d. l. magnam 12. C. de contr. & committ. ſtipul.* Rationem differentiæ attulimus in ſuperioribus, vt conſtituens qui in eo grauatur, quod contra iuris & ciuilis & prætorij regulas ex pacto nudo conuenitur, in alio releuetur, ne tam facilè conueniri ex mora ſua poſſit *arg. l. eum qui 30. ſupr. de iureiur.* Sed alia quoque addi poteſt, quæ mihi vt ſpecialior ita & conuenientior videtur, quòd in cæteris cauſis obligatio præcedit moram, ideóq; ſolemus dicere nullā ibi moram fieri, vbi nulla petitio eſt *l. ſi pupillus 127. de verb. oblig. l. nulla 88. de regul. iur.* At in actione iſta conſtitutæ pecuniæ ſpeciale eſt, vt non aliter eam polliceatur prætor, quā ſi conſtituens in mora fuerit præſtandi quod promiſit: dat enim illam prætor in pœnam fractæ fidei, quia graue eſt fidem fallere *d. l. 1. in princip. ſupr.* vnde & ratio dubitandi petenda eſt ad *§. penult. infr.* Non autem videri poteſt conſtituens fidem fregiſſe, ſi per actorem quoqne ſteterit, quominus conſtituto ſatisfieret. Scio nihil poſſe imputari promiſſori, ſi non habuit, cui ſolueret *d. l. pecunia §. vlt. & d. l. cùm quidam §. ſi pupillo infr. de vſur.* ſed non eo minus habet debitor cui ſoluat, aut cui offerat, quòd in alio foro & in alia etiam, ſi voles, prouincia creditorem perquirere compellatur, etſi nonniſi cum aliquo ſuo incommodo & vitæ periculo id facere poſſit, vt in *dict. leg. vlt. Cod. de condict. inſert. dict. l. pen. §. vlt. de condict. & demonſtr. dict. l. vlt. inf. de leg. commiſſ.* Itaque vt excuſetur debitor à mora, non ſufficit vt aliquem difficultatis

prætextum

prætextum poſſit obtendere, ſed neceſſe eſt, vt probet in ſua poteſtate non fuiſſe, vt ſatisfaceret nec dolo eius malo quicquam factum fuiſſe, ſi modò iuſta aliqua cauſa fuerit propter quam intelligere deberet ſe dare oportere, vt ſcriptum eſt in *l. quod te 5. ſupr. de reb. credit. & in l. vlt. § penult. infr. de leg. Rhod. de iact.* Nec ſatis mirari poſſum, quod Bartolus ex iis locis probat difficultatem ſoluendi excuſare à mora, cùm ex iis ipſis contrarium dilertè probetur, & ſola impoſſibilitas excipiatur, vt diximus, & ex *leg. continuus 137. § illud de verb. oblig.* vbi dicitur difficultatem præſtationis multû recedere ab impedimento naturali, neque excuſare debitorem. Et verò nec Bartolus ipſe diffitetur creditorem non poſſe excuſari à mora propter difficultatem, idque probari optimè ex hac lege, ſed rationem diuerſitatis quærit ex eo quod certat actor de lucro captando, reus autem de damno vitando: quod eſt ridiculum. Nā præter id quod omnes rationes rei perſecutoriæ nihil niſi meram indemnitatem, & id quod ex patrimonio abeſt, perſequuntur *l. in honorariis 35. de oblig. & action.* certat potius debitor de lucro captando, quoties periculum, quod per moram ſuam in ſe tranſtulit, transferre vult in actorem: cui proinde non eſt imputandum, ſed moræ ipſius debitoris, quod ab eo die quo per reum ſtetit quominus ſolueret, periculum cœperit eſſe debitoris. niſi cùm actor fuit in mora accipiendi *dict. l. illud ſupr. de peric. & commod. rei vendit.* Sed & quis obſecro, diuinabit cū Accurſio & Bartolo, actorem in ſpecie huius legis fuiſſe diuerſi fori? Quid enim vetat creditorem ægrotantem, aut in alia ciuitate eiuſdem fori, aut valetudine, aut vi maiore aut tempeſtate impeditum fuiſſe, ne ad debitorem præſtituta die poſſet accedere? Quo tamen etiam caſu, an non perinde huic legi locus erit? Aut ſi neges, ea fortaſſis ratione, quod potuerit creditor mittere procuratorem (etſi non eſſe illam bonam rationem ſatis locus hic indicat) an non idem dici poterit, etiamſi in alio foro creditor degere proponatur? Alioqui ſi mercator Camberienſis centum debeat mercatori Lugdunenſi ſoluenda nundinis Lugdunenſibus proximis, dicendum erit non fore in mora mercatorem Camberienſem, etiamſi Lugdunum profectus non ſit, aut profectus quidem ſit, ſed ſine pecuniis, ſi neque mercator Lugdunenſis fuerit Lugduni, fortaſſis in villa aliqua Sebuſianæ meæ prouinciæ detentus aduerſa valetudine, & impeditus. Quod etſi Bartolus ita eſſe putat ex *dict. leg. arbiter Calendis 40. ſupr. de recept.* ego tamen non probo, niſi proteſtatus ſit debitor paratū ſe fuiſſe ſoluere, ſi creditorem Lugduni inueniſſet, ſacculo cum pecunia ſignatorum ſignis obſignato, vt in *d. l. vltim. de leg. commiſſ.* vt ea obſignatio non tantùm vim oblationis haberet, ſed etiam ſolutionis *l. acceptam 19. C. de vſur. l. obſignatione 9. C. de ſolut.* Nec ſimile eſt quod Pomponius reſpondit in *dict. l. arbiter*, pœnam compromiſſi non committi ſi ante diem compromiſſi arbiter deceſſerit, etiamſi alteruter litigantium, qui ambo adeſſe iuſſi fuerant, non adfuerit, quemadmodum, inquit, ſi per ſtipulatorē ſteterit quominus acciperet. Hic enim poſterior caſus præſupponit per promiſſorem non ſtetiſſe quominus daret. Si enim per eum ſteterit, quærendum non eſt, an ſteterit etiam per actorem extra cauſam huius edicti *d. l. ſi per emptorem 51. infr. de action. empt.* Prior verò caſus, quo arbiter ante diem deceſſerit, nihil ſimile habet cum noſtra quæſtione, non ſolùm quoniam arbiter in ea ſpecie vtrumque litigatorem adeſſe iuſſerat: ius autem noſtrum non iubet adeſſe creditorem, vt debitor per lapſum diei in mora conſtituatur *dict. l. magnam 12. C. de contr. & commut. ſtipul. d. l. ad diem 77. de verb. oblig.* ſed etiam quia per arbitrum ipſum, & eius obitum ſteterat quominus ad diem dictam ferri ſententia potuiſſet, quamuis vterque litigatorum adfuiſſet. Planè ſi ad diem in quem conſtituēs ſoluere debuerat, neque conſtituens ipſe adfuerit, neque creditor, actioni quidem de conſtituta pecunia locus eſſe propter edicti verba non poterit, ſed tamen non idcirco poteſtas conſtituti ſublata erit, ſed neceſſe habebit creditor promiſſorem interpellare, vt eum in mora noua conſtituat, ſeque paratum probet accipere ſolutionem; quo caſu perinde conſtituens actione de conſtituta pecunia tenebitur, ac ſi ad diem conſtituti ſolus debitor moram contraxiſſet, nec per actorem quoque ſtetiſſet. Alioqui mora debitoris prodeſſet ei ad tollendam obligationem quod eſſet iniquum. Nemo enim facto ſuo propriam obligationem poteſt tollere *leg. ſi ſeruum 91. § nunc videamus de verb. obligat.* nec ſua cuiquam fruſtratio prodeſſe debet *leg. hominem 37. infr. mandat. l. in condemnatione 173. § pen. de regul. iur.* Multo magis creditor qui ad diem non venit, & per quē ideò ſtetiſſe videtur, quominus conſtituto ſatisfactum fuerit, interpellare debitorem poterit, vt ſoluat, ſic enim fiet, vt ſua ei mora noceat tantùm in eo, quod amiſit commodum diei quæ in conſtituto adpoſita fuerat, & quæ pro eo interpellaſſet, ſi non per ipſum ſimiliter atque per reum ſtetiſſet *d. l. magnam.* Noua igitur & alia indiget interpellatione quam ipſe faciat, non dies *arg. l. Titia Seio 87. § vſuras de legat. 2.* quemadmodum ſi ipſe primùm interpellaſſet, deinde repetendi debiti inſtantiam omiſiſſet, quo caſu nulla prioris moræ ratio haberi poſſet *l. mora 32. in princip. infr. de vſur.* Et ita benè Bartolus *num. 7. & 11.* In ſumma nunquam denegandum eſt ei, qui moram contraxit, quantumuis in culpa ſit, quamuis aduerſarium interpellet, vt eum in mora ipſe conſtituat. Eſt enim hæc ratio omnium optima purgandæ moræ, ſi aduerſarius in poſteriore mora conſtitui poſſit, quia ſemper poſterior tollit & purgat priorem *d. l. illud 17. de peric. & commod. rei vendit. l. qui decem 72. in princip. & § 1. de ſolut.* Cæterę quæſtiones quas hîc adfert Bartolus, an hac parte eiuſdem fori eſſe intelligantur ij tantùm qui ſunt eiuſdem ciuitatis, an verò illi qui ſunt duntaxat eiuſdem prouinciæ, prorſus inutiles ſunt, poſtquam negamus quicquam referre an eiuſdem ſint, an diuerſi fori. Illud plauſibilius eſt, quod docet Bartolus, has omnes de mora quæſtiones, quia plus ferè habent facti quàm iuris *d. l. mora 32. de vſur.* pendere maximè ex bono & æquo, ideòque in iis cauendum eſſe diligenter ne ſub authoritate iuris ſcientiæ perniciosè erretur, vt eleganter Celſus adoleſcens dicebat quem Paulus refert in *dict. l. ſi ſeruum 91. § ſequitur de verb. oblig.* Multa enim poſſunt incidere ex diuerſitate temporum, locorum, & perſonarum, quæ ſuadeant in huiuſmodi quæſtionibus omnibus aliter atque aliter reſponderi: ſed & illa Bartoli diſtinctio non diſplicet, an quis debitor ſit generis ſupremi, an ſubalterni; vt priore caſu, ſi puta debeat vinum aut frumentum, in genere cogatur ire ad domum debitoris, & debitam quantitatem eò portare, & quidem ſuis ſumptibus, poſteriore verò caſu, ſi quis debeat fortè decem ſalmas vini de tali vegete, vt ipſe loquitur, vel de tali vinea, cogatur creditor

ire ad domum debitoris, & ſuis ſumptibus exigere ac transferre quod ſibi debetur, quaſi hoc caſu nō tā genus quàm ſpecies aliqua deberi videatur, quæ proinde præſtanda ſit, vbi eſt, niſi aliud conuenerit, aut niſi aliò tranſlata ſit dolo malo debitoris, vt difficiliorem creditori faceret debiti exactionē & perſecutionem *l. cùm res 47. de legat. 1.* Etſi locus ille non de alia re loquitur, quàm quæ ſit debita ex teſtamēto, in quo debiti genere voluntas ſola teſtatoris illa eſt, quæ totum facit, & pro iuris ratione habetur *l. ſi mihi & tibi 12. in fin. eod.* Iunge *l. 4. §. vlt. ſup. de edend. l. quod legatur 38. ſup. de iudic.* & quæ vtrobiq; ſcripſimus.

1 ¶ Quod adiicitur, *Eámque pecuniam, cùm conſtituebatur, debitam fuiſſe:* interpretationem pleniorem exigit. nam primum illud efficit, vt ſi quid tunc debitum fuit, cùm conſtitueretur, nunc non ſit, nihilominus teneat conſtitutum: quia retrorſum ſe actio refert. Proinde & temporali actione obligatum, conſtituendo, Celſus & Iulianus ſcribunt teneri debere: licèt poſt conſtitutum dies temporalis actionis exierit. Quare & ſi poſt tempus obligationis [a], ſe ſoluturum conſtituerit, adhuc idem Iulianus putat: quoniam eo tempore conſtituit, quo erat obligatus: licèt in id tempus, quo non tenebatur.

*Ad §. 1. Quod adiicitur.*

RAT. DVB. Non videtur obſignatum quod non durat obſignatum, nec in rem verſum quod non durat verſum *l. ſi pro patre 10. §. verſum infr. de in rem verſ.* Ergo nec videtur debitum, quod non durat debitum. Quando verò magis requiritur, vt ſit debitum, quàm eo tempore quo ſoluitur? Alioqui condictio indebiti locum habet ſi quod ſolutum eſt, indebitum fuerit ſolutionis tempore, licèt antea debitum fuerit, vt diximus *paſſ. ad tit. de condict. indeb. ſupr.* Atqui vt naſcatur actio de conſtituta pecunia debitam oportet eſſe pecuniam, quæ conſtituta eſt *l. 1. §. debitum l. eum qui 5. §. quod exigimus l. hactenus 11. & paſſ. ſupr.* Ergo etiamſi id quod conſtitutum eſt, debitum fuerit, cùm conſtituebatur, ſi tamen nunc non ſit debitum, non debet tenere cōſtitutum, quia ad eum caſum res peruenit, à quo incipere non potuit *l. quia in eum caſum 16. ſupr. ad leg. Aquil. l. 3. infr. de his quæ pro non ſcript. habent. l. debitor 82. delegat. 2.* Proinde ſi is qui temporali actione obſtrictus erat, puta redhibitoria, quæ finitur ſex menſibus *l. cum ſex 55. & paſſ. infr. de ædilit. edict.* conſtituerit ſe ſoluturum, non debet teneri ſi poſt conſtitutum dies temporalis actionis exierit ante impetratam actionem conſtitutæ pecuniæ, præſertim cùm in propoſito actio de conſtituta pecunia videatur ſubrogata in locum redhibitoriæ, dici autem ſoleat ſubrogatam actionem eius naturam induere in cuius locum ſubrogata eſt *vulg. l. ſi quis eum 10. §. qui iniuriarum ſup. ſi quis caution. l. 1. §. ſi quis ſub condicione infr. vt legat. ſeu fideic. ſeruand. cauſ. caueat.* Adde quòd præſcribens vulgò creditur à noſtris ſimilis eſſe ſoluenti, & ei qui ſatisfecit, cùm habeat quod obiiciat petitori, ex *l. ſi pupillus 45. infr. de admin. tutor.* Si autem debitor ſoluiſſet, etiam à conſtituti obligatione liberatus eſſet, ſiquidem ſolutione tollitur omnis obligatio etiam naturalis & ciuilis. Quanto magis honoraria?

DEC. Actio conſtitutæ pecuniæ refert ſe retrorſum ad tempus conſtituti, id eſt, quo conſtitutum factum eſt, propter illa verba edicti *ſi appareat eam pecuniam, cùm conſtituebatur, debitam fuiſſe*, quemadmodum & aliæ ſunt actiones, quæ retrorſum ſe referunt, ſed ad iudicij accipiendi tempus, nec illud egrediuntur, vt condictio furtiua, aliæ quæ egrediuntur, vt actio legis Aquiliæ de quibus in *l. 2. §. quæſitum infr. de priuat. delict.* Sed hæc de qua tractamus, refert ſe retrorſum ad tempus ipſum contractus. Ergo vt conſtitutum valeat & teneat, ſufficit debitam fuiſſe pecuniam eo tempore quo conſtituebatur, licèt debita eſſe poſteà deſierit: nec proinde nocere debet, quod ante impetratam actionem conſtitutæ pecuniæ tempus actionis temporalis exierit, quamuis verum ſit perempta actione temporali nullam obligationem ne quidem naturalem ſupereſſe, ne quis fortè obligationem hac parte ſeparet ab actione, vt apparet ex fine huius §. Alioqui nulla eſſet cauſa dubitandi, quominùs teneret conſtitutum etiam poſt præteritum tempus actionis, ſi qua obligatio ſupereſſet. Neque verò exiſtimandum eſt actionem conſtitutæ pecuniæ ſubrogari hoc caſu in locum actionis temporalis poſtmodum extinctæ, vt ea quoque extingui debuerit. Accedit enim equidem ad priorem, ſed æquè principaliter, non vt in eius locum ſubrogata videri poſſit, vt benè hîc & ſubtiliter Bartolus docet, in quo differt hæc ſpecies ab illa de qua in *l. quod debitori 24. infr. de mort. cauſ. donat.* Nec rurſus poteſt obiici debito per actionis temporalis peremptionem facto indebito, videri rem perueniſſe ad eum caſum à quo incipere non potuit. Nam præter id quod non eſt nouum, vt multa teneant, quæ ad eum caſum peruenerint, à quo tamen incipere non potuiſſent [ neque enim à veteribus omnibus ea propoſitio admiſſa fuit pro vera & pro iuris regula, vt conſtat ex *leg. in ambiguis 85. §. 1. de reg. iur. leg. exiſtimo 98. in princip. leg. pluribus 140. § fin. de verbor. obligat. leg. verbis legati 5. infr. ad leg. Falcid.* ] ſolent noſtri interpretes duce Accurſio & Bartolo, eos actus excipere, qui ſunt in eſſe producto & perfecto, quale in propoſito eſt, conſtitutum eo tempore factum quo ſuberat debitum quod conſtitueretur, cùm habuerit omnes ſuas ſolemnitates, nec ad eius validitatem quicquam tum defuerit. Alioqui cùm in rerum natura nihil ſit iure certius *l. 2. infr. de iur. & fact. ignor.* nihil tamen eſſet incertius ſi etiam illa quæ perfectum iuris vinculum ab initio habuiſſent, ex futuro dubióque rerum euentu penderent. Quæ Papiniani ratio & ratiocinatio eſſe videtur in *dict. l. verbis legati.* quam & Iuſtinianus probauit in *§. ex contrario 14. Inſtitut. de legat.* Quod verò obiicitur præſcribentem ſoluenti eſſe perſimilem, & ei qui ſatisfecit ex

Digitized by Google

cit ex *d. l. ſi pupillus 45. de admin. tutor.* ſicuti verum nõ eſt, quia qui præſcripſit, non dicit ſe ſoluiſſe, ſed ſoluere non debere: ita neque ex ea lege probatur, cuius vulgata lectio certè mendoſa eſt, & ita reſtituenda, vt legamus *is qui eo tempore liberatus eſt*, non vt vulgò *is qui tempore liberatus eſt*, præcedentia namque oſtendunt tractari eo loco de pluribus tutoribus, quorum aliter fuerat liberatus nõ tempore, ſed expreſſa conuentione antequam alius conueniretur, vt pluribus docuimus in Iuriſprudentię noſtræ ſciẽtia. Difficilior videri poſſit illa obiectio, quam mouet Bartolus, & in qua tamen diſſoluenda hæſitat, & auditoribus ſuis cogitandum relinquit, quod per agnitionem qualẽcunqualem debiti interrumpatur præſcriptio & actio quæ alioqui temporalis futura erat, perpetuetur *l. ſicut 3. §. ſed & ſi quis & leg. cùm notiſſimi 8. in princ. C. de præſcript. 30. vel 40. annor.* An nõ enim ſatis agnoſcit debitum is qui ante peremptam actionem temporalem qua tenebatur, cõſtituit ſe illud ſoluturum? Sed reſpondendum eſt, agnitionem debiti impedire quidem præſcriptionẽ earum actionum, quæ ſui natura ſunt perpetuæ, nec niſi ex Imperatorum conſtitutionibus factæ ſunt temporales, ſed non poſſe eas perpetuare, quæ ſui natura & origine temporales ſunt: hoc enim ſolius conteſtationis priuilegium eſt, vt actiones omnes quãtumlibet ab initio temporales in annum vſque quadrageſimum perpetuet *l. vlt. eod. tit.* Extra quem caſum ſicuti non eſt in poteſtate debitoris, vt ex perpetua actione faciat temporalem, ita neq; vt ex temporali faciat perpetuam: pugnaret enim id cum authoritate iuris prætorij vel ædilitij, ex quo temporales iſtæ actiones introductæ ſunt, & quidem ea lege, vt certo tempore finiantur, nec vltra tempus illud poſſint viuere: vt proinde non minus aptari iis poſſit quàm hominibus, quod Cicero quodam loco ſcribit, recuſare nos nõ debere, quominus ea qua nati ſumus lege ea conditione viuamus. Et verò an non multo facilius eſt, vt actio quę ſui natura erat perpetua, ex conſtitutionibus autem facta temporalis, poſtea per qualemcunque agnitionem debiti fiat perpetua, quàm ea quæ ab initio & ſui natura fuerat tantùm temporalis? Non tam enim fit illa perpetua quàm remanet qualis erat, remoto duntaxat conſtitutionum obſtaculo, propter agnitionem debiti, quæ facit proculdubio, vt nulla negligentia imputari poſſit creditori, quæ tamen potiſſima ratio fuit inducendæ contra perpetuas quoque actiones præſcriptionis, vt ſcilicet creditoris negligentia puniretur *d. l. ſicut l. omnes 4. & paſſ. eod. tit. l. vlt. in fin. Cod. de annal. except. tit. de perpet. & tempor. action. Inſtit.* Vt taceam quod ſæpius doceo, facilem eſſe cuiuſque rei reditum ad ſuam naturam *l. ſi vnus 27. § pactus ne peteret in fin. ſupr. de pact. leg. filio 23. infr. de liber. & poſthum.*

a *Quare etſi poſt tempus obligationis.* RAT. DVB. Omnis diſpoſitio cenſetur facta eo tempore in quod confertur. Nec tam inſpiciendum eſt, an facta ſit tempore habili, quàm verum collata in tempus habile vel inhabile *l. quod ſponſa 4. C. de donat. ante nupt. l. ſi ego 9. §. ſi res infr. de iur. dot.* Ergo ſi quis id quod debebat, conſtitueri ſe ſoluturum in id tempus, quo nõ erit amplius debiturus, valere conſtitutum non poteſt. Non erit autem debiturus eo tempore quo finita erit obligatio & actio, quam ponimus fuiſſe temporalem.

DEC. Actio hæc retrorſum ſe refert ad tempus conſtituti, vt ſuprà diximus. Ergo vt conſtitutum valeat, ſufficit debitam fuiſſe pecuniam eo tempore quo conſtituebatur. Nec enim ob id minus quid nobis debetur, quod poſtea futurum ſit, vt deſinat deberi, quemadmodum ſolemus dicere non eo minus quid noſtrum eſſe, quod aliquo caſu & tempore futurum ſit, vt deſinat noſtrum eſſe *l. non ideo 66. ſup. de rei vind.* Ergo ſufficiet conſtituti tempore debitam fuiſſe pecuniam, licèt collatum ſit conſtitutum in id tempus quo amplius non debebitur. Vbi enim ſemel conſtituta eſt pecunia, nihil refert, an prior obligatio duret, an tẽpore extinguatur, cùm actio ipſa conſtitutæ pecunię perpetua ſit, quia meram rei perſecutionem continet, *§. prox. infr. ex regula l. in honorariis 35. de oblig. & act.* Et quemadmodum ſi ante finitam tempore priorem obligationem ſolutum eſſet debitum, non eo minus valeret ſolutio, quod obligatio poſtea tempore finiretur, quia ſufficeret factam eſſe ſolutionem tempore ſubſiſtentis obligationis, ita nec eo minus valere debet conſtitutum, quod collatum ſit in tempus, quo nulla ſupererit alia obligatio, cùm ſufficiat factum fuiſſe eo tempore quo nõdum obligatio perempta erat. Nec enim mala comparatio hac parte eſt conſtituti & ſolutionis, cùm conſtituens in pleriſque habeatur pro ſoluente *l. idem eſt 10. ſup. hoc tit.* licèt non in omnibus *l. penult. infr.* Fit autem hoc quoque non tam ex communi canone iuris, quam ex verbis edicti, quæ expreſſim relata ſunt ad tẽpus conſtituti facti, non ad tẽpus in quod ſolutio per conſtitutũ collata eſt. Nec ſanè nouũ eſt, vt tempus ipſum quo contractũ eſt, præciſè inſpiciatur *l. prox. § vlt. infr. l. cùm filius 76. § heres de legat. 2. l. vlt. in fin. de aur. & argen. legat. l. ſi filiusfamilias 78. infr. de verb. oblig.* Nec rurſum, vt ſufficiat ſemel interfuiſſe, licèt poſtea intereſſe deſierit, quia ſemel nata actio non facilè ex poſtfacto extinguitur *l. doli 5. § vlt. & l. ſeq. ſup. de ſeruo corrupt. l. inter omnes 46. in princ. infr. de furt.* Aliud exemplum ad hunc §. ſumi poteſt ex *l. prox. § vlt. & l. ſeq. infr.*

2 ¶ Ere autem eſt, hîc ſubiungere, vtrum pœnam contineat hæc actio, an rei perſecutionem. & magis eſt, vt etiam Marcellus putat, vt rei ſit perſecutio.

*Ad §. 2. E re autem.*

Vulgò *Bene autem eſt*, vt & in *l. 1. in princ. ſupr. de reb. cred.* Sed melior Florentina lectio vtrobique & elegantior eſt. RAT. DVB. Actio conſtitutæ pecuniæ datur contra eum, qui ad diem conſtituto præſcriptum non ſoluit, nec ſatisfecit, quia graue eſt fidem fallere *leg. 1. in princip. l. ſi duo 16. §. ait prætor & §. vltim. ſuprà*, ac proinde quodammodo in pœnam fractæ fidei, vt diximus ad initium huius legis. Ergo pœnalis eſt, non rei perſecutoria ſaltem eo ſenſu quo actiones pleraſque alias pœnales eſſe dicimus, quæ in factum conceptæ ſunt pœnæ nomine ad puniẽdum dolum & factum rei, vt in *leg. huius actionis 9. §. 1. infr. quod falſ. tutor author. l. g. prætor ait 9. § vlt. infr. de rebus author. iudic. poſſid.* Hîc enim punitur factum conſtituentis, qui ad diem conſtituti neque ſoluit,

neque aliter ſatisfecit, niſi fortè quis ſubtilius dicat, non tam puniri hoc caſu factum, quàm non factum. Sed hoc leue eſt. Qui enim non facit quod facere debet, hoc ipſo facit contra id quod facere debet, vt eſt in iuris regula *l. qui non facit* ſat. *de reg. iur.* Dec. Actio hæc licèt ſit prætoria & ex edicto, tamen ex conuentione naſcitur, nec ideò comparata eſt, vt conſtituens puniatur, ſed vt creditor ſuum conſequatur. Ergo pœnalis nullomodo eſt, ſed rei perſecutoria, vt & cæteræ omnes quæ ex contractu naſcuntur *l. in honorariis 35. de oblig. & action.* Sunt enim comparati contractus omnes, vt quis lucrum ſibi & actionem ex contractu acquirat *leg. actionum 25. § actiones eod. tit.* Vbi ob hanc cauſam actiones ex contractu ab actionibus, quæ aut ex facto aut in factum ſunt, ſeparantur. Interpretes noſtri nullam ad hunc §. dubitādi rationem attulerunt, quia cauſam & originem & naturam actionis huius, quam nos attulimus ad initium huius legis, non intellexerunt.

3 ¶ Vetus fuit dubitatio, an, qui hac actione egit, ſortis obligationē cōſumat, & tutius eſt dicere, ſolutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis conteſtatione: quoniam ſolutio ad vtramque obligationem proficit.

*Ad §. vlt. Vetus fuit.*

Rat. dvb. Quoties alicui plures actiones de eadem re competūt, ſicut eligere debet, qua actione experiri malit, ita ſi vnam eligat alias amittit *leg. quod in herede 9. §. eligere infr. de tributo. act.* Non enim plures actiones dari ſolent, vt actor omnibus vti poſſit, ſed vt electionem habeat vtram exercere malit *l. cùm filius 76. §. variis de legat. 2. l. 1. § 1. infr. quod legat.* Potiò vbi actionem aliquam elegit ex pluribus, & ex ea litem conteſtatus eſt, hoc ipſo conſumit obligationem ſortis, ita vt ſi nihil eo iudicio conſequi poſſit, non tantùm actionis, ſed ipſius etiam debiti iacturam ſentiat *l. habebat 13 infr. de Inſtit. act. l. ſi ſic ſtipulatus 133. in fin. de verb. oblig.* Ergo ſi quis debitam à ſe pecuniam conſtituerit, & contra eum actor egerit de conſtituta pecunia, litémque cōteſtatus ſit, quamuis nihil perceperit, dicendum videtur peremptam eſſe non tantùm actionem conſtitutæ pecuniæ, ſed ipſam quoq; ſortis obligationē, ita vt ex neutra obligatione peti ſors amplius poſſit. Dec. Etſi litis conteſtatio vim contractus, & nouationis plerunque obtinet *l. 3. §. idem ſcribit infr. de pecul. l. delegare 11. § 1. & l. aliam 29 infr. de nouat.* & conſequenter ſolutionis, cùm nouatio perimat obligationem, non minus quàm ſolutio *l. 1. eod. §. præterea Inſtit. quib. mod. tollit. oblig.* non tamen perpetuum eſt, vt ſola conteſtatione perimatur obligatio, ſed plerunque perceptionem & ſolutionem ſubſequi neceſſe eſt, vt in *l. 4.* vbi diximus *ſupr. de his qui effud. vel deiec. l. ſi ex duobus 32. infr. de pecul.* nempe quoties aut iuris ratio aut æquitas id deſiderat. In propoſito autem ſumma ratio facit, vt litis conteſtatio in actione de conſtituta pecunia ſortis obligationem perimere non debeat, quia quoties de conſtitutoria actione tractamus, duplicem obligationem eiuſdem ſortis ſupponimus, vnam, quæ præceſſerit, & ſine qua conſtitutum fieri nō potuiſſet, alteram autem, quæ ex conſtituto acceſſerit, ac proinde ſublata per litis conteſtationem obligatione conſtitutæ pecuniæ alia tamen & priſtina obligatio ſupereſſet, atque ita partim liberatus eſſet conſtituens, partim non liberatus, quod abſurdum videretur. An non ergo longè melius eſt dicere, non litis conteſtatione, ſed perceptione ſola perimi ſortis obligationem, & ſolutione? cùm ſolutio ad vtramque obligationem tollendam proficiat, vt Vlpianus hîc ſubiicit, tutiorem eſſe dicens hanc ſententiam, per quam ſcilicet fit, vt minus periclitetur creditor, præſertim ſi ponas conſtitutam fuiſſe pecuniam, quæ ab alio debebatur. Quo caſu ſi per conteſtationem cum ipſo conſtituente factam ſortis obligatio tolleretur, amitteret creditor vtrumque debitorem, etiam eum qui altero & obligationis & actionis genere debitor fuiſſet, quod certè iniquum eſſet. In eo planè, qui conſtituerit, quod ille ipſe debebat, minus abſurdi eſt, minúſque incommodi, cùm nec facilius, nec commodius ex vna actione quàm ex alia ſit ſoluturus, ſiue egeſtate ſiue litigandi pervicacia ſolutionem detrectet, inanémque faciat conſtitutæ pecuniæ actionem. Quod in duobus debitoribus, ſeparatim etiam obligatis longè diuerſum eſt, cùm alter & ſoluendi voluntate, & conueniendi facilitate non minus quàm facultatum pondere locupletior altero eſſe poſſit *l. 2. ſup. qui ſatiſd. cogant. leg. nā is 6. ſuprà de dolo.* Apparet autem ex hoc maximè §. non fieri nouationem per conſtitutum inſpecto etiam iure vetere, nec ſi noua perſona conſtituat quod alia debebat, quod apertius expreſſum eſt in *l. vbi quis 28. infr. hoc tit.* Alioqui non duplex eſſet obligatio, quæ per ſolutionem tolli poſſet, ſed vna tantùm, illa ſcilicet quæ priore ſublata per nouationem ſola ex conſtituto ſupereſſet, vt in *l. quod debitori 24. infr. de mort. cauſ. donat. l. vlt. in fin. rat. rem haber.* Nec eſt contrarium quod in ſtipulatione aliud iuris eſt, vt ſcilicet facta nouatio cenſeatur per poſteriorem ſtipulationem, ſi in ea interuenerit noua perſona, ſi totum ius illud inſpicias quod obtinuit ante *l. vlt. C. de nouat.* Eſt enim potentior in eam rem vſus ſtipulationis quàm conſtituti, quod fit nudo pacto & citra ſtipulationem *§. de conſtituta Inſt. de act.* Idque Bartolus etiam docuit. Sed hoc cur ita? Non aperit Bartolus, ſed ratio non obſcura meo iudicio illa eſt, quod non aliter fieri poteſt nouatio, quàm ſi prior obligatio ipſo iure perimatur *dict. l. 1. de nouat.* Peremptio autem illa ipſo iure fieri per pactum nō poteſt, ſed tantùm per ſtipulationem, quia in pactis nudum factum, in ſtipulationibus verò etiam ius verſatur *l. ſi vnus 27. §. pactus ne peteret ſup. de pact.* Placet autem quod Bartolus ad hunc locum diſtinguit, electione vnius actionis perimi alias quæ pro eadem re competunt, etiamſi ex diuerſis cauſis competāt, ſi cauſæ illæ ſint contrariæ, non etiam ſi ſe inuicem patiantur. Sed error tamen Bartoli poſt Accurſium in eo eſt, quod putant dubitationem, quæ ab Vlpiano proponitur in hoc § de eo eſſe, an vnius actionis electione tollatur altera, quæ tamen de eo tantùm eſt, an ſola litis conteſtatione ex conſtituto facta, conſumatur tota ſortis obligatio citra perceptionem & ſolutionem necne, quæ longè alia & diuerſa quæſtio eſt.

19. Pavlvs libro 29. ad Edictum.

ID, quod ſub condicione debetur, ſiue purè, ſiue certo die conſtituatur, eadem

dem conditione ſuſpenditur, vt exiſtente conditione teneatur, deficiente, vtraque actio depereat.

*Ad l. Id quod 19.*

Rat. dvb. Id quod ſub condicione debetur, nullomodo debetur, antequam condicio extiterit, quia neq; dum ceſſit, neque venit dies. In quo differt à debito in diem certam, cuius dies ceſſiſſe dicitur, licèt nondum venerit *l. cedere diem 213. de verb. ſignific.* vbi dicitur, cedere diem nihil aliud eſſe, quàm incipere deberi. Atqui vt valeat conſtitutum, oportet iam debitum eſſe id quod conſtituitur *l. 1. §. debitum l. eum qui 5. § quod exigimus l. hactenus* 11. *& l. prox. §. 1. ſupr.* Ergo id q ſub condicione debetur, neq; purè neq; certo die cõſtitui poteſt. Dec. Certũ eſt, id q ſub condicione debetur, omnino debitum iri in euentum condicionis, adeò vt mortuo interim creditore, attamen ſpes illa debiti in ipſius heredem tranſmittatur *§. ex conditionali Inſtit. de verb oblig.* In eoq; differt conditionalis ſtipulator à legatario cõditionali, qui ſi pendente conditione moriatur, nihil tranſmittit ad heredem, ne quidem ſpem legati *l. 5. & paſſ. inf quand. dies legat. ced.* Legatarius enim cõdicionalis pendente cõdicione nullomodo eſt creditor, id eſt, ne quidem conditionalis, at is; qui ſub conditione ſtipulatus eſt, interim eſt creditor, ſaltẽ ſecundùm quid, id eſt, conditionalis *l. is cui 42. infr. de oblig. & action.* Porrò cõditionales creditores nemo ambigit eſſe creditores, *l. creditores 10. l. creditores 54. de verbor ſignif.* cùm ius illud futuri in conditionis euentum debiti facto & contractu proprio ſibi acquiſiuerint, non ex alterius mera voluntate ac liberalitate, vt legatarij conditionales, de quibus in *d. l. is cui*, & in ea cauſa eſſe cœperint, vt inuitis iis ius illud auferri non poſſit *l. qui balneum 9. inf. qui potior. in pignor. hab.* Ergo condicionale quoque debitum cõſtitui poteſt, adeoque purè & certo tempore. Nam & conſtituta ob eas maximè pecunias, inducta ſunt quæ adhuc peti non poſſunt *l. 3. §. vlt. ſup.* Sed cùm hoc fit, cõſtitutum, quod figurâ verborum videtur purum, re vera tamen & effectu conditionale eſt, quia tacitè eadẽ cõditione ſuſpenditur, vt exiſtente cõditione teneatur conſtituens, ea verò deficiẽte, vtraq; actio depereat, id eſt, tam principalis, quã conſtitutoria, quæ nihil niſi acceſſoria eſt, nec proinde ſubſiſtere poteſt, niſi ſubſiſtente & præcedente principali. Idem verò contingit in ſtipulatione hac parte, quod in conſtituto, quamuis aliæ & quidem permultæ ſint inter ſtipulationem & conſtitutum differentiæ. Nam ſi pura ſtipulatio interponatur etiam animo nouãdæ præcedentis ſtipulationis conditionalis, dicimus nouationem quidem fieri per poſteriorem, ſed eo demum caſu & tempore, quo prioris ſtipulationis cõditio extiterit *l. ſi Stichũ 8. § 1. l. quoties 14. inf. de nouat.* Eſſe enim debet obligatio, prius quàm aut nouationem aut conſtitutum poſſit admittere, ac proinde conditionis euentus neceſſario expectandus eſt. In cõſtituto hoc tamẽ tãto apertius eſt, quòd per cõſtitutũ nunquã fit nouatio, quomodo fit per ſtipulationẽ, cùm id actum eſt, vt diximus ad finem legis ſuperioris. In quo manifeſtè errat Bartolus, qui ad hanc legem notat, poſſe etiam cõſtitutũ fieri animo nouandi. Quod perinde abſurdum eſt, ac ſi quis diceret, poſſe cõſtitutum fieri etiam per ſtipulationem contra *l. 1. §. eum qui ſup. §. de conſtituta Inſtit. de action.* cùm ſine ſtipulatione nunquam fiat nouatio. Neq; ad rem pertinet, ſi quis obiiciat, pecuniam, quę conſtituitur, oportere debitam fuiſſe eo tempore quo conſtituebatur *d. l. prox. § 1. ſupr.* Nam & in propoſita ſpecie, quandocunque exiſtente condicione ex euentu apparet, iã ipſo contractus tempore debitam fuiſſe pecuniam, quæ conſtituebatur, cùm euentus cõdicionis quãdocunque ſuperueniens faciat, vt actus condicionalis iam inde ab initio purus fuiſſe exiſtimetur, aut ſaltem perinde habendus, ac ſi purus fuiſſet, nec vlla condicione ſuſpenſus *l. potior 11. §. 1. inf. qui potior. in pignor hab.* Quemadmodum è contrario defectus condicionis facit, vt quod ſub conditione promiſſum fuerat, perinde haberi debeat, ac ſi promiſſum nunquam fuiſſet, ne quidem ſub condicione *l. pecuniam 36. ſup. de reb credit.* Pẽdet igitur ex euentu an huiuſmodi conſtitutum valeat, eſtque hic caſus ex eorum numero in quibus ex euentu apparet, quid actè fuerit *l. qui res 98. §. rem autem inf. de ſolut. l. quædam ſunt 15. de reb. dub.*

1 ¶ Sed is, qui purè debet, ſi ſub conditione conſtituat, inquit Pomponius, in hunc vtilem actionem eſſe.

*Ad §. 1. Sed is qui purè debet.*

Rat. dvb. Id quod ſub condicione debetur, poteſt conſtitui purè, vt modò diximus, ita vt ex eo conſtituto, ſi modò poſtea condicio exiſtat, directa actio conſtitutæ pecuniæ dari poſſit. Ergo multo magis dicendũ eſt, ſi quis ſub conditione cõſtituerit, quod purè debetur, dandam eſſe ex eo conſtituto actionem conſtitutæ pecuniæ, eámque non vtilem duntaxat, vt Paulus hîc ſcribit, ſed directam, cùm id quod purè debetur, omnimodo debeatur, nec euentus vllus expectandus ſit, vt ſciri poſſit, an valiturum ſit conſtitutum.

Dec. Conſtituta ob eas maximè pecunias, quæ adhuc peti non poſſunt, inducta ſunt, vt earum vtilitas aliqua eſſe poſſit *l. 3. §. vlt. ſup.* Atqui quod purè debetur, iam peti poteſt, quod autem ſub conditione, non niſi poſt euentum condicionis *leg. cedere diem 213. de verb. ſignific.* Ergo contra, aut ſaltem præter mentem prætoris & edicti eſt, vt quod purè debetur, ſub condicione conſtituatur. Mirum igitur non eſt ex huiuſmodi conſtituto non naſci directam actionem conſtitutæ pecuniæ, ſed tantùm vtilem ex æquitate, quoniam ad publicam vtilitatem pertinet, hæc quoque cõſtituta admitti ex voluntate & conſenſu paciſcentium, ex generali ratione Edicti de pactis, quia naturali æquitati conueniens eſt, pacta ſeruari, quæ nec contra leges ſunt, nec aduerſus plebiſcita aut Senatuſconſulta, nec contra bonos mores *l. 1. l. iuris gentium 7. §. ait prætor ſupr. de pact.* Eſt enim edictum hoc de conſtituta pecunia quodammodo ſubalternum, vt loquuntur, edicto de pactis, quia nec conſtitutum fit, niſi per pactum, vt diximus ad *l. 1. ſup.* Hoc verò Accurſius noſter nõ intellexit, qui vtilem actionem ab Vlpia-

no hîc vult dictam quaſi efficacem ad differentiam non actionis directæ, quomodo nos explicauimus, ſed actionis inutilis & inefficacis, quod certè non ita eſt. Habent enim etiam honorariæ actiones directæ ſuas vtiles in quibuſdam caſibus, vt docuimus in præcedentibus, excepta ſola fortaſſis actione ad exhibendum, quæ directa ſemper eſt, nulla vtilis *l. cum ſeruus 16. ſupr. ad exhib.* Eleganter verò quærit, an quod purè debetur ex prima obligatione peti interim poſſit pendente conſtituti obligatione, & conditione: & reſpondet verè peti poſſe, cùm prior illa obligatio puta per conſtitutum condicionale neque nouata ſit, neque nouari vnquam ſperetur. Itaque non poteſt in hac ſpecie locus eſſe ei quod Iauolenus ſcribit in *leg. pecuniam 36. ſupr. de reb. credit.* quia nullo penitus caſu incertum eſt, an ex priore ſtipulatione, quæ pura fuit, promiſſor debiturus ſit. Nec eſt quod cum Bartolo adiicias exceptionem, niſi appareat factum eſſe conſtitutum animo nouandi: neque enim id fieri vllo caſu poteſt, vt diximus proximè & ad §. *vltim. leg. prox. ſupr.*

2 ¶ Si pater, vel dominus conſtituerit ſe ſoluturum, quod fuit in peculio: non minuetur peculium, eo quòd ex cauſa obſtrictus eſſe cœperit. & licèt interierit peculium, non tamen liberatur [a].

*Ad §. 2. Si pater.*

RAT. DVB. Non tantùm quod filiusfamilias vel ſeruus, ſed etiam quod pater ex cauſa peculij ob contractum filij, vel dominus ob contractum ſerui debet, minuit peculium, vt ſcilicet tanto minus in peculio eſſe intelligatur, & conſequenter in actione de peculio, in qua nimirum nihil eſſe poteſt, niſi quod eſt, & quantum eſt in peculio *l. ſed ſi damnum 9. aliàs 11 l peculium §. item deduceretur & l. ſeq. in princip. & paſſ. inf. de pecul.* A qui cùm pater vel dominus conſtituit ſe ſoluturum quod fuit in peculio tempore conſtituti, exinde cœpit eſſe obligatus & obſtrictus actione conſtitutę pecunię. Ergo ab eo tempore dicendum eſt imminutum fuiſſe peculium, vt in tanto minorem quãtitatem condemnari pater vel dominus debeat actione de peculio, in qua nec ſolet inſpici, niſi quantum ſit in peculio tempore rei iudicandæ *l. quæſitum eſt 30. infr. de pecul.* Nec enim negari poteſt, quin noua ſit obligatio, quæ creditori cõtra patrem vel dominum ex conſtituto acquiritur, vt diximus ad *§. vlt. l. prox. ſup.* DEC. Non fit pauperior pater neque dominus, qui conſtituit ſe ſoluturum, quod iam debebat actione de peculio. Etſi enim noua obligatio eſt, quæ per conſtitutum contrahitur, idem tamen debitum eſt quod nunc conſtitutum fuit, & quod iam antè debebatur, eadémque ſolutio ad vtramque obligationem tollendam proficit *d. §. vlt.* Nam nec nouum eſt, vt vna numeratio in diuerſas cauſas proſit *l. in numerationib. 44. infr. de ſolut.* Nihil igitur cauſę eſt, cur ob eam conſtituti obligationem peculium imminutum videri debeat. Nec magis, quod ad alios creditores pertinet, quàm quod ad hunc, cui ponimus fuiſſe conſtitutum, licèt contrà ſentire videatur Accurſius. Quid enim refert patris vel domini, an actione de peculio, an potiùs conſtitutæ pecunię cogatur ſoluere eã ipſam quantitatem, quæ iam ſemel debita erat, & quam non niſi ſemel ſoluere compellatur? Planè dubitãdum non eſt, quin tanto minùs accepturi ſint cæteri poſteriores creditores agentes de peculio, tanquam peculij quantitate imminuta. At non propter obligationem conſtitutæ pecuniæ, ſed propter priorem, quę actionem de peculio pepererat, & cui poſterior obligatio conſtituti acceſſit: alioqui duplex hîc fieret diminutio peculij, vna propter priorem obligationem, alia propter poſteriorem. Quod eſſet ridiculum, cùm vnum duntaxat ſit debitum, quod proinde non niſi ſemel imminuere peculium poteſt. Non enim quotuplex ſit obligatio, ſed quotuplex debitum in ea re inſpiciendum eſt. Neque tamen exiſtimandum eſt, ſi pater hic aut dominus ab aliis creditoribus conueniatur, ſtatim deducendum eſſe hoc debitũ priuſquam abſit patri vel domino. Sufficit enim iis caueri interim, ſecundum Marcelli ſententiam de qua in *d. l. ſed ſi damnum §. vlt. de pecul.* quod & Accurſius noſter ad *l. ſeq.* notat. Videtur autem mihi locus hic eſſe mancus & mutilus, & ita reſtituendus, vt legamus *non minuetur obligatio, licèt minueretur peculium eo quod &c.* vt ſcripſi pluribus *libr. 15. Coniect. 5.* vbi vide.

a *Et licèt interierit peculium, nõ tamen liberatur.* RAT. DVB. & DECID hic eadem eſt quæ ad §. 1. *l. prox. ſupr.* Videbatur enim finita eſſe obligatio & actio conſtitutæ pecuniæ, finita priore obligatione & actione de peculio, cui hæc acceſſerat. Certum enim eſt peculium, vt eleganter Fronto dicebat, ſimile eſſe homini, naſci, creſcere, decreſcere, mori *l. peculium naſcitur 40. infr. de pecul.* mortuo autem peculio mori quoque actionem de peculio, quæ ſcilicet tenere non poteſt, vbi nullum eſt peculium *d. l. quæſitum 30. & paſſ. eod. tit.* Et conſequenter extincta actione de peculio, cui conſtitutum acceſſerat, finitam quoque actionem conſtitutæ pecuniæ, quæ non niſi acceſſoria eſt ad præcedentem obligationem, ſine qua nec poteſt ſubſiſtere *l. 1. §. debitum l. eum qui 5. §. quod exigimus l. hactenus 11. & paſſ. ſupr.* Sed decidendi ratio illa eſt, quòd edicti verba nihil aliud exigunt, niſi vt quod cõſtitutum eſt, debitũ fuerit eo tempore quo conſtituebatur, relata ſcilicet actione retrorſum ad tempus conſtituti non ad illud quo agatur ex conſtituto *d. l. prox. §. 1. ſupr.* Conſtituti ergo tempus duntaxat inſpiciendum eſt, non actionis inſtitutæ. Sufficit enim ad conſtituti validitatem, vt ab initio materiam ſuam ſumpſerit à debito quod tum ſubſiſtebat, formam verò ab edicto prætoris, vt actio quæ ex eo conſtituto ſemel potuit competere, nũquam ex poſtfacto poſſit intercidere ob id ſolùm quòd ex aliqua cauſa emergente deſierit eſſe debitum, quod anteà debitum fuit, vt & in exemplo illo de quo in *d. §. 1.* vbi plura de hoc ſcripſimus.

20. IDEM libro 4. ad Plautium.

NEc enim, quòd creſcit aut decreſcit peculium, pertinet ad conſtitutoriam actionem.

*Ad l. Nec enim 20.*

RAT. DVB. Quod creſcit aut decreſcit peculium, pertinet vtique ad actionem de peculio vel augendam, vel minuendam: adeóque ad eam extinguendam ſi fortè totum peculium perierit rebus omnibus peculiaribus peremptis *l. peculium naſcitur 40. inf. de pecul.* vbi aliud exemplum additur, ſi peculiũ filiofamilias vel ſeruo ademptum ſit ſine dolo malo, vt

& in

*& in l. quis ergo 16. eod. tit.* Ergo ad conſtitutoriā quoq; actionem pertinere id debet, tāquam quæ ſit acceſſona actionis de peculio, vt quemadmodum conſtitui ab initio non potuiſſet, quod debitum fuiſſet actione de peculio, ſi nihil in peculio tunc fuiſſet, ita nec hodie tenere debeat actio conſtitutæ pecuniæ, ſi nec actio de peculio tenere hodie poſſit. Sed ratio decidēdi eadē eſt, quæ ad verſ. vlt. leg. præced. quod actio conſtitutæ pecuniæ retrorſum ſe referat ad tempus conſtituti ex ipſius edicti verbis, quæ nihil aliud exigunt, niſi vt quod conſtitutum eſt, tunc debitū fuerit, cùm conſtituebatur, *l. item illa 18. §. 1. ſup.* Nā vbi conſtitutū & materiam & formam ſuam accepit, cœpitq; poſſe parere actionem conſtitutæ pecuniæ, nō curat amplius prætor, an maneat debitū quod prius debitum fuit, quia nec actio cōſtitutæ pecuniæ pendet à priore obligatione, licèt ei accedat, quia accedit æquè principaliter, vt diximus ad *dict. leg. item illa §. 1.* Requirit ſanè materiam prioris debiti tanquam condicionem, ſine qua conſtitutum fieri non poſſet. Sed non exigit neque prioris actionis neque debiti durationem, vt ipſa duret, tanquam ab actione illa priore aut à debito dependens.

21. IDEM libro 29. ad Edictum.

PRomiſſor Stichi poſt moram ab eo factam, mortuo Sticho, ſi conſtituerit ſe pretium eius ſoluturum, tenetur.

*Ad l. Promiſſor 21.*

RAT. DVBIT. Hominis mortui etiam poſt moram promiſſoris nullum poteſt eſſe pretium, nulla æſtimatio, niſi per delationem iuriſiurandi in litem *l. in actionibus 5. verſ. planè ſup. de in lit. iur.* Neque verò poteſt hoc mora facere, vt homo mortuus, qui iam nullus eſt, alicuius ſit æſtimationis *l. ſi homo mortuus 69. inf. de verbor. oblig.* Quòd ſi dicas effectum moræ illum eſſe, vt ſeruus debitus & poſt moram debitoris mortuus adhuc viuere exiſtimetur, & peti poſſit *l. eum qui ita 56. §. vlt. l. ſi ſeruum 91. §. vlt. eod. tit.* deberet ergo conſtitutū fieri hominis mortui non precij, aut æſtimationis, vt in *l. promiſſor 23. inf. hoc tit.* Non enim poteſt conſtitui, niſi quod debetur *l. 1. §. debitum l. 5. §. quod exigimus l. hactenus 11. ſup.* Debetur autem homo quamuis iam mortuus, quoties poſt moram deceſſit, ſiue facto ſuo deceſſerit, & æquè periturus fuerit apud creditorem, vt benè Ioannes olim contra Martinum diſputauit, quia potuiſſet creditor eum vendere, ſi moram in eo paſſus non fuiſſet *l. cùm res 47. §. vlt. de legat. 1. l. item ſi verberatum 15. §. vlt. ſupr. de rei vindic.* ſiue debitum hominem promiſſor ipſe occiderit *d. l. ſi ſeruum 91. §. nunc videamus & ſeq. de verb. oblig.* DEC. Homo debitus & poſt moram promiſſoris mortuus adhuc quidem debetur, & peti poteſt, ideoque & in ſtipulatum deduci *l. inter ſtipulantem 83. §. pen. eod. tit.* & in conſtitutum *d. l. promiſſor 23. infr. d. l. ſi ſeruum §. vlt.* ſed tamen non eo magis præſtari poteſt in ſpecie, quæ amplius nulla eſt, ſed tantùm in æſtimatione, quæ cùm in pecunia ſemper conſiſtat, peti re nunquam poteſt *vulg. leg. incendium 11. C. ſi cert. petat.* Ergo nihil vetat conſtitui vel hominem ipſum poſt moram mortuum, vt in *d. l. promiſſor 23. infr.* vel ipſius pretium, vt in hac lege. Vtrumque enim debetur, & homo ipſe iure ipſo, & eius æſtimatio in effectu. Nam nec quicquam vetat aliud conſtitui, quàm quod debetur, dummodò pro debito conſtituatur *l. 1. §. an poteſt*, vbi diximus *ſupr. hoc tit.* Proinde in effectu nihil intereſt, an motoſus debitor hominem poſt moram mortuum cōſtituerit ſe ſoluturum, an eius æſtimationem: & ita hæc lex intelligēda eſt, & cōiūgēda cū *d. l. promiſſor 23. inf.*

1 ¶ Si ſine die cōſtituas: poteſt quidē dici, te nō teneri, licèt verba edicti latè pateant. alioquin & cōfeſtim agi tecū poterit, ſi ſtatim, vt cōſtituiſti, nō ſoluas. ſed modicum tempus ſtatuēdum eſt, non minus decē dierū, vt exactio celebretur.

*Ad §. 1. Si ſine die.*

RAT. DVB. Conſtitutum purè fieri poteſt etiam eius debiti quod fuit condicionale *l. id quod 19. ſupr.* Quod autem purè debetur, ſtatim & præſenti die peti poteſt *l. cedere diem 213. de verbor. ſignific.* etiamſi quis hodie decem dari ſtipulatus ſit, quaſi nullo adiecto die *l. eum qui Calendis 41. §. quoties & l. liber homo 118. §. decem hodie inf. de verb. obligat.* Ergo ſi quis purè conſtituerit ſe ſoluturum id quod debet, præſertim ſi id purè debeat, dicendum eſt, poſſe illum ſtatim actione de conſtituta pecunia conueniri, præſertim cùm verba edicti latè pateant, de quibus in *l. item illa 18. §. 1. ſup. eamque pecuniam cùm conſtituebatur debitā fuiſſe*, itémq; illa *ſi appareat eum qui conſtituit, neque ſoluere neque feciſſe l. ſi duo 16. §. ait prætor ſupr.* Non enim diſtinguunt, an purè conſtituta ſit pecunia, an verò ſoluēda in certum diem. Itaque nec nos diſtinguere debemus, quomodo in edicto de Publiciana Caius argumentatur in *l. de pretio 8. ſup. ill. tit. de public. in rem action.* Nec quod ſequentia verba edicti, quæ Vlpianus retulit in *l. ſi duo 16. §. ait prætor ſupr.* mētionem faciant conſtituti in diem facti, vt Accurſius hîc notat, ad rem facit. Non enim cōſtituta in diem facta excludunt pura, cùm non minus, imò magis fidem frangat is, qui purè conſtituit ſe ſoluturum, quàm qui in diem: quæ ratio præcipua eſt huius edicti *d. l. 1. ſup.* DEC. Actioni de cōſtituta pecunia locū facit non tam conuentio ipſa conſtitutæ pecuniæ, quàm mora conſtituentis. Non .n. aliter pollicetur prætor actionem de conſtituta pecunia, quā ſi appareat conſtituentē non feciſſe ad diem, quod conſtituerat ſe facturum *d. l. ſi duo §. ait prætor*, ac proinde, quàm fuerit debitor in mora ſoluēdi aut ſatisfaciēdi cōſtituto: quod in aliis obligationib. puris diuerſum eſt. Ideò namq; prætor hanc actionē induxit, ne fidē impunè fregiſſet is, qui ad dictam diē, quod conſtituiſſet, non feciſſet *d. l. 1. in princip.* Propter quā cauſam dubitatum fuit, an actio hæc pœnalis eſſet, quaſi quæ in pœnā fractæ fidei inducta fuiſſet *l. itē illa 18. §. pen. ſup.* quia per hanc actionē non condemnatur conſtituēs, vt faciat quod promiſit, ſed ad id, quod aduerſarij intereſt, quia non fecerit *l. qui autē 14. §. ſed & ſi quis ſup.* Et ex hoc petenda eſt ratio diuerſitatis inter hanc actionem & cæteras, quæ pro puro debito dantur, non quam hîc adfert Accurſius. Atqui non poteſt fieri, vt eodem inſtanti per conſtitutū & naſcatur obligatio & mora contrahatur. Prius ſiquidē eſt, vt quis obligatus ſit & interpellatus aut per lapſum diei, aut per interpellationem hominis, quàm vt in mora conſtituatur *l. mora 32. inſr. de vſur. l.*

*Titia Seio* 87. §. *vſuras de legat.* 2. *l. ſi pupillus* 127. *de verb. oblig l. nulla* 88. *de regul. iur.* Ergo ſi quis purè conſtituerit quod purè debebat, fatendum eſt, quia ſtatim teneri & conueniri de conſtituta pecunia non poteſt, nullomodo eum teneri, vt nec eum qui cùm eſſet Romę, promiſit hodie centum Carthagine dari *l.* 2. §. *qui ita ſtipulatur ſup. tit. prox.* Obligationē enim quæ ex aliqua conuentione naſci poteſt, neceſſe eſt naſci vel ſtatim vel nunquam. Proinde vt conſtitutum hoc quod purè factum eſt, valeat ad producēdam actionem de conſtituta pecunia, neceſſe eſt dicere tempus ei tacitè ineſſe intra quod poſſit & debeat conſtituens ſatisfacere, aut ni ſatisfaciat conueniri actione conſtitutæ pecuniæ ex hoc edicto: quemadmodum euenit in eo qui purè promiſit ſe ſoluturum certo loco, vt tacitè huic promiſſioni tēpus inſit intra quod ad eum locum perueniri poſſit, *d.* §. *qui ita l. eum qui Calendis* 41. §. 1. *l. continuus* 137. §. *cùm ita infr. de verbor. obligat.* ſemper enim adiuuandæ ſunt iuſta interpretatione conuentiones, vt valeant potiùs quàm pereant, *l. quoties* 80. *l. ſi ita ſtipulatus* 126. §. *Chryſogonus verſ. planè eod. tit. l. quoties* 12. *de reb. dub.* Niſi cùm verba adeò repugnant, vt nullam interpretationem patiantur, vt cùm in ſtipulatione adiecta eſt dictio *hodie* vt in *d.* §. *qui ita ſtipulatur*, & in *l. liber homo* 118. §. 1. *de verb. oblig.* Illud tamen difficile eſt dicere, quodnam & quantum tempus videri debeat ineſſe conſtituto, quod ſine die factum eſt. Non enim facilè coniectura ſumi ex negotio geſto poteſt, quomodo ſumitur cùm quis purè certo loco dare promiſit. Quo caſu dicimus tantum ineſſe tempus quantum neceſſe eſt, vt ad eum locum perueniri poſſit. At non æquè dici poteſt, quātum tempus neceſſarium ſit præſcribi, intra quod ſi conſtituens non ſatisfaciat, poſſit conueniri, quaſi in mora conſtitutus. Etſi enim lex hæc ponit ineſſe tacitè tempus decem dierum, quis tamen non videt poſſe triduum aut quatriduum æquè ac decendium ſufficere promiſſori, vt faciat quod conſtituit ſe facturum, præſertim ſi dandi fuit obligatio, ac proinde vt ſi non faciat, in mora hoc ipſo conſtitutus videatur? Spatium namque temporis aliquod requirimus ob hoc ſolùm, vt non eodem inſtanti obligatio & mora contrahatur, non etiam vt debitori faueamus, longiuſque ſpatium ei demus ad ſoluendum. Itaque vt breuiter concludam, puto adiectionem hanc de ſupplendo tacitè tempore decem dierum totam eſſe Triboniani temperare volentis Pauli ſententiam quaſi duriorem, quæ conſtitutum purè factum improbabat, nec enim quiſquam ex prudentibus tale temperamentum inducere ſua authoritate potuiſſet: & verba illa, *ſed modicum tempus ſtatuendum eſt non minùs decem dierum, vt exactio celebretur*, non alterius certe quàm Triboniani manum redolent, de quo quia latè ſcripſimus *lib.* 15. *Coniect. cap.* 4. plura hîc non dicemus.

2 ¶ Conſtituto ſatis non facit, qui ſoluturum ſe conſtituit, ſi offerat ſatiſdationem. Si quis autem conſtituat ſe ſatisfacturum, & fideiuſſorem, vel pignora det: non tenetur: quia nihil interſit, quemadmodum ſatisfaciat.

*Ad §. vlt. Conſtituto.*

RAT. DVB. Satisfactio pro ſolutione eſt *l. ſatisfactio* 52. *infr. de ſolut.* Atqui is qui conſtituit ſe ſatisfacturum, conſtituto ſatisfacit ſi offerat ſatiſdationē vel pignora, quia nihil intereſt quomodo ſatisfaciat, vt ſequitur in hoc §. Ergo & idem dicendum eſt in eo, qui conſtituit ſe ſoluturum. DEC. Aliud eſt ſoluere, aliud verò ſatisfacere. Solutionem accipere debitor cogitur, niſi ſi quādo iuſtam cauſam habeat recuſandæ ſolutionis, ideóque obſignatio hoc caſu pro ſolutione eſt inuito etiam creditore *l. obſignatione* 9. *C. de ſolut. l. acceptam* 19. *C. de vſur.* At ſatiſfactionem pro ſolutione admittere nemo cogitur, non magis quàm aliud pro alio accipere *leg. cum qui* 16. *& l. ſeq. C. de ſolut.* Idque eſt quod dici ſolet, non prodeſſe debitori quod velit ſatisfacere, ſed prodeſſe tantùm ſi ſatisfecerit *l. item liberatur* 6. §. 1. *infr. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit. leg. quòd ſi non ſoluere* 10. *infr. de pign. act.* Non enim fideiuſſoris datione liberari poteſt, qui pecuniam numerare cogitur *l.* 5. *in fi. infr. de ſtatulib.* Ergo is qui ſoluturum ſe conſtituit, non ſatisfacit conſtituto, ſi ſatisfactionem offerat, multo minus ſi ſatiſdationē. Plerique enim ſunt qui malunt ſatisfieri ſibi pignorib. datis, quàm fideiuſſoribus: licèt ſatiſdare dicatur ille tantùm qui dat fideiuſſorem, non etiam qui pignora *l.* 1. *ſupr. qui ſatiſd. cogant.* vbi diximus. Et cùm quæritur, an conſtituto quis ſatisfaciat, nihil aliud inſpiciendum eſt, quàm vtrum faciat idipſum quod promiſit nō an plus vel minus vel tantundem. Planè ſi creditor cui ſoluturum ſe debitor conſtituit, ſatisfactionem pro ſolutione admittere velit, dubitandum non eſt, quin conſtituto ſatisfecerit, qui quoquomodo ſatisfecit. Sed hic textus loquitur de conſtituente qui ſatisfacere velit inuito creditore, non qui volenti ſatisfecerit. Aliud ergo eſt ſi quis ſatisfacturum ſe conſtituerit. Hic. n. cōſtituto ſatisfacit, etiāſi non ſolutionē offerat, ſed tātùm ſatiſdationem aut pignora inuito quoque creditor: nam quod dicimus nihil prodeſſe debitori ſi velit ſatisfacere, ſed tantùm ſi ſatiſfecerit, ad eum debitorem pertinet, qui ſoluere debuit, nō ſatisfacere. Satisfactionem. n. recuſare creditor non poteſt ab eo qui nihil niſi ſatisfactionem debet, non magis quàm ſolutionem ab eo qui ſoluere teneatur. Poteſt quidem pro vnius rei debito alia res conſtitui *l.* 1. §. *an poteſt ſupr.* ſed vbi conſtitutum ſemel eſt, non aliud ſolui aut præſtari poteſt, quàm quod conſtitutum eſt. In ſtipulationibus tamen prætoriis ſpeciale eſt, vt ſatiſdationem exigant, id eſt, fideiuſſorem, nec pignoribus contentæ ſint *l. generaliter* 3. *iunct. leg. prætoria* 7. *infr. de ſtipulat. prætor.* Excepta ſtipulatione quæ pro collatione interponitur *leg.* 1. § *iubet autem verſ. an & pignoribus infr. de collat. bonor.*

22. IDEM libro 6. Breuiom.

SI poſt cōſtitutā tibi pecuniā, hereditatē ex Senatuſcōſulto Trebelliano reſtitueris: quoniā ſortis petitionē tranſtuliſti ad aliū: deneganda eſt tibi pecuniæ conſtitutæ actio. Idem eſt in hereditatis poſſeſſore poſt euictam hereditatem [a]. Sed magis eſt, vt fideicommiſſario, vel ei, qui euicit, decernenda eſſet actio.

*Ad l. Si poſt conſtitutam* 22.

RAT. DVB. Per reſtitutionem hereditatis etiam ex Trebelliano Senatuſconſulto factam non ex Pegaſiano, id eſt, quæ ita facta ſit, vt nihil penitus ex

hereditate

hereditate penes heredem rogatum remanſerit; non transferuntur tamen actiones, quas heres poſt aditam hereditatem facto ſuo, & ex proprio contractu, licèt occaſione hereditatis quæſiuerit, ſed omnimodo ceſſione opus eſt, vt in fideicommiſſarium transferantur *leg. ſi heres 73. infr. ad SC. Trebell.* Atqui heres cui pecunia defuncto iam debita conſtituta eſt, poſt aditam quidem, ſed ante reſtitutam hereditatem, proprio ſuo facto ſuáque conuentione obligationem & actionem conſtitutæ pecuniæ ſibi acquiſiit, nec eam videri poteſt in hereditate inueniſſe, cùm non defuncto conſtitutum fuerit ſed heredi ipſi. Ergo cùm per eiuſmodi reſtitutionem hereditaria non ſit actio conſtitutæ pecuniæ tranſlata in fideicommiſſarium, quid obſecro cauſæ eſſe poteſt, cur deneganda ſit heredi, cui nominatim conſtitutum fuit? DEC. Certum eſt per reſtitutionem hereditatis tranſlatam eſſe ſortis petitionem in fideicommiſſarium, cùm ſors fuerit hereditaria. Atqui non fuit conſtituta alia pecunia quàm quæ defuncto iam debita fuerat, nec rurſus alio colore conſtituta heredi, quàm quia eo tempore heres verus erat creditor, cui ſors illa debebatur. Atqui deſiit ei deberi à quo tempore reſtituit hereditatem ex Trebelliano, & tranſtulit actiones omnes in fideicommiſſarium. Etſi enim remanent actiones omnes directæ penes heredem, qui etiam poſt reſtitutionem heres remanet *l. ſi heres 70. in princip. eod. tit. §. reſtituta Inſtit. de fideic. heredit.* ſunt tamen inutiles & inefficaces propter exceptionem quæ ex Trebelliano competit reſtitutæ hereditatis *l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano eod.* In perſona verò fideicommiſſarij ſicut ſunt vtiles, ita & ſemper efficaces *l. 1. & tot. eod. tit.* Ita ergo fieret, ſi actio conſtitutę pecunię ſalua eſſet heredi poſt reſtitutam quoque hereditatem, vt miſer debitor hereditarius duobus creditoribus in ſolidum teneretur, heredi quidem ex conſtituto, fideicommiſſario autem ex cauſa obligationis hereditariæ, ac proinde alterutrum euenire neceſſe eſſet, vt vel debitor vtrique ſoluere teneretur, vel vt eſſet in poteſtate heredis agendo priùs de conſtituta pecunia præripere ſolutionem fideicommiſſario, eique commodum reſtitutæ hereditatis auferre, quod vtrumque iniquum eſſet. Igitur ne alterutrum eueniat, dicendum neceſſariò eſt actionem conſtitutæ pecuniæ denegandam eſſe heredi, non quaſi ei nunquam quæſita fuerit, vel quaſi ab eo fuerit in fideicommiſſarium tranſlata, quorum neutrum dici poteſt. Sed quia tranſlata ſorte, id eſt, prioris debiti cauſa in fideicommiſſarium ratio nulla eſt, vt actio conſtitutæ pecuniæ ſalua maneat ei cui conſtituta fuit, qui creditor ampliùs non eſt, cùm eadem ſit ſumma & quæ conſtituta eſt, & quæ iure hereditario debita, licèt alia ſit conſtituti, alia debiti hereditarij obligatio. Nec eſt contrarium, quod in ſuperioribus diximus: non ideò conſtitutum corruere quòd pecunia conſtituti tempore debita, poſtmodum debita eſſe deſierit, & ſufficere, vt ſemel interſit creditoris cui conſtitutum fuit, licèt poſteà deſierit intereſſe *l. item illa 18. §. 1. ſupr.* Id enim tum obtinet, cùm nullo interueniente facto creditoris, intereſſe ipſius deſiit. In propoſito autem factum heredis interuenit, & quidem neceſſarium, quia hereditatem reſtituere debuit, & cum hereditate debitam ſortem in fideicommiſſarium transferre. Etſi autem hæc veriſſimè, & ex mera iuris ratione diſputantur, concluditur tamen ex Paulo in fine huius legis, magis eſſe vt actio illa conſtitutæ pecuniæ decernenda ſit fideicommiſſario. Quod Accurſius & Bartolus ſic intelligunt, vt tamen ceſſionem fieri neceſſe ſit ab herede, vt in ſpecie *d. l. ſi heres pecuniam.* Quod ego probare non poſſum, nec dubito quin poſtremus hic verſiculus ſit Triboniani, qui nec temperare ſibi potuit, quin Marcelli quoque ſententiam corrumperet in *d. l. ſi heres pecuniam 73.* vt pluribus à nobis traditum & cõprobatum eſt *libr. 15. Coniect. cap. 5.* vbi vide. Ceditur enim actio & cedenda eſt ab herede, decernitur autem à prætore quoties datur cum aliqua cauſæ cognitione. Planè ſi ponas conſtitutam fuiſſe pecuniam heredi non nomine proprio, ſed hereditario, dicendum erit tranſituram ipſo iure actionem conſtitutæ pecuniæ in fideicommiſſarium, facta poſtmodum ex Trebelliano reſtitutione, vt de fideiuſſoria obligatione per heredem quæſita ſcriptum eſt in *l. heres 21. in princ. infr. de fideiuſſ.* quam ſic accepit Cuiacius poſt Græcos interpretes, & rectè.

a *Idem eſt in hereditatis poſſeſſore poſt euictam hereditatem.* RAT. DVB. Cùm poſſeſſor alienæ hereditatis pactus eſt heredi, qui poſteà euicerit ſicuti pactum hoc nocere non poteſt, ita neque prodeſſe *l. ſi tibi 17. §. cùm poſſeſſor ſup. de pact.* Ergo neceſſe eſt, vt falſo heredi proſit, qui ipſe pactus eſt & cui conſtituta fuit pecunia. Quod enim alteri prodeſſe non poteſt, neque nocere, cur non ipſi ſaltem paciſcenti proſit? Non enim poſſis hîc dicere quod in alio caſu diximus imputari poſſe ei cui fuit conſtitutum, quòd ipſius facto intereſſe eius deſierit: quodnam enim factum eſt falſi heredis cui hereditas euincitur? DEC. Quemadmodum per hereditatis reſtitutionem quæ fit ex Trebelliano, tota ſortis hereditariæ obligatio transfertur in fideicommiſſarium, ita & cùm hereditas falſo heredi euincitur per verum heredem, ſiue bonæ ſiue malæ fidei poſſeſſor fuit, quicquid ex hereditate penes falſum heredem fuit, vero heredi reſtituendum eſt, hac ſolâ differentia, quòd hoc caſu reſtituitur hereditas euincenti tanquam ipſius propria, ſuperiore autem reſtituitur fideicommiſſario, tanquam ipſi ex fideicommiſſo debita. Ergo cùm nihil ex priſtina & hereditaria obligatione ſuperſit falſo heredi poſt euictam ipſi hereditatem, neque actio conſtitutæ pecuniæ quæ non niſi hereditario iure fuit debita, ſalua ei eſſe poteſt, qui heres non eſt, nec vnquam fuit, quique non alia de cauſa nihil tranſtulit in verum heredem reſtituendo ipſi hereditatem, quàm quia nihil transferre potuit, cùm nullum ius in hereditate vnquam habuerit: propter quod nemo dixerit meliorem eius conditionem eſſe debere, quàm ſi exemplo heredis grauati ius aliquod in hereditate ante reſtitutionem habuiſſet: heres enim grauatus cui ante reſtitutam ex Trebelliano hereditatem conſtitutum fuit, verus eo tempore fuit creditor, quia & verus heres erat. Falſus autem heres cui tanquam vero heredi conſtitutum fuit, ſicuti nunquam verus heres fuit, ita neque verus creditor. Vt proinde negari non poſſit, quin conſtitutum ei factum ex falſa cauſa factum ſit. Ex quo conſequenter nullam ei actionem quæſitam eſſe, nec quæri potuiſſe, ex euentu apparet, id eſt, ex ſecuta hereditatis euictione. Conſtitutum enim falſo creditori factum, qui verus creditor putabatur, cauſam nullam habet ob quam debeat ſubſiſtere, & à Prætore conſeruari, qui in hac danda actione nihil niſi bonam fidem intuetur *leg. 1. ſupr.* Ex qua tamen nemo eſſe dixerit, vt ei ſolui oporteat, qui ſi ſolutum ei eſſet, etiam condictione

indebiti teneretur *arg. l. ſi pœna 19. §. 1. ſupr. de condict. indeb.* cùm is qui conſtituit, ſoluentis etiam loco habeatur *l. idem eſt 10. ſupr.* Nam & ſimiliter dicimus eum, qui cùm verus heres non eſſet, conſtituit creditori hereditario, tanquam heres patris, non magis honoraria actione conſtitutæ pecuniæ quàm ciuili vlla conueniri poſſe *l. vlt. infr.* quia cùm conſtituerit, quaſi eſſet ipſe debitor, qui non erat, nullam penitus niſi falſam conſtituendæ pecuniæ cauſam habuiſſe videri poteſt. Sed hoc ita fortaſſe ſi quis falſo heredi conſtituerit proprio ipſius nomine non hereditario, ſecundùm diſtinctionem quam ſuperiore caſu adhibuimus ex *l. heres à debitore 21. in princip. infr. de fideiuſſ. & ad d. l. ſi pœna §. 1. ſupr. de condict. indeb.* Verùm non ita eſt, vt mox dicemus. Illud ſanè conſtat actionem hanc conſtitutæ pecuniæ quam falſo heredi cui conſtitutum fuit, denegamus, multo minùs decernendam eſſe vero heredi qui hereditatẽ euicit, non ob id ſolùm, quòd neque ipſi, neque ipſius nomine conſtitutum fuerit, ſed falſo heredi tãquam vero & quidem proprio ipſius nomine, vt diximus: ſed etiam ob id maximè, quòd pactum falſi heredis neque prodeſſe vero heredi debeat, neque nocere, vt iam diximus ex *d. l. ſi tibi 17. cùm poſſeſſor ſupr. de pact.* Quod cùm ita ſit, tanto magis fatendum eſt, Paulo adſcribi non poſſe verba illa poſtrema huius legis, *ſed magis eſt vt fideicommiſſario vel ei qui euicit decernenda eſſet actio*, quæ nos Triboniani eſſe defendimus. Ne alioqui Paulus, cuius vterque locus eſt, nõ modò cum ſeipſo, ſed etiam cum vera rectáque iuris ratione pugnaſſe videatur. Non enim ratio iuris certè patitur, vt pactum falſi heredis proſit vero heredi, nec tantùm ſi ſuo nomine pactus ſit, ſed nec ſi hereditario. Illa enim diſtinctio tunc adhibenda eſt, cùm falſus heres ſoluit debitum hereditarium, & quæritur de condictione indebiti, non autem cùm falſus heres pactus eſt. Longéque alia ratio eſt heredis reſtituentis hereditatem ex Trebelliano: nam eo caſu & actio acquiritur ab initio heredi, quia verus heres eſt, & ideo tranſire poteſt in fideicommiſſarium, tranſitque propter concurrentem Senatuſconſulti authoritatem *d. l. 1. ad SC. Trebell. l. ſi mulier 59. §. ex aſſe infr. de iur. dot.* Nec rurſus poſſis cum Cuiacio diſtinguere pactum nudum à conſtituto, quaſi verò & conſtitutum ipſum pactum non ſit. Nam id quoque à nobis reprehenſum & confutatum eſt *eodem libr. 15. Coniect. cap. 5.* quod indicaſſe ſufficiat ne hîc longiores ſimus.

23. IVLIANVS libro 11. Digeſtorum.

PRomiſſor hominis, homine mortuo, cùm per eum ſtaret, quominùs traderetur: & ſi hominem daturum ſe conſtituerit, de conſtituta pecunia tenebitur, vt pretium eius ſoluat.

*Ad l. Promiſſor 23.*

RAT. DVB. & DECIN. ad hanc legem eadem ferè eſt, quæ ad *leg. promiſſor 21. ſupr.* ſicut eadem ferè eſt vtriuſque loci ſpecies. Niſi quòd in *d. l. promiſſor* precium hominis debiti & poſt promiſſoris moram mortui conſtitutum fuiſſe proponebatur, hîc verò ipſe homo iam mortuus. Itaque paullo alia & maior dubitandi ratio eſt ad hanc legem, quàm ad illã. Homo enim iam mortuus planè nullus eſt, nullíúſque vſus *l. principaliter 13. C. de liber. cauſ.* ideóque nec in ſtipulationem deduci poteſt *l. ſi homo mortuum 69. de verb. oblig.* Cur ergo magis in conſtitutum? Nam nec conſtitui poteſt, niſi quod eſt debitum *l. 1. §. debitum ſupr.* Non poteſt autem eſſe debitum quod non eſt, vt Bartolus hîc ratiocinatur. Sed decidendi ratio eſt, quam & idem Bartolus adfert, quòd licèt promiſſus homo ſit mortuus, cùm tamen poſt moram mortuus eſt, remanet in obligatione *l. ſi ſeruum 91. §. vlt. iunct. leg. ſi ex legati 23. & ſequent. de verb. oblig.* Et quamuis non poſſit præſtari, attamen precium eius præſtari & ſolui poteſt, facta æſtimatione per iuſiurandum in litem *l. in actionibus 5. verſic. planè ſupr. de in lit. iur.* Itaque nihil intereſt, an homo ipſe mortuus in conſtitutum deducatur, vt in hac lege, an precium eius, vt in *d. l. promiſſor* cùm vtroque caſu & conſtitutum valeat, & precium ſoluatur. Iunge quę dixi ad *l. in re furtiua 8. ſupr. de condict. furt. & ad l. cùm fundus 31. §. ſeruum tuum ſupr. de reb. credit.*

24. MARCELLVS libro ſingulari Reſponſorum.

TItius Seio epiſtulam emiſit in hæc verba: *Remanſerunt apud me quinquaginta ex credito tuo, ex contractu pupillorum meorum, quos tibi reddere debebo Idibus Maij probos. Quòd ſi tibi ad diem ſuprà ſcriptum non dedero, tunc dare debebo vſuras tot.* quæro, an Lucius Titius in locum pupillorum hac cautione reus ſucceſſerit? Marcellus reſpondit, ſi interceſſerit ſtipulatio, ſucceſſiſſe. Item quęro, an, ſi non ſucceſſiſſet[a], de conſtituta teneatur? Marcellus reſpondit, in ſortem teneri. eſt enim humanior, & vtilior iſta interpretatio.

*Ad l. Titius 24.*

RAT. DVB. Epiſtola non eſt modus inducendæ obligationis, ſed eius tantùm quæ inducta fuit probandæ, vt in *l. Publia 26. §. vlt. infr. depoſit.* præſertim verò cùm de ſtipulatione agitur, quam certum eſt, cùm inter abſentes fieri nequeat, nec per epiſtolam fieri poſſe *l. 1. infr. de verb. oblig.* Ergo non poteſt verum eſſe quod Marcellus hîc reſpondet ex epiſtola, cuius verba proponuntur, ſucceſſiſſe tutorem in locum & obligationem paſſiuam pupillorum, ſi ſtipulatio interceſſerit: maximè verò cùm ponendum ſit huiuſmodi ſtipulationem interueniſſe animo nouandi, vt Accurſius hîc notat. Nam neque nouatio fieri poteſt, niſi inter præſentes & conſentientes. DEC. Quædam ſunt, inquit Bartolus, & rectè, obligationes quæ per epiſtolam contrahi poſſunt, cuiuſmodi eæ ſunt quæ nudo conſenſu contrahuntur *leg. 1. §. vltim. infr. de contr. empt.* quædam verò quæ non poſſunt, vt eæ quæ vel traditionem vel literarum aut verborum ſolemnitatem

exigunt,

exigunt. In iis quæ ſunt prioris generis, poteſt epiſtola obligationem inducere, non etiam in cæteris, ſed duntaxat inductam probare *dict. leg. Publia §. vlt. depoſ. l. ea quæ 57. infr. de donat. int. vir. & vxor.* Poteſt autem interdum fieri, vt etiam inter præſentes epiſtola ſcribatur per modum ſchedulæ, vt Bartolus loquitur, & poſt interpoſitam inter eos ſtipulationem, ac proinde etiam animo nouandi ſi ea quoque contrahentium voluntas fuit. Et ita in ſpecie huius legis vſu veniſſe, ponendum neceſſariò eſt, cùm tractetur de ſtipulatione. Alioqui ſi de conſtituta pecunia tractandum eſſet, nihil prohiberet contrahi obligationem per epiſtolam etiam inter abſentes *l. quidam 26. infr.* Sed nec quicquam vetat contrahi etiam inter præſentes *d. l. item illa §. vlt. ſupr.* Quod enim fit inter abſentes, multo magis inter præſentes fieri poteſt. Itaque vana & ſuperflua eſt quæſtio, quam hîc ſubiungit Bartolus, cùm ad quodlibet pactum, ac proinde etiam ad conſtitutum requiratur conſenſus *d. l. 1. ſupr.* quomodo probetur eum ad quem hæc epiſtola miſſa eſt, conſenſiſſe. Nam ſi ponimus quod lex ponit, ſtipulationem in hac ſpecie vel interueniſſe, vel interuenire ſaltem potuiſſe, ideóque inter præſentes negotium geſtum eſſe, quid alia, obſecro, conſenſus probatione opus eſt? Placet tamen quod Bartolus reſpondet, eum qui ab alio epiſtolam accipit, nec ſtatim cõtradicit, hoc ipſo videri epiſtolę & omnibus in ea cõtentis expreſſim conſenſiſſe, ex *l. ſi filiusfamilias 16. infr. de SC. Maced. & l. ſi abſentis 4. C. ſi cert. pet.* Debet enim ſtatim teſtationem interponere contrariæ voluntatis, vt eleganter ſcriptum eſt in *d. l. ſi filiusfamilias.* Illud etiam obſeruatione dignum eſt, quoties negotiũ inter præſentes geſtum eſt, ſolum *promittẽdi* verbum ſufficere, licet commune ſit pacto nudo, conſtituto, & ſtipulationi, vt ſtipulatio interpoſita eſſe intelligatur *l. 1. C. de contr. & committ. ſtipul. l. Titia 134. § penult. infr. de verb. oblig.* Ponit autem Accurſius interpoſitam fuiſſe ſtipulationem animo nouandi, quia, inquit, ex his quæ facit tutor durante tutela, non tenetur ea finita niſi de nouo ſe obliget, ne officium ei ſuum damnoſum ſit ex *leg. poſt mortem 5. in princip. & §. 1. infr. quando ex fact. tutor. leg. cum quadam 26. Cod. de admin. tutor. iunct. leg. ſi non ſubſcripſiſti 15. eod. tit.* Quod ſanè verum eſt. Sed tamen non video quid hîc neceſſe ſit de nouatione comminiſci. cùm & nulla nouatione facta idem reſpondendum ſit quod Marcellus reſpondet, Lucium Titium quondam tutorem pupillorum, quorum nomine antea mutuã pecuniã acceperat, ex huiuſmodi cautione, & epiſtola in locum eorum reum ſucceſſiſſe. Cùm enim pupilli obligati eſſent ex cauſa creditæ pecuniæ, quæ obligatio non niſi re contrahitur, & tutor epiſtola & cautione ſua profeſſus eſſet, remãſiſſe penes ſe quinquaginta ex tota quantitate credita, conſequens erat, vt nulla etiam nouatione facta obligaretur Lucius Titius quaſi breui manu, ac ſi pupillorũ nomine pecuniam Seio creditori reddidiſſet, mox ab eo mutuam pecuniam eandem accepiſſet, *ex l. ſingularia 15. ſupr. de reb. credit. leg. 3. §. ſed ſi debitorem infr. de donat. int. vir. & vxor.* Non enim poſſunt videri facti per eam epiſtolam correi debendi ex cauſa mutui, Lucius Titius, & pupilli, cùm diuerſis temporibus obligati fuerint, mutuámque pecuniam acceperint *l. ſi ex duobus 12. iunct. leg. eandem 9. & paſſ. de duob. reis.* Nec rurſus æquum eſt pupillos manere obligatos ex cauſa creditæ pecuniæ, quæ ad eos nunquam peruenerit, ſed penes tutorem ipſum remanſerit: dummodo tutor ipſe proprio ſuo nomine maneat obligatus, at non ex mutuo ſi verum amamus, cùm mutuam ipſe pecuniam non accepẽrit, neque à pupillis, neque à Seio, ſed ex ſtipulatione cui cauſam dederit pecunia, pupillis quidem credita, ſed à tutore retenta *l. cùm enim 7. iunct. l. præced. §. 1. infr. de nouat.* vbi dicitur, cùm pecunia credita eſt, ſi ſtipulatio interuenerit, ſiue ante ſiue incontinenti poſt numerationem non duos eſſe contractus quorum prior mouetur per poſteriorem, neq; contractum vllum mutui, ſed tantùm ſtipulationis. Quamquam nec nouum eſt, vt per ſtipulationem fiat pecunia credita, quandoquidem verbis quoq. credimus *l. 2. §. vlt. ſup. de reb. credit.* Sed illud duntaxat abſurdum creditur, ſi ex pacto nudo fiat pecunia credita *l. quæ negotia 94. infr. mandat.*

a *Item quæro an ſi non ſucceſſiſſet.* RAT. DVB. Cùm Lucius Titius in locũ pupillorum non ſucceſſit, id eſt, cùm ſtipulatio nulla interceſſit, ſecundũ ea quę proximè diximus, nihil intereſſe videtur creditoris qui pupillos ipſos habet obligatos. Non ergo videtur Titius teneri de conſtituta pecunia, nec magis in ſortem, quàm in vſuras. Aut ſi vſurarium fuit debitum, quod conſtitutum eſt, non debet obligatio vſurarum ab obligatione ſortis ſeparari *l. quidam 26. infr. hoc tit.*

DEC. Conſtitutum fit, & quidem vtiliter, quoties conſtituitur id quod iam debitum eſt, ſiue à conſtituente ipſo, ſiue ab alio *l. 1. §. debitum l. cum qui 5. §. quod exigimus & paſſ. ſup.* Atqui in propoſita ſpecie, ſi, quia ſtipulatio nulla interuẽnit, Lucius Titius in pupillorum locum non ſucceſſerit, remanet prius debitum, quod fuit pupillorum. Non deficit ergo materia conſtituti, quæ deficeret ſi Titius in pupillorum ius & locum ſucceſſiſſet. Quãuis enim eo caſu fieret ipſe debitor, non tamen poſſet eâdem epiſtola & cautione & fieri debitor & quod ipſe debere inciperet, conſtituere. Debitum enim ordine, non tantùm naturæ & intellectus præcedere neceſſe eſt, vt conſtitutũ vtiliter ſequi poſſit *d. §. debitum,* nec rurſus deficit forma conſtituti, cũ epiſtola interuenerit citra ſtipulationem *l. item illa 18. § vlt. ſupr. d. l. quidam 26. infr.* Actionem ergo de conſtituta pecunia hoc caſu competere fatendum eſt, quod & ſcriptum eſt in *d. l. quidam,* ſed in ſortem duntaxat, vt Marcellus hîc ait, non in vſuras. Etſi enim vſurarum quoq. facta mentio in epiſtola proponebatur, quæ dubitandi ratio ad hunc locum eſt, non tamen ſic promiſſæ fuerunt, quaſi ex contractu pupillorum iam debitæ & ſuo tempore ſoluendæ, ſi ſors ipſa non ſolueretur, ſed quaſi nunc primùm per epiſtolã tutoris promiſſæ. Eaque certè humanior & vtilior interpretatio eſt, quemadmodum Marcellus ait, per quam ſcilicet fit, vt minus obligetur debitor, cùm ſemper in dubio pro debitoribus facienda ſit interpretatio *vulg. l. Arianus 41. inf. de oblig. & act.* Nam ſi debitum à tutore conſtitutum fuiſſet vſurarium, dubitari non oporteret, quin conſtituens non tantùm ad ſortem, ſed etiam ad vſuras teneretur. Tale namque debitum conſtitutum eſſe ſemper intelligitur, quale eſt *l. id quod 19.* vbi diximus *ſup.* In dubio autem non eſt præſumendum vſurarium, ſiue propter odium vſurarum, quia ex mutui natura eſt, vt ſit gratuitum, ſtatímq. degenerat in fœnus ſi quoquomodo ſit vſurarium *l. 1. Cod. ſi aduerſ. credit.* ſiue quòd non debeantur vſuræ pecuniæ fœnebris, ſi non ſit interpoſita ſtipulatio *l. 3. C. de vſur. l. Titius 24. infr. de praſcr. verb.* quæ facti eſt, vt & contractus ex-

teri *l. conſilio 7. §. vlt. infr. de curat. furioſ.* & conſequenter probanda non præſumenda *l. 1. C. de probat. l. adſeueratio 10. C. de non numer. pecun.* Atqui conſtitutum ſit per pactum nudum citra ſtipulationem *§. de conſtituta Inſt. de action. l. 1. §. eum qui ſupr.* Ergo ſi nulla ſtipulatio interceſſerit, quomodo ponimus nullam hîc interceſſiſſe, nec debitum pupillorum probetur vſurarium, conſequens omnino eſt, vt actio de conſtituta pecunia, quæ ex ſupradicta epiſtola naſcitur, ad ſortem duntaxat detur, non etiam ad vſuras. Et hæc meo iudicio vera ſententia & ratio eſt huius legis. Cui malè noſtri opponunt quaſi repugnantē Scæuolam in *d. l. quidam*, vbi reſpondetur conſtituētem ad vſuras quoque teneri. Nempe quia conſtitutum factum per epiſtolam in illius legis ſpecie vſurarum mentionem faciebat, quæ præteritæ eſſent, ac iam debitæ, vt probant verba illa epiſtolæ *ſalua ratione vſurarum nomine.* Hîc verò earum duntaxat quæ futuræ eſſent, & per epiſtolam tum primùm promiſſæ. Cōſtabat itaque in illa lege debitum præcedens, quod cōſtituebatur, fuiſſe vſurarium, quod in huius legis ſpecie non erat. Et de futuris tantùm vſuris epiſtolam Marcello propoſitam intelligi poſſe apparet manifeſtè ex poſtremis illis verbis, *quòd ſi ad diem ſupraſcriptum non dedero, tunc debeo dare vſuras tot.* Quamuis in verbo illo *debeo* ſit ambiguitas aliqua, an Titius ſenſerit de vſurarum debito, quod à pupillis cœperit, an potius de nouo debito, quod Titius à perſona ſua incipere voluerit. Prior namque interpretatio debitum pupillare faceret vſurarium: poſterior non item, quæ ideò humanior & vtilior eſt. Nec ad rem pertinet ſi quis obiiciat, etiam acceſſoria debiti conſtitui poſſe *leg. qui autem 14. §. 1.* vbi diximus *ſupr.* Id enim ad ea acceſſoria pertinet, quæ nudo pacto conſtitui poſſunt, non etiam ad vſuras quæ vinculum exigunt ſtipulationis, cuiuſmodi ſunt pecuniæ fœnebris vſuræ *d. l. 3. C. de vſur. d. l. Titius 24. de praeſcr. verb.*

25. Papinianvs libro 8. Quæſtionum.

Illud aut illud debuit, & conſtituit alterum. an vel alterum, quod non conſtituit, ſoluere poſſit, quæſitum eſt? dixi non eſſe audiendum, ſi velit hodie fidem conſtitutæ rei frangere.

*Ad l. Illud aut illud 25.*

Rationale. Obligatio conſtitutæ pecuniæ cùm ſine ſtipulatione contrahatur, nunquam nouat præcedentem obligationem cui accedit *l. item illa 18. §. vlt.* vbi diximus & alibi *ſupr. hoc tit.* Ergo etiam poſt conſtitutum remanet prima obligatio in priſtina ſua natura. Atqui prioris obligationis natura & cōditio illa fuit, vt debitor qui illud aut illud daturū ſe promiſerat, electionem haberet, vtrum ſoluere mallet, & alterutrum ſoluēdo liberaretur in totum, quandoquidem in alternatiuis electio eſt debitoris *l. plerumque 11. §. vlt. infr. de iur. dot.* & vtraque res cenſetur eſſe in obligatione alternatiua, perinde ac ſi eſſet ſola *l. ſi duo 128. infr. de verb. oblig. l. cùm hereditas 5. §. vlt. & l. vlt. infr. qui & à quib. manum. l. ſi quis ſeruum 8. §. ſi ita legetur de legat. 2.* quāuis alterutrā ſolui ſufficiat *l. ſi illud aut illud 27. eod. l. cùm illud 25. inf. quando dies leg. ced. l. debitor 59. §. ſed cùm teſtator infr. ad SC. Treb.* Alioqui, vt benè ratiocinatur Accurſius, non poſſet alterutrum cōſtitui, ſi non vtrumque deberetur *l. 1. §. debitum l. eum qui 5. §. quod exigimus ſupr.* Ergo quemadmodum ſi conſtitutum nullum factum eſſet, poterat debitor ex duabus rebus alternatiuè debitis eligere quā mallet ſoluere, & ea ſolutione in totum liberari, ita dicendum eſt, etiamſi conſtituerit ſe alteram ſoluturum, non eo magis tamen obligari, vt eam præſtet, ſed ſi alteram hodie præſtare malit, audiendum eſſe, tanquam ſoluat ex priore obligatione: quod vtique ſufficit, vt à cōſtituti quoque obligatione liberetur, cùm vnicū ſit debitum, licèt duplex ſit obligatio *d. l. item illa §. vlt.* Dec. Non eſt audiendus debitor qui conſtituti fidem vult frangere, cùm ob hoc ipſum prætor edictū hoc propoſuerit, quòd graue ſit fidem fallere *l. 1. in princ. ſupr.* Atquin is qui cùm illud aut illud deberet alterū conſtituit, & ita conſtituendo iam elegit, quid mallet ſoluere, non minus frangit conſtituti fidem ſi alterū quod non conſtituit ſoluere hodie velit, quàm ſi neutrum vellet ſoluere. Aliud enim ſoluere vult quàm quod conſtituit, quod fieri certè nullomodo poteſt, licèt aliud pro alio conſtitui poſſit *d. l. 1. § an poteſt iunct. l. promiſſor 21. §. vlt.* vbi diximus *ſupr.* Ergo id ipſum ſoluere debet quod conſtituit, nec poteſt conqueri, quòd ita futurum ſit, vt electionem quam prius habuerat, amittat, quippe quam ipſe alterum conſtituendo ſibi ademerit, & vltrò conſumpſerit: non enim ideò damus debitori electionē in alternatiuis, vt ſæpius eligere poſſit, & variare, ſed vt vbi ſemel elegerit, idipſum ſolùm in obligatione & ſolutione eſſe videatur. Nec obſtat quod Accurſ. tanquam cōtrarium obiicit, eum qui conſtituit ſtipulatori, adhuc poſſe adiecto ſoluere, niſi ſoli ſtipulatori ſoluturum ſe conſtituerit *l. ſi ita ſtipulatus ſim 59. infr. de ſolut. iunct. l. ſi verò 8. ſupr. hoc tit.* Nam qui Titio aut Sēpronio tanquam ſolutionis cauſa adiecto debuit, ſi Titio ſoluturum ſe cōſtituerit, & nihilominus Sempronio ſoluerit, non ideò fidem conſtituti fregiſſe videri poteſt, cùm ſoluendo Sempronio etiam Titio ſoluere intelligatur, vt Paulus argumentatur in *d. l. ſi ita ſtipulatus.* At is qui cùm mihi Stichum aut Pamphilum deberet, conſtituit Stichum, ſi poſtea velit Pamphilum ſoluere, fidem conſtituti frangit, quia ſoluendo Stichum, non æquè videri poteſt Pamphilum quoque ſoluere, cùm ſint res planè diuerſæ, quarum vna alterius vice non fungitur *leg. 2. §. mutui datio ſupr. de rebus credit.* Non autem ſimiliter poſſis dicere duos eſſe creditores, ſi quis Titio aut Sempronio promiſerit: ſolus enim Titius creditor eſt, non etiam Sempronius qui non niſi ſolutionis gratia adiectus fuit, nec adiici potuit. Proinde nulla hîc electio iuris eſt, quaſi plures ſint creditores, vtri ex creditoribus malit debitor ſoluere, ſed facti tantùm, cui potius velit ſoluere ex duabus perſonis, quæ tamen vnius tantùm creditoris vice funguntur. Itaque non propriè eligit qui Sempronio adiecto ſoluit, cùm etiam Titio qui ſolus creditor eſt, hoc ipſo ſoluere exiſtimetur. At verè eligit qui cùm Stichum aut Pamphilum deberet, Stichum conſtituit, perinde ac ſi Stichum ſolueret. Neque mirum videri debet conſtitutum habere vim electionis,

cùm

cùm habeat etiam vim ſolutionis *leg. idem eſt* 10. vbi diximus *ſupr.* Hoc verò nec Accurſius, nec Bartolus intellexerunt, qui obiectionem hanc non aliter diluì poſſe putarunt, quàm ſi dicerent, in huius legis ſpecie ponendum eſſe factum conſtitutum hoc expreſſim acto, vt illud ſolum ſolui poſſet, quod conſtituebatur. Exemplo eius quod in ſpecie *dict. leg. ſi ita ſtipulatus*, diſtinctio adhibenda neceſſariò eſt, an is, qui ſtipulatori ſoluturum ſe conſtituit, quod etiam adiecto poterat ſoluere, adiecerit dictionem *ſoli*, vt in *dict. leg. ſi verò* 8. *ſupr. an non* vt in *dicta leg. ſi ita ſtipulatus*. Quæ tamen diſtinctio in huius legis ſpecie non modò non neceſſaria, ſed etiam ridicula eſt.

1 ¶ Si iureiurando delato, deberi tibi iurauerìs: cùm habeas eo nomine actionem: rectè de conſtituta agis. ſed & ſi non vltrò detulero iuſiurandum [a], ſed referendi neceſſitate compulſus, id fecero: quia nemo dubitat modeſtius facere, qui referat, quàm vt ipſe iuret: nulla diſtinctio adhibetur: tametſi ob tuam facilitatem: ad meam verecundiam ſubſecuta ſit referendi neceſſitas.

*Ad §. 1. Si iureiurando.*

Rat. dvb. Actio conſtitutæ pecuniæ naſci non poteſt, niſi conſtitutum præceſſerit, vt nomē ipſum actionis ſatis indicat. Atqui conſtitutum non fit per iuſiurādum, ſed per pactum & conſenſum duorum ſiue inter præſentes pactum illud interuenerit, ſiue inter abſentes per nuncium aut per epiſtolam *l. qui autem* 14. *§. vlt. ſupr. hoc tit.* Ergo etiamſi deferente reo actor iurauerit conſtitutam ſibi fuiſſe pecuniam, nō ideo tamen naſci poteſt actio de cōſtituta pecunia. Dec. Iuſiurandum ab aduerſario delatum, & iuxta formam delatam præſtitum, pleniſſimæ probationis vim habet, ita vt pòſtquam iuratum eſt, nō amplius quærendum ſit, an debeatur id de quo iuratum eſt ſed tantùm an iuratum ſit *l. non erit* 5. *§. dato iureiurando l. eum qui* 30. *ſupr. de iureiur.* adeò vt ex eo iureiurando prætor det non tantùm exceptionem iuriſiurādi *l. 1. quar. rer. action. non det.* ſed etiam actionem *l. actori* 8. *C. de reb. cred. & iureiur.* nec tantùm actionem in factum, de qua ibi agitur, quæ datur ex iureiurando ad exemplum iudicati, ſed etiam quod magis eſt actionem ex eo contractu, de quo iuratū fuit. Itaque ſi quis iurauerit me rem aliquam ei vendidiſſe precio centum aureorum, agere ex empto poterit, vt & cætera ei præſtentur quę præſtanda eſſent, ſi emptio per teſtes probos, aut per inſtrumentum probaretur, id eſt, vt ei res tradatur, & de euictione caueatur *l. ſi duo* 13. *§ ſi quis iurauerit ſup. de iureiur.* vbi additur idem eſſe ſi quis ſocietatem ſe feciſſe iurauerit: eum namque actione pro ſocio ſicut agere, ita & conueniri poſſe. Cur non igitur etiam de conſtituta pecunia rectè aget is, qui deferente aduerſario iurauerit conſtitutam ſibi fuiſſe pecuniam? An fortè prætor, qui actionem ex iureiurando induxit, difficilior erit in danda actione honoraria & prætoria, quàm ciuili? præſertim verò cùm iuſiurandum non tātùm probationis vim habeat, ſed etiam pacti *l. 2. l. tutor* 35. *§ prodigus eod. tit.* vt proinde conſtitutum, quod per pactum fieri poteſt, etiam per iuſiurandum fieri poſſit.

a *Sed & ſi non vltrò detulero iuſiurandum.* Rat. dvb. Poteſt imputari aliquid ei qui iuſiurandum detulit, quòd aduerſarium in cauſa propria iudicem cōſtituerit *d. l. 1. infr. quar. rer. action. non dat.* At ei cui iuſiurandum delatum eſt, quique referre illud maluit quàm iurare, ſiue conſcientia, ſiue modeſtia ductus id fecerit, non poteſt imputari cur non maluerit iurādo vincere, cùm modeſtiùs fecerit quàm ſi iuraſſet: vt ſunt plerique metu diuini numinis ad ſuperſtitionem vſque religioſi, ne de eo quoque quod verum eſſe ſciant iurare velint *l. quæ ſub conditione* 8, *infr. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtament.* Ergo non debet teneri de conſtituta pecunia is quo referente iuratum eſt ab aduerſario conſtitutam ſibi fuiſſe pecuniam, ne modeſtia ei ſua noceat, maximè verò cū iuris neceſſitate cauſatiua, vt vocant, compulſus id fecerit, præſuppoſito quòd iurare nolit, manifeſtæ ſiquidem turpitudinis eſt nolle iurare, nec iuſiurandum referre *l. manifeſtæ* 38. *ſupr. de iureiur. l. iuſiurandum & ad pecunias* 34. *§ ait prætor eod. eod. leg. generaliter* 12. *§. ſin autem C. de reb. credit.* Igitur diſtinctio hac parte adhibenda eſt, quam Papinianus adhibendam negat, vtrum detulero tibi iuſiurandum ab initio, vt iures me tibi conſtituiſſe, & iuraueris, quo caſu conſtat dandam eſſe tibi contra me actionem de conſtituta pecunia, quia vltro te iudicem eligi in cauſa tua propria: an verò te mihi iuſiurandum deferentē vt iurarem non fuiſſe tibi conſtitutam à me pecuniam, ego iurare noluerim, ſed referre tibi iuſiurandum maluerim, atque ita iuraueris me tibi conſtituiſſe, quo caſu æquum ſanè non videtur, vt perinde danda ſit tibi contra me actio conſtitutæ pecuniæ. Nec enim ſolet aut debet cuiquam nocere id quod ex iuris neceſſitate fecerit *l. 2. infr. de diſtract. pignor.* Dec. Tam ex relato iureiurando quàm ex eo quod delatum, & ex delatione præſtitum eſt, dat prætor perinde actionem, quia & quod refertur iuſiurandum deferri dicitur, & vtroque caſu eadem vis & poteſtas eſt iuriſiurandi, vt & pacti vim habeat, & probationis. Perinde igitur vtroque caſu danda eſt ex iureiurando, ſiue delato ſiue relato actio conſtitutæ pecuniæ, nec diſtinctio vlla adhibenda eſt, cùm tanti habuerit is qui iuſiurandum retulit te carere potius, quàm iurare *arg. l. 4. §. primo ſupr. de alien. iudic. mut. cauſ. factam.* Quid enim eum cogebat referre ſi noluiſſet? Nulla certè neque iuris neque facti neceſſitas, ſed modeſtia tantùm ipſius, & vt Papinianus loquitur, verecundia. Malè verò Accurſius hunc textum ſic accipit, quaſi de neceſſitate iurandi in perſona eius cui iuſiurandum relatum eſt, Papinianus ſenſerit, cùm apertè verba oſtendant ſenſiſſe illum de neceſſitate referendi iuriſiurandi in perſona eius cui delatum fuerat, quique per modeſtiam & verecundiam iurare noluerat.

Digitized by Google

neque aliter ſatisfecit, niſi fortè quis ſubtilius dicat, non tam puniti hoc caſu factum, quàm non factum. Sed hoc leue eſt. Qui enim non facit quod facere debet, hoc ipſo facit contra id quod facere debet, vt eſt in iuris regula *l. qui non facit* 121. *de reg. iur.* DEC. Actio hæc licèt ſit prætoria & ex edicto, tamen ex conuentione naſcitur, nec ideò comparata eſt, vt conſtituens puniatur, ſed vt creditor ſuum conſequatur. Ergo pœnalis nullo modo eſt, ſed rei perſecutoria, vt & cæteræ omnes quæ ex contractu naſcuntur *l. in honorariis* 35. *de oblig. & action.* Sunt enim comparati contractus omnes, vt quis lucrum ſibi & actionem ex contractu acquirat *leg. actionum* 25. § *actiones eod. tit.* Vbi ob hanc cauſam actiones ex contractu ab actionibus, quæ aut ex facto aut in factum ſunt, ſeparantur. Interpretes noſtri nullam ad hunc §. dubitãdi rationem attulerunt, quia cauſam & originem & naturam actionis huius, quam nos attulimus ad initium huius legis, non intellexerunt.

3 ¶ Vetus fuit dubitatio, an, qui hac actione egit, ſortis obligationẽ cõſumat, & tutius eſt dicere, ſolutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis conteſtatione: quoniam ſolutio ad vtramque obligationem proficit.

*Ad §. vlt. Vetus fuit.*

RAT. DVB. Quoties alicui plures actiones de eadem re competũt, ſicut eligere debet, qua actione experiri malit, ita ſi vnam eligat alias amittit *leg. quod in herede* 9. § *eligere infr. de tribut. act.* Non enim plures actiones dari ſolent, vt actor omnibus vti poſſit, ſed vt electionem habeat vtram exercere malit *l. cùm filius* 76. §. *variis de legat.* 2. *l.* 1. § 1. *infr. quod legat.* Porrò vbi actionem aliquam elegit ex pluribus, & ex ea litem conteſtatus eſt, hoc ipſo conſumit obligationem ſortis, ita vt ſi nihil eo iudicio conſequi poſſit, non tantùm actionis, ſed ipſius etiam debiti iacturam ſentiat *l. habebat* 13 *infr. de Inſtit. act. l ſi ſic ſtipulatus* 133. *in fin. de verb. oblig.* Ergo ſi quis debitam à ſe pecuniam conſtituerit, & contra eum actor egerit de conſtituta pecunia, litémque cõteſtatus ſit, quamuis nihil perceperit, dicendum videtur peremptam eſſe non tantùm actionem conſtitutæ pecuniæ, ſed ipſam quoq; ſortis obligationẽ, ita vt ex neutra obligatione peti ſors amplius poſſit. DEC. Etſi litis conteſtatio vim contractus, & nouationis plerunque obtinet *l.* 3. §. *idem ſcribit infr. de pecul. l. delegare* 11. § 1. *& l. aliam* 29 *infr. de nouat.* & conſequenter ſolutionis, cùm nouatio perimat obligationem, non minus quàm ſolutio *l.* 1. *eod.* §. *præterea Inſtit. quib. mod. tollit. oblig.* non tamen perpetuum eſt, vt ſola conteſtatione perimatur obligatio, ſed plerunque perceptionem & ſolutionem ſubſequi neceſſe eſt, vt in *l.* 4. vbi diximus *ſupr. de his qui effud. vel deiec. l. ſi ex duobus* 32. *infr. de pecul.* nempe quoties aut iuris ratio aut æquitas id deſiderat. In propoſito autem ſumma ratio facit, vt litis conteſtatio in actione de conſtituta pecunia ſortis obligationem perimere non debeat, quia quoties de conſtitutoria actione tractamus, duplicem obligationem eiuſdem ſortis ſupponimus, vnam, quæ præceſſerit, & ſine qua conſtitutum fieri nõ potuiſſet, alteram autem, quæ ex conſtituto acceſſerit, ac proinde ſublata per litis conteſtationem obligatione conſtitutæ pecuniæ alia tamen & priſtina obligatio ſupereſſet, atque ita partim liberatus eſſet conſtituens, partim non liberatus, quod abſurdum videretur. An non ergo longè melius eſt dicere, non litis conteſtatione, ſed perceptione ſola perimi ſortis obligationem, & ſolutione? cùm ſolutio ad vtramque obligationem tollendam proficiat, vt Vlpianus hîc ſubiicit, tutiorem eſſe dicens hanc eſententiam, per quam ſcilicet fit, vt minus periclitetur creditor, præſertim ſi ponas conſtitutam fuiſſe pecuniam, quæ ab alio debebatur. Quo caſu ſi per conteſtationem cum ipſo conſtituente factam ſortis obligatio tolleretur, amitteret creditor vtrumque debitorem, etiam eum qui altero & obligationis & actionis genere debitor fuiſſet, quod certè iniquum eſſet. In eo planè, qui conſtituerit, quod ille ipſe debebat, minus abſurdi eſt, minúſque incommodi, cùm nec facilius, nec commodius ex vna actione quàm ex alia ſit ſoluturus, ſiue egeſtate ſiue litigandi pertinacia ſolutionem detrectet, inanémque faciat conſtitutæ pecuniæ actionem. Quod in duobus debitoribus, ſeparatim etiam obligatis longè diuerſum eſt, cùm alter & ſoluendi voluntate, & conueniendi facilitate non minus quàm facultatum pondere locupletior altero eſſe poſſit *l.* 2. *ſup. qui ſatiſd. cogant. leg. nã is* 6. *ſuprà de dolo.* Apparet autem ex hoc maximè §. non fieri nouationem per conſtitutum inſpecto etiam iure vetere, nec ſi noua perſona conſtituat quod alia debebat, quod apertius expreſſum eſt in *l. vbi quis* 28. *infr. hoc tit.* Alioqui non duplex eſſet obligatio, quæ per ſolutionem tolli poſſet, ſed vna tantùm, illa ſcilicet quæ priore ſublata per nouationem ſola ex conſtituto ſupereſſet, vt in *l. quod debitori* 24. *infr. de mort. cauſ. donat l. vlt. in fin. rat. rem haber.* Nec eſt contrarium quod in ſtipulatione aliud iuris eſt, vt ſcilicet facta nouatio cenſeatur per poſteriorem ſtipulationem, ſi in ea interuenerit noua perſona, ſi totum ius illud inſpicias quod obtinuit ante *l. vlt. C. de nouat.* Eſt enim potentior in eam rem vſus ſtipulationis quàm conſtituti, quod fit nudo pacto & citra ſtipulationem §. *de conſtituta Inſt. de act.* Idque Bartolus etiam docuit. Sed hoc cur ita? Non aperit Bartolus, ſed ratio non obſcura meo iudicio illa eſt, quod non aliter fieri poteſt nouatio, quàm ſi prior obligatio ipſo iure perimatur *dict. l.* 1. *de nouat.* Peremptio autem illa ipſo iure fieri per pactum nõ poteſt, ſed tantùm per ſtipulationem, quia in pactis nudum factum, in ſtipulationibus verò etiam ius verſatur *l. ſi vn⁹* 27. §. *pactus ne peteret ſup. de pact.* Placet autem quod Bartolus ad hunc locum diſtinguit, electione vnius actionis perimi alias quæ pro eadem re competunt, etiamſi ex diuerſis cauſis competãt, ſi cauſæ illæ ſint contrariæ, non etiam ſi ſe inuicem patiantur. Sed error tamen Bartoli poſt Accurſium in eo eſt, quod putant dubitationem, quæ ab Vlpiano proponitur in hoc § de eo eſſe, an vnius actionis electione tollatur altera, quæ tamen de eo tantùm eſt, an ſola litis conteſtatione ex conſtituto facta, conſumatur tota ſortis obligatio citra perceptionem & ſolutionem necne, quæ longè alia & diuerſa quæſtio eſt.

19. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

ID, quod ſub condicione debetur, ſiue purè, ſiue certo die conſtituatur, ea-

dem conditione ſuſpenditur, vt exiſtente conditione teneatur, deficiente, vtraque actio depereat.

*Ad l. Id quod 19.*

RAT. DVB. Id quod ſub condicione debetur, nullomodo debetur, antequam condicio extiterit, quia neq; dum ceſſit, neque venit dies. In quo differt à debito in diem certam, cuius dies ceſſiſſe dicitur, licèt nondum venerit *l. cedere diem 213. de verb. ſignific.* vbi dicitur, cedere diem nihil aliud eſſe, quàm incipere deberi. Arqui vt valeat conſtitutum, oportet iam debitum eſſe id quod conſtituitur *l. 1. §. debitum l. eum qui 5. § quod exigimus l. hactenus 11. & l. prox. §. 1. ſupr.* Ergo id quod ſub condicione debetur, neq; purè neq; certo die cōſtitui poteſt. DEC. Certū eſt, id quod ſub condicione debetur, omnino debitum iri in euentum condicionis, adeò vt mortuo interim creditore, attamen ſpes illa debiti in ipſius heredem tranſmittatur *§. ex conditionali Inſtit. de verb oblig.* In eoq; differt conditionalis ſtipulator à legatario cōditionali, qui ſi pendente conditione moriatur, nihil tranſmittit ad heredem, ne quidem ſpem legati *l. 5. & paſſ. inf quand. dies legat. ced.* Legatarius enim cōdicionalis pendente cōditione nullomodo eſt creditor, id eſt, ne quidem conditionalis, at is, qui ſub conditione ſtipulatus eſt, interim eſt creditor, ſaltē ſecundùm quid, id eſt, conditionalis *l. is cui 42. infr. de oblig. & action.* Porrò cōditionales creditores nemo ambigit eſſe creditores, *l. creditores 10. l. creditores 54. de verbor ſignif.* cùm iux illud futuri in conditionis euentum debiti facto & contractu proprio ſibi acquiſiuerint, non ex alterius mera voluntate ac liberalitate, vt legatarij conditionales, de quibus in *d. l. is cui*, & in ea cauſa eſſe cœperint, vt inuitis iis ius illud auferri non poſſit *l. qui balneum 9. inf. qui potior. in pignor. hab.* Ergo condicionale quoque debitum cōſtitui poteſt, adeoque purè & certo tempore. Nam & conſtitura ob eas maximè pecunias, inducta ſunt quæ adhuc peti non poſſunt *l. 3. §. vlt. ſup.* Sed cùm hoc ſit, cōſtitutum, quod figurâ verborum videtur purum, re vera tamen & effectu conditionale eſt, quia tacitè eadē cōditione ſuſpenditur, vt exiſtente cōditione teneatur conſtituens, ea verò deficiēte, vtraq; actio depereat, id eſt, tam principalis, quā conſtitutoria, quæ nihil niſi acceſſoria eſt, nec proinde ſubſiſtere poteſt, niſi ſubſiſtente & præcedente principali. Idem verò contingit in ſtipulatione hac parte, quod in conſtituto, quamuis aliæ & quidem permultæ ſint inter ſtipulationem & conſtitutum differentiæ. Nam ſi puta ſtipulatio interponatur etiam animo nouādæ præcedentis ſtipulationis conditionalis, dicimus nouationem quidem fieri per poſteriorem, ſed eo demum caſu & tempore, quo prioris ſtipulationis cōditio extiterit *l. ſi Stichū 8. §. 1. l. quoties 14 inf. de nouat.* Eſſe etiam debet obligatio, prius quàm aut nouationem aut conſtitutum poſſit admittere, ac proinde conditionis euentus neceſſario expectandus eſt. In cōſtituto hoc tamē tāto apertius eſt, quòd per cōſtitutū nunquā fit nouatio, quomodo fit per ſtipulationē, cùm id actum eſt, vt diximus ad finem legis ſuperioris. In quo manifeſtè errat Bartolus, qui ad hanc legem notat, poſſe etiam cōſtitutū fieri animo nouandi. Quod perinde abſurdum eſt, ac ſi quis diceret, poſſe cōſtitutum fieri etiam per ſtipulationem contra *l. 1. §. eum qui ſup. § de conſtituta Inſtit. de action.* cùm ſine ſtipulatione nunquam fiat nouatio. Neq; ad rem pertinet, ſi quis obiiciat, pecuniam, quę conſtituitur, oportere debitam fuiſſe eo tempore quo conſtituebatur *d. l. prox. § 1. ſupr.* Nam & in propoſita ſpecie, quandocunque exiſtente condicione ex euentu apparet, iā ipſo contractus tempore debitam fuiſſe pecuniam, quæ conſtituebatur, cùm euentus cōdicionis quādocunque ſuperueniens faciat, vt actus condicionalis iam inde ab initio purus fuiſſe exiſtimetur, aut ſaltem perinde habendus, ac ſi purus fuiſſet, nec vlla condicione ſuſpenſus *l. potior 11. §. 1. inf. qui potior. in pignor hab.* Quemadmodum è contrario defectus condicionis facit, vt quod ſub conditione promiſſum fuerat, perinde haberi debeat, ac ſi promiſſum nunquam fuiſſet, ne quidem ſub condicione *l. pecuniam 36. ſup de reb credit.* Pēdet igitur ex euentu an huiuſmodi conſtitutum valeat, eſtque hic caſus ex eorum numero in quibus ex euentu apparet, quid antè fuerit *l. qui res 98. §. rem autem inf. de ſolut. l. quaedam ſunt 15. de reb. dub.*

1 ¶ Sed is, qui purè debet, ſi ſub conditione conſtituat, inquit Pomponius, in hunc vtilem actionem eſſe.

*Ad §. 1. Sed is qui purè debet.*

RAT. DVB. Id quod ſub condicione debetur, poteſt conſtitui purè, vt modò diximus, ita vt ex eo conſtituto, ſi modò poſtea condicio exiſtat, directa actio conſtitutæ pecuniæ dari poſſit. Ergo multo magis dicendū eſt, ſi quis ſub conditione cōſtituerit, quod purè debetur, dandam eſſe ex eo conſtituto actionem conſtitutæ pecuniæ, eámque non vtilem duntaxat, vt Paulus hîc ſcribit, ſed directam, cùm id quod purè debetur, omnimodo debeatur, nec euentus vllus expectandus ſit, vt ſciri poſſit, an valiturum ſit conſtitutum.

DEC. Conſtituta ob eas maximè pecunias, quæ adhuc peti non poſſunt, inducta ſunt, vt eorum vtilitas aliqua eſſe poſſit *l. 3. §. vlt. ſup.* Atqui quod purè debetur, iam peti poteſt, quod autem ſub condicione, non niſi poſt euentum condicionis *leg. cedere diem 213. de verb. ſignific.* Ergo contra, aut ſaltem præter mentem prætoris & edicti eſt, vt quod purè debetur, ſub condicione conſtituatur. Mirum igitur non eſt ex huiuſmodi conſtituto non naſci directam actionem conſtitutæ pecuniæ, ſed tantùm vtilem ex æquitate, quoniam ad publicam vtilitatem pertinet, hæc quoque cōſtituta admitti ex voluntate & conſenſu paciſcentium, ex generali ratione Edicti de pactis, quia naturali æquitati conueniens eſt, pacta ſeruari, quæ nec contra leges ſunt, nec aduerſus plebiſcita aut Senatuſconſulta, nec contra bonos mores *l. 1. l. iuris gentium 7. §. ait prætor ſupr. de pact.* Eſt enim edictum hoc de conſtitura pecunia quodammodo ſubalternum, vt loquuntur, edicto de pactis, quia nec conſtitutum ſit, niſi per pactum, vt diximus ad *l. 1. ſup.* Hoc verò Accurſius noſter nō intellexit, qui vtilem actionem ab Vlpia-

no hîc vult dictam quaſi efficacem ad differentiam non actionis directæ, quomodo nos explicauimus, ſed actionis inutilis & inefficacis, quod certè non ita eſt. Habent enim etiam honorariæ actiones directæ ſitas vtiles in quibuſdam caſibus, vt docuimus in præcedentibus, excepta ſola fortaſſis actione ad exhibendum, quæ directa ſemper eſt, nulla vtilis *l. cùm ſeruus 16. ſupr. ad exhib.* Eleganter verò quærit, an quod purè debetur ex prima obligatione peti interim poſſit pendente conſtituti obligatione, & conditione: & reſpondet verè peti poſſe, cùm prior illa obligatio puta per conſtitutum condicionale neque nouata ſit, neque nouari vnquam ſperetur. Itaque non poteſt in hac ſpecie locus eſſe ei quod Iauolenus ſcribit in *leg. pecuniam 36. ſupr. de reb. credit.* quia nullo penitus caſu incertum eſt, an ex priore ſtipulatione, quæ pura fuit, promiſſor debiturus ſit. Nec eſt quod cum Bartolo adiicias exceptionem, niſi appareat factum eſſe conſtitutum animo nouandi: neque enim id fieri vllo caſu poteſt, vt diximus proximè & ad *§. vltim. leg. prox ſupr.*

2 ¶ Si pater, vel dominus conſtituerit ſe ſoluturum, quod fuit in peculio: non minuetur peculium, eo quòd ex cauſa obſtrictus eſſe cœperit. & licèt interierit peculium, non tamen liberatur [a].

*Ad §. 2. Si pater.*

Rat. dvb. Non tantùm quod filiusfamilias vel ſeruus, ſed etiam quod pater ex cauſa peculij ob contractum filij, vel dominus ob contractum ſerui debet, minuit peculium, vt ſcilicet tanto minus in peculio eſſe intelligatur, & conſequenter in actione de peculio, in qua nimirum nihil eſſe poteſt, niſi quod eſt, & quantum eſt in peculio *l. ſed ſi damnum 9. aliàs l. peculium §. item deduceretur & l. ſeq. in princip. & paſſ. inf. de pecul.* At qui cùm pater vel dominus conſtituit ſe ſoluturum quod fuit in peculio tempore conſtituti, exinde cœpit eſſe obligatus & obſtrictus actione conſtitutę pecunię. Ergo ab eo tempore dicendum eſt imminutum fuiſſe peculium, vt in tanto minorem quãtitatem condemnari pater vel dominus debeat actione de peculio, in qua nec ſolet inſpici, niſi quantum ſit in peculio tempore rei iudicandæ *l. quæſitum eſt 30. infr. de pecul.* Nec enim negari poteſt, quin noua ſit obligatio, quæ creditori cõtra patrem vel dominum ex conſtituto acquiritur, vt diximus ad *§. vlt. l. prox. ſup.* Dec. Non fit pauperior pater neque dominus, qui conſtituit ſe ſoluturum, quod iam debebat actione de peculio. Etſi enim noua obligatio eſt, quæ per conſtitutum contrahitur, idem tamen debitum eſt quod nunc conſtitutum fuit, & quod iam antè debebatur, eadémque ſolutio ad vtramque obligationem tollendam proficit *d. §. vlt.* Nam nec nouum eſt, vt vna numeratio in diuerſas cauſas proſit *l. in numerationib. 44. infr. de ſolut.* Nihil igitur cauſę eſt, cur ob eam conſtituti obligationem peculium imminutum videri debeat. Nec magis, quod ad alios creditores pertinet, quàm quod ad hunc, cui ponimus fuiſſe conſtitutum, licèt contrà ſentire videatur Accurſius. Quid enim refert patris vel domini, an actione de peculio, an potiùs conſtitutæ pecunię cogatur ſoluere eã ipſam quantitatem, quæ iam ſemel debita erat, & quam non niſi ſemel ſoluere compellatur? Planè dubitãdum non eſt, quin tanto minùs accepturi ſint cæteri poſteriores creditores agentes de peculio, tanquam peculij quantitate imminuta. At non propter obligationem conſtitutæ pecuniæ, ſed propter priorem, quę actionem de peculio pepererat, & cui poſterior obligatio conſtituti acceſſit: alioqui duplex hîc fieret diminutio peculij, vna propter priorem obligationem, alia propter poſteriorem. Quod eſſet ridiculum, cùm vnum duntaxat ſit debitum, quod proinde non niſi ſemel imminuere peculium poteſt. Non enim quotuplex ſit obligatio, ſed quotuplex debitum in ea re inſpiciendum eſt. Neque tamen exiſtimandum eſt, ſi pater hic aut dominus ab aliis creditoribus conueniatur, ſtatim deducendum eſſe hoc debitũ priuſquam abſit patri vel domino. Sufficit enim iis caueri interim, ſecundum Marcelli ſententiam de qua in *d. l. ſed ſi damnum §. vlt. de pecul.* quod & Accurſius noſter ad *l. ſeq.* notat. Videtur autem mihi locus hic eſſe mancus & mutilus, & ita reſtituendus, vt legamus *non minuetur obligatio, licèt minueretur peculium eo quod &c.* vt ſcripſi pluribus *libr. 15. Coniect. 5.* vbi vide.

a *Et li. èt interierit peculium, nõ tamen liberatur.* Rat. dvb. & decid. hic eadem eſt quæ ad *§. 1. l. prox. ſupr.* Videbatur enim finita eſſe obligatio & actio conſtitutæ pecuniæ, finita priore obligatione & actione de peculio, cui hæc acceſſerat. Certum enim eſt peculium, vt eleganter Fronto dicebat, ſimile eſſe homini, naſci, creſcere, decreſcere, mori *l. peculium naſcitur 40. infr. de pecul.* mortuo autem peculio mori quoque actionem de peculio, quæ ſcilicet tenere non poteſt, vbi nullum eſt peculium *d. l. quæſitum 30. & paſſ. eod. tit.* Et conſequenter extincta actione de peculio, cui conſtitutum acceſſerat, finitam quoque actionem conſtitutæ pecuniæ, quæ non niſi acceſſoria eſt ad præcedentem obligationem, ſine qua nec poteſt ſubſiſtere *l. 1. §. debitum l. eum qui 5. §. quod exigimus l. hactenus 11 & paſſ ſupr.* Sed decidendi ratio illa eſt, quòd edicti verba nihil aliud exigunt, niſi vt quod cõſtitutum eſt, debitũ fuerit eo tempore quo conſtituebatur, relata ſcilicet actione retrorſum ad tempus conſtituti non ad illud quo agatur ex conſtituto *d. l. prox. §. 1. ſupr.* Conſtituti ergo tempus duntaxat inſpiciendum eſt, non actionis inſtitutæ. Sufficit enim ad conſtituti validitatem, vt ab initio materiam ſuam ſumpſerit à debito quod tum ſubſiſtebat, formam verò ab edicto prætoris, vt actio quæ ex eo conſtituto ſemel potuit competere, nũquam ex poſtfacto poſſit intercidere ob id ſolùm quòd ex aliqua cauſa emergente deſierit eſſe debitum, quod anteà debitum fuit, vt & in exemplo illo de quo in *d. §. 1.* vbi plura de hoc ſcripſimus.

20. Idem libro 4. ad Plautium.

NEc enim, quòd creſcit aut decreſcit peculium, pertinet ad conſtitutoriam actionem.

*Ad l. Nec enim 20.*

Rat. dvb. Quod creſcit aut decreſcit peculium, pertinet vtique ad actionem de peculio vel augendam, vel minuendam: adeóque ad eam extinguendam ſi fortè totum peculium perierit rebus omnibus peculiaribus peremptis *l. peculium naſcitur 40. inf. de pecul.* vbi aliud exemplum additur, ſi peculiũ filiofamilias vel ſeruo ademptum ſit ſine dolo malo, vt

& in

& in *l. qui ergo* 16 *eod. ti.* Ergo ad conſtitutoriã quoq; actionem pertinere id debet, tãquam quæ ſit acceſſoria actionis de peculio, vt quemadmodum conſtitui ab initio non potuiſſet, quod debitum fuiſſet actione de peculio, ſi nihil in peculio tunc fuiſſet, ita nec hodie tenere debeat actio conſtitutæ pecuniæ, ſi nec actio de peculio tenere hodie poſſit. Sed ratio decidẽdi eadẽ eſt, quæ ad verſ. vlt. leg. præced. quod actio conſtitutæ pecuniæ retrorſum ſe referat ad tempus conſtituti ex ipſius edicti verbis, quæ nihil aliud exigunt, niſi vt quod conſtitutum eſt, tunc debitũ fuerit, cùm conſtituebatur, *l. item illa* 18. §. 1. *ſup.* Nã vbi conſtitutũ & materiam & formam ſuam accepit, cœpitq; poſſe parere actionem conſtitutæ pecuniæ. nõ curat amplius prætor, an maneat debitũ quod prius debitum fuit, quia nec actio cõſtitutæ pecuniæ pendet à priore obligatione, licèt ei accedat, quia accedit æquè principaliter, vt diximus ad *dict. leg. item illa* §. 1. Requirit ſanè materiam prioris debiti tanquam condicionem, ſine qua conſtitutum fieri non poſſet. Sed non exigit neque prioris actionis neque debiti durationem, vt ipſa duret, tanquam ab actione illa priore aut à debito dependens.

21. IDEM libro 29. ad Edictum.

PRomiſſor Stichi poſt moram ab eo factam, mortuo Sticho, ſi conſtituerit ſe pretium eius ſoluturum, tenetur.

*Ad l. Promiſſor 21.*

RAT. DVBIT. Hominis mortui etiam poſt moram promiſſoris nullum poteſt eſſe pretium, nulla æſtimatio, niſi per delationem iuriſiurandi in litem *l. in actionibus* 5. *verſ. planè ſup. de in lit. iur.* Neque verò poteſt hoc mora facere, vt homo mortuus, qui iam nullus eſt, alicuius ſit æſtimationis *l. ſi homo mortuus* 69. *inf. de verbor. oblig.* Quòd ſi dicas effectum moræ illum eſſe, vt ſeruus debitus & poſt moram debitoris mortuus adhuc viuere exiſtimetur, & peti poſſit *l. eum qui ita* 56. §. *vlt. l. ſi ſeruum* 91. §. *vlt. eod. tit.* debet ergo conſtitutũ fieri hominis mortui non pretij, aut æſtimationis, vt in *l. promiſſor* 23. *inf. hoc tit.* Non enim poteſt conſtitui, niſi quod debetur *l.* 1. §. *debitum l.* 5. §. *quod exigimus l. hactenus* 11. *ſup.* Debetur autem homo quamuis iam mortuus, quoties poſt moram deceſſit, ſiue facto ſuo deceſſerit, & æquè periturus fuerit apud creditorem, vt benè Ioannes olim contra Martinum diſputauit, quia potuiſſet creditor eum vendere, ſi moram in eo paſſus non fuiſſet *l. cùm res* 47. §. *vlt. de legat.* 1. *l. item ſi verberatum* 15. §. *vlt. ſupr. de rei vindic.* ſiue debitum hominem promiſſor ipſe occiderit *d. l. ſi ſeruum* 91. §. *nunc videamus & ſeq. de verb. oblig.* DEC. Homo debitus & poſt moram promiſſoris mortuus adhuc quidem debetur, & peti poteſt, ideoque & in ſtipulatum deduci *l. inter ſtipulantem* 83. §. *pen. eod. tit.* & in conſtitutum *d. l. promiſſor* 23. *infr. d. l. ſi ſeruum* §. *vlt.* ſed tamen non eo magis præſtari poteſt in ſpecie, quæ amplius nulla eſt, ſed tantùm in æſtimatione, quæ cùm in pecunia ſemper conſiſtat, petire nunquam poteſt *vulg. leg. incendium* 11. *C. ſi cert. petat.* Ergo nihil vetat conſtitui vel hominem ipſum poſt moram mortuum, vt in *d. l. promiſſor* 23. *infr.* vel ipſius pretium, vt in hac lege. Vtrumque enim debetur, & homo ipſe iure ipſo, & eius æſtimatio in effectu. Nam nec quicquam vetat aliud conſtitui, quàm quod debetur, dummodò pro debito conſtituatur *l.* 1. §. *an poteſt*, vbi diximus *ſupr. hoc tit.* Proinde in effectu nihil intereſt, an moroſus debitor hominem poſt moram mortuum cõſtituerit ſe ſoluturum, an eius æſtimationem: & ita hæc lex intelligẽda eſt, & cõiũgẽda cũ *d. l. promiſſor* 23. *inf.*

1 ¶ Si ſine die cõſtituas: poteſt quidẽ dici, te nõ teneri, licèt verba edicti latè pateant. alioquin & cõfeſtim agi tecũ poterit, ſi ſtatim, vt cõſtituiſti, nõ ſoluas. ſed modicum tempus ſtatuẽdum eſt, non minus decẽ dierũ, vt exactio celebretur.

*Ad §. 1. Si ſine die.*

RAT. DVB. Conſtitutum purè fieri poteſt etiam eius debiti quod fuit condicionale *l. id quod* 19. *ſupr.* Quod autem purè debetur, ſtatim & præſenti die peti poteſt *l. cedere diem* 213. *de verbor. ſignific.* etiamſi quis hodie decem dati ſtipulatus ſit, quaſi nullo adiecto die *l. eum qui Calendis* 41. §. *quoties & l. liber homo* 118. §. *decem hodie inf. de verb. obligat.* Ergo ſi quis purè conſtituerit ſe ſoluturum id quod debet, præſertim ſi id purè debeat, dicendum eſt, poſſe illum ſtatim actione de conſtituta pecunia conueniri, præſertim cùm verba edicti latè pateant, de quibus in *l. item illa* 18. §. 1. *ſup. eámque pecuniam cùm conſtituebatur debitã fuiſſe*, itémq; illa *ſi appareat eum qui conſtituit, neque ſoluere neque feciſſe l. ſi duo* 16. §. *ait prætor ſupr.* Non enim diſtinguunt, an purè conſtituta ſit pecunia, an verò ſoluẽda in certum diem. Itaque nec nos diſtinguere debemus, quomodo in edicto de Publiciana Caius argumentatur in *l. de pretio* 8. *ſup. ill. tit. de public. in rem action.* Nec quod ſequentia verba edicti, quæ Vlpianus retulit in *l. ſi duo* 16. §. *ait prætor ſupr.* mẽtionem faciant conſtituti in diem facti, vt Accurſius hîc notat, ad rem facit. Non enim cõſtituta in diem facta excludunt pura, cùm non minus, imò magis fidem frangat is, qui purè conſtituit ſe ſoluturum, quàm qui in diem: quæ ratio præcipua eſt huius edicti *d. l.* 1. *ſup.* DEC. Actioni de cõſtituta pecunia locũ facit non tam conuentio ipſa conſtitutæ pecuniæ, quàm mora conſtituentis. Non .n. aliter pollicetur prætor actionem de conſtituta pecunia, quã ſi appareat conſtituentẽ non feciſſe ad diem, ꝙ conſtituerat ſe facturum *d. l. ſi duo* §. *ait prætor*, ac proinde, quàm fuerit debitor in mora ſoluẽdi aut ſatisfaciẽdi cõſtituto: quod in aliis obligationib. puris diuerſum eſt. Ideò namq; prætor hanc actionẽ induxit, ne fidẽ impunè fregiſſet is, qui ad dictam diẽ, quod conſtituiſſet, non feciſſet *d. l.* 1. *in princip.* Propter quã cauſam dubitatum fuit, an actio hæc pœnalis eſſet, quaſi quæ in pœnã fractæ fidei inducta fuiſſet *l. itẽ illa* 18. §. *pen. ſup.* quia per hanc actionẽ non condemnatur conſtituẽs, vt faciat quod promiſit, ſed ad id, ꝙ aduerſarij intereſt, quia non fecerit *l. qui autẽ* 14. §. *ſed & ſi quis ſup.* Et ex hoc petenda eſt ratio diuerſitatis inter hanc actionem & cæteras, quæ pro puro debito dantur, non quam hîc adfert Accurſius. Atqui non poteſt fieri, vt eodem inſtanti per conſtitutũ & naſcatur obligatio & mora contrahatur. Prius ſiquidẽ eſt, vt quis obligatus ſit & interpellatus aut per lapſum diei, aut per interpellationem hominis, quàm vt in mora conſtituatur *l. mora* 32. *infr. de vſur. l*

*Titia Seio* 87. §. *vſuras de legat.* 2. *l. ſi pupillus* 127. *de verb. oblig. l. nulla* 88. *de regul. iur.* Ergo ſi quis purè conſtituerit quod purè debebat, fatendum eſt, quia ſtatim teneri & conueniri de conſtituta pecunia non poteſt, nullomodo eum teneri, vt nec eum qui cùm eſſet Romę, promiſit hodie centum Carthagine dari *l.* 2. §. *qui ita ſtipulatur ſup. tit. prox.* Obligationẽ enim quæ ex aliqua conuentione naſci poteſt, neceſſe eſt naſci vel ſtatim vel nunquam. Proinde vt conſtitutum hoc quod purè factum eſt, valeat ad producẽdam actionem de conſtituta pecunia, neceſſe eſt dicere tempus ei tacitè ineſſe intra quod poſſit & debeat conſtituens ſatisfacere, aut ni ſatisfaciat conueniri actione conſtitutæ pecuniæ ex hoc edicto: quemadmodum euenit in eo qui purè promiſit ſe ſoluturum certo loco, vt tacitè huic promiſſioni tẽpus inſit intra quod ad eum locum perueniri poſſit, *d.* §. *qui ita l. eum qui Calendis* 41. §. 1. *l. continuus* 137. §. *cùm ita infr. de verbor. obligat.* ſemper enim adiuuandæ ſunt iuſta interpretatione conuentiones, vt valeant potiùs quàm pereant, *l. quoties* 80. *l. ſi ita ſtipulatus* 126. §. *Chryſogonus verſ. planè eod. tit. l. quoties* 12. *de reb. dub.* Niſi cùm verba adeò repugnant, vt nullam interpretationem patiantur, vt cùm in ſtipulatione adiecta eſt dictio *hodie* vt in *d.* §. *qui ita ſtipulatur*, & in *l. liber homo* 118. §. 1. *de verb. oblig.* Illud tamen difficile eſt dicere, quodnam & quantum tempus videri debeat ineſſe conſtituto, quod ſine die factum eſt. Non enim facilè coniectura ſumi ex negotio geſto poteſt, quomodo ſumitur cùm quis purè certo loco dare promiſit. Quo caſu dicimus tantum ineſſe tempus quantum neceſſe eſt, vt ad eum locum perueniri poſſit. At non æquè dici poteſt, quãtum tempus neceſſarium ſit præſcribi, intra quod ſi conſtituens non ſatisfaciat, poſſit conueniri, quaſi in mora conſtitutus. Etſi enim lex hæc ponit ineſſe tacitè tempus decem dierum, quis tamen non videt poſſe triduum aut quatriduum æquè ac decendium ſufficere promiſſori, vt faciat quod conſtituit ſe facturum, præſertim ſi dandi fuit obligatio, ac proinde vt ſi non faciat, in mora hoc ipſo conſtitutus videatur? Spatium namque temporis aliquod requirimus ob hoc ſolùm, vt non eodem inſtanti obligatio & mora contrahatur, non etiam vt debitori faueamus, longiùſque ſpatium ei demus ad ſoluendum. Itaque vt breuiter concludam, puto adiectionem hanc de ſupplendo tacitè tempore decem dierum totam eſſe Triboniani temperare volentis Pauli ſententiam quaſi duriorem, quæ conſtitutum purè factum improbabat, nec enim quiſquam ex prudentibus tale temperamentum inducere ſua authoritate potuiſſet: & verba illa, *ſed modicum tempus ſtatuendum eſt non minus decem dierum, vt exactio celebretur*, non alterius certe quàm Triboniani manum redolent, de quo quia latè ſcripſimus *lib.* 15. *Coniect. cap.* 4. plura hîc non dicemus.

2 ¶ Conſtituto ſatis non facit, qui ſoluturum ſe conſtituit, ſi offerat ſatiſdationem. Si quis autem conſtituat ſe ſatisfacturum, & fideiuſſorem, vel pignora det: non tenetur: quia nihil interſit, quemadmodum ſatisfaciat.

*Ad* §. *vlt. Conſtitutis.*

RAT. DVB. Satisfactio pro ſolutione eſt *l. ſatisfactio* 52. *infr. de ſolut.* Atquin is qui conſtituit ſe ſatisfacturum, conſtituto ſatisfacit ſi offerat ſatiſdationẽ vel pignora, quia nihil intereſt quomodo ſatisfaciat, vt ſequitur in hoc §. Ergo & idem dicendum eſt in eo, qui conſtituit ſe ſoluturum. DEC. Aliud eſt ſoluere, aliud verò ſatisfacere. Solutionem accipere debitor cogitur, niſi ſi quãdo iuſtam cauſam habeat recuſandæ ſolutionis, ideóque obſignatio hoc caſu pro ſolutione eſt inuito etiam creditore *l. obſignatione* 9. *C. de ſolut. l. acceptam* 19. *C. de vſur.* At ſatiſfactionem pro ſolutione admittere nemo cogitur, non magis quàm aliud pro alio accipere *leg. eum qui* 16. *& l. ſeq. C. de ſolut.* Idque eſt quod dici ſolet, non prodeſſe debitori quod velit ſatisfacere, ſed prodeſſe tantùm ſi ſatisfecerit *l. item liberatur* 6. §. 1. *infr. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit. leg. quòd ſi non ſoluere* 10. *infr. de pign. act.* Non enim fideiuſſoris datione liberari poteſt, qui pecuniam numerare cogitur *l.* 5. *in fi. infr. de ſtatulib.* Ergo is qui ſoluturum ſe conſtituit, non ſatisfacit conſtituto, ſi ſatisfactionem offerat, multo minus ſi ſatiſdationẽ. Plerique enim ſunt qui malunt ſatisfieri ſibi pignorib. datis, quàm fideiuſſoribus: licèt ſatiſdare dicatur ille tantùm qui dat fideiuſſorem, non etiam qui pignora *l.* 1. *ſupr. qui ſatiſd. cogant.* vbi diximus. Et cùm quæritur, an conſtituto quis ſatisfaciat, nihil aliud inſpiciendum eſt, quàm vtrum faciat idipſum quod promiſit nõ an plus vel minus vel tantundem. Planè ſi creditor cui ſoluturum ſe debitor conſtituit, ſatisfactionem pro ſolutione admittere velit, dubitandum non eſt, quin conſtituto ſatisfecerit, qui quoquomodo ſatisfecit. Sed hic textus loquitur de conſtituente qui ſatisfacere velit inuito creditore, non qui volenti ſatisfecerit. Aliud ergo eſt ſi quis ſatisfacturum ſe conſtituerit. Hic. n. cõſtituto ſatisfacit, etiãſi non ſolutionẽ offerat, ſed tãtùm ſatiſdationem aut pignora inuito quoque creditor: nam quod dicimus nihil prodeſſe debitori ſi velit ſatisfacere, ſed tantùm ſi ſatiſfecerit, ad eum debitorem pertinet, qui ſoluere debuit, nõ ſatisfacere. Satisfactionem. n. recuſare creditor non poteſt ab eo qui nihil niſi ſatisfactionem debet, non magis quàm ſolutionem ab eo qui ſoluere teneatur. Poteſt quidem pro vnius rei debito alia res conſtitui *l.* 1. §. *an poteſt ſupr.* ſed vbi conſtitutum ſemel eſt, non aliud ſolui aut præſtari poteſt, quàm quod conſtitutum eſt. In ſtipulationibus tamen prætoris ſpeciale eſt, vt ſatiſdationem exigant, id eſt, fideiuſſorem, nec pignoribus contentæ ſint *l. generaliter* 3. *iunct. leg. prætoria* 7. *infr. de ſtipulat. prætor.* Excepta ſtipulatione quæ pro collatione interponitur *leg.* 1. § *iubet autem verſ. an & pignoribus infr. de collat. bonor.*

22. IDEM libro 6. Breuium.

SI poſt cõſtitutã tibi pecuniã, hereditatẽ ex Senatuſcõſulto Trebelliano reſtitueris: quoniã ſortis petitionẽ tranſtuliſti ad aliũ: deneganda eſt tibi pecuniæ conſtitutæ actio. Idem eſt in hereditatis poſſeſſore poſt euictam hereditatem [a]. Sed magis eſt, vt fideicommiſſario, vel ei, qui euicit, decernenda eſſet actio.

*Ad l. Si poſt conſtitutam* 22.

RAT. DVB. Per reſtitutionem hereditatis etiam ex Trebelliano Senatuſconſulto factam non ex Pegaſiano, id eſt, quæ ita facta ſit, vt nihil penitus ex

hereditate

hereditate penes heredem rogatum remanſerit; non transferuntur tamen actiones, quas heres poſt aditam hereditatem facto ſuo, & ex proprio contractu, licèt occaſione hereditatis quæſiuerit, ſed omnimodo ceſſione opus eſt, vt in fideicommiſſarium transferantur *leg. ſi heres 73. infr. ad SC. Trebell.* Atqui heres cui pecunia defuncto iam debita conſtituta eſt, poſt aditam quidem, ſed ante reſtitutam hereditatem, proprio ſuo facto ſuâque conuentione obligationem & actionem conſtitutæ pecuniæ ſibi acquiſiit, nec eam videri poteſt in hereditate inueniſſe; cùm non defuncto conſtitutum fuerit ſed heredi ipſi. Ergo cùm per eiuſmodi reſtitutionem hereditatis non ſit actio conſtitutæ pecuniæ tranſlata in fideicommiſſarium, quid obſecro cauſæ eſſe poteſt, cur deneganda ſit heredi, cui nominatim conſtitutum fuit? DEC. Certum eſt per reſtitutionem hereditatis tranſlatam eſſe ſortis petitionem in fideicommiſſarium, cùm ſors fuerit hereditaria. Atqui non fuit conſtituta alia pecunia quàm quæ defuncto iam debita fuerat, nec rurſus alio colore conſtituta heredi, quàm quia eo tempore heres verus erat creditor, cui ſors illa debebatur. Atqui deſiit ei deberi à quo tempore reſtituit hereditatem ex Trebelliano, & tranſtulit actiones omnes in fideicommiſſarium. Etſi enim remanent actiones omnes directæ penes heredem, qui etiam poſt reſtitutionem heres remanet l. *ſi heres 70. in princip. eod. tit. §. reſtituta Inſtit. de fideic. heredit.* ſunt tamen inutiles & inefficaces propter exceptionem quæ ex Trebelliano competit reſtitutæ hereditatis *l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano eod.* In perſona verò fideicommiſſarij ſicut ſunt vtiles, ita & ſemper efficaces *l. 1. & tot. eod. tit.* Ita ergo fieret, ſi actio conſtitutæ pecuniæ ſalua eſſet heredi poſt reſtitutam quoque hereditatem, vt miſer debitor hereditarius duobus creditoribus in ſolidum teneretur, heredi quidem ex conſtituto, fideicommiſſario autem ex cauſa obligationis hereditariæ, ac proinde alterutrum euenire neceſſe eſſet, vt vel debitor vtrique ſoluere teneretur, vel vt eſſet in poteſtate heredis agendo priùs de conſtituta pecunia præripere ſolutionem fideicommiſſario, eique commodum reſtitutæ hereditatis auferre, quod vtrumque iniquum eſſet. Igitur ne alterutrum eueniat, dicendum neceſſariò eſt actionem conſtitutæ pecuniæ denegandam eſſe heredi, non quaſi ei nunquam quæſita fuerit, vel quaſi ab eo fuerit in fideicommiſſarium tranſlata, quorum neutrum dici poteſt. Sed quia tranſlata ſorte, id eſt, prioris debiti cauſa in fideicommiſſarium ratio nulla eſt, vt actio conſtitutæ pecuniæ ſalua maneat ei cui conſtituta fuit, qui creditor ampliùs non eſt, cùm eadem ſit ſumma & quæ conſtituta eſt, & quæ iure hereditario debita, licèt alia ſit conſtituti, alia debiti hereditarij obligatio. Nec eſt contrarium, quod in ſuperioribus diximus: non ideò conſtitutum corruere quòd pecunia conſtituti tempore debita, poſtmodum debita eſſe deſierit, & ſufficere, vt ſemel intereſſit creditoris cui conſtitutum fuit, licèt poſteà deſierit intereſſe *l. item illa 18. §. 1. ſupr.* Id enim tum obtinet, cùm nullo interueniente facto creditoris, intereſſe ipſius deſiit. In propoſito autem factum heredis interuenit, & quidem neceſſarium, quia hereditatem reſtituere debuit, & cum hereditate debitam ſortem in fideicommiſſarium transferre. Etſi autem hæc veriſſimè, & ex mera iuris ratione diſputantur, concluditur tamen ex Paulo in fine huius legis, magis eſſe vt actio illa conſtitutæ pecuniæ decernenda ſit fideicommiſſario. Quod Accurſius & Bartolus ſic intelligunt; vt tamen ceſſionem fieri neceſſe ſit ab herede, vt in ſpecie *d. l. ſi heres pecuniam.* Quod ego probare non poſſum, nec dubito quin poſtremus hic verſiculus ſit Triboniani, qui nec temperare ſibi potuit, quin Marcelli quoque ſententiam corrumperet in *d. l. ſi heres pecuniam 73.* vt pluribus à nobis traditum & comprobatum eſt *libr. 15. Coniect. cap. 5.* vbi vide. Ceditur enim actio & cedenda eſt ab herede, decernitur autem à prætore quoties datur cum aliqua cauſæ cognitione. Planè ſi ponas conſtitutam fuiſſe pecuniam heredi non nomine proprio, ſed hereditario, dicendum erit tranſituram ipſo iure actionem conſtitutæ pecuniæ in fideicommiſſarium, facta poſtmodum ex Trebelliano reſtitutione, vt de fideiuſſoria obligatione per heredem quæſita ſcriptum eſt in *l. heres 21. in princ. infr. de fideiuſſ.* quam ſic accepit Cuiacius poſt Græcos interpretes, & rectè.

2 *Idem eſt in hereditatis poſſeſſore poſt euictam hereditatem.* RAT. DVB. Cùm poſſeſſor alienæ hereditatis pactus eſt heredi, qui poſteà euicerit ſicuti pactum hoc nocere non poteſt, ita neque prodeſſe *l. ſi tibi 17. §. cùm poſſeſſor ſup. de pact.* Ergo neceſſe eſt, vt falſo heredi proſit, qui ipſe pactus eſt & cui conſtituta fuit pecunia. Quod enim alteri prodeſſe non poteſt, neque nocere, cur non ipſi ſaltem paciſcenti proſit? Non enim poſſis hîc dicere quod in alio caſu diximus imputari poſſe ei cui fuit conſtitutum, quòd ipſius facto intereſſe eius deſierit: quodnam enim factum eſt falſi heredis cui hereditas euincitur? DEC. Quemadmodum per hereditatis reſtitutionem quæ fit ex Trebelliano, tota ſortis hereditariæ obligatio transfertur in fideicommiſſarium, ita & cùm hereditas falſo heredi euincitur per verum heredem, ſiue bonæ ſiue malæ fidei poſſeſſor fuit, quicquid ex hereditate penes falſum heredem fuit, vero heredi reſtituendum eſt, hac ſolâ differentia, quòd hoc caſu reſtituitur hereditas euincenti tanquam ipſius propria, ſuperiore autem reſtituitur fideicommiſſario, tanquam ipſi ex fideicommiſſo debita. Ergo cùm nihil ex priſtina & hereditaria obligatione ſuperſit falſo heredi poſt euictam ipſi hereditatem, neque actio conſtitutæ pecuniæ quæ non niſi hereditario iure fuit debita, ſalua ei eſſe poteſt, qui heres non eſt, nec vnquam fuit, quique non alia de cauſa nihil tranſtulit in verum heredem reſtituendo ipſi hereditatem, quàm quia nihil transferre potuit, cùm nullum ius in hereditate vnquam habuerit: propter quod nemo dixerit meliorem eius conditionem eſſe debere, quàm ſi exemplo heredis grauati ius aliquod in hereditate ante reſtitutionem habuiſſet: heres enim grauatus cui ante reſtitutam ex Trebelliano hereditatem conſtitutum fuit, verus eo tempore fuit creditor, quia & verus heres erat. Falſus autem heres cui tanquam vero heredi conſtitutum fuit, ſicuti nunquam verus heres fuit, ita neque verus creditor. Vt proinde negari non poſſit, quin conſtitutum ei factum ex falſa cauſa factum ſit. Ex quo conſequenter nullam ei actionem quæſitam eſſe, nec quæri potuiſſe, ex euentu apparet, id eſt, ex ſecuta hereditatis euictione. Conſtitutum enim falſo creditori factum, qui verus creditor putabatur, cauſam nullam habet ob quam debeat ſubſiſtere, & à Prætore conſeruari, qui in hac danda actione nihil niſi bonam fidem intuetur *leg. 1. ſupr.* Ex qua tamen nemo eſſe dixerit, vt ei ſolui oporteat, qui ſi ſolutum ei eſſet, etiam condictione

indebiti teneretur *arg. l. ſi pœna 19. §. 1. ſupr. de condict. indeb.* cùm is qui conſtituit, ſoluentis etiam loco habeatur *l. idem eſt 10. ſupr.* Nam & ſimiliter dicimus eum, qui cùm verus heres non eſſet, conſtituit creditori hereditario, tanquam heres patris, non magis honoraria actione conſtitutæ pecuniæ quàm ciuili vlla conueniri poſſe *l. vlt. infr.* quia cùm conſtituerit, quaſi eſſet ipſe debitor, qui non erat, nullam penitus niſi falſam conſtituendæ pecuniæ cauſam habuiſſe videri poteſt. Sed hoc ita fortaſſe ſi quis falſo heredi conſtituerit proprio ipſius nomine non hereditario, ſecundùm diſtinctionem quam ſuperiore caſu adhibuimus ex *l. heres à debitore 21. in princip. infr. de fideiuſſ. & ad d. l. ſi pœna §. 1. ſupr. de condict. indeb.* Verùm non ita eſt, vt mox dicemus. Illud ſanè conſtat actionem hanc conſtitutæ pecuniæ quam falſo heredi cui conſtitutum fuit, denegamus, multo minùs decernendam eſſe vero heredi qui hereditatē euicit, non ob id ſolùm, quòd neque ipſi, neque ipſius nomine conſtitutum fuerit, ſed falſo heredi tāquam vero & quidem proprio ipſius nomine, vt diximus: ſed etiam ob id maximè, quòd pactum falſi heredis neque prodeſſe vero heredi debeat, neque nocere, vt iam diximus ex *d. l. ſi tibi 17. cùm poſſeſſor ſupr. de pact.* Quod cùm ita ſit, tanto magis fatendum eſt, Paulo adſcribi non poſſe verba illa poſtrema huius legis, *ſed magis eſt vt fideicommiſſario vel ei qui euicit decernenda eſſet actio*, quæ nos Triboniani eſſe defendimus. Ne alioqui Paulus, cuius vterque locus eſt, nō modò cum ſeipſo, ſed etiam cum vera rectáque iuris ratione pugnaſſe videatur. Non enim ratio iuris certè patitur, vt pactum falſi heredis proſit vero heredi, nec tantùm ſi ſuo nomine pactus ſit, ſed nec ſi hereditario. Illa enim diſtinctio tunc adhibenda eſt, cùm falſus heres ſoluit debitum hereditarium, & quæritur de condictione indebiti, non autem cùm falſus heres pactus eſt. Longéque alia ratio eſt heredis reſtituentis hereditatem ex Trebelliano: nam eo caſu & actio acquiritur ab initio heredi, quia verus heres eſt, & ideo tranſire poteſt in fideicommiſſarium, tranſitque propter concurrentem Senatuſconſulti authoritatem *d. l. 1. ad SC. Trebell. l. ſi mulier 59. §. ex aſſe infr. de iur. dot.* Nec rurſus poſſis cum Cuiacio diſtinguere pactum nudum à conſtituto, quaſi verò & conſtitutum ipſum pactum non ſit. Nam id quoque à nobis reprehenſum & confutatum eſt *eodem libr. 15. Coniect. cap. 5.* quod indicaſſe ſufficiat ne hîc longiores ſimus.

23. IVLIANVS libro II. Digeſtorum.

PRomiſſor hominis, homine mortuo, cùm per eum ſtaret, quominùs traderetur: & ſi hominem daturum ſe conſtituerit, de conſtituta pecunia tenebitur, vt pretium eius ſoluat.

*Ad l. Promiſſor 23.*

RAT. DVB. & DECIO. ad hanc legem eadem ferè eſt, quæ ad *leg. promiſſor 21. ſupr.* ſicut eadem ferè eſt vtriuſque loci ſpecies. Niſi quòd in *d. l. promiſſor* precium hominis debiti & poſt promiſſoris moram mortui conſtitutum fuiſſe proponebatur, hîc verò ipſe homo iam mortuus. Itaque paullo alia & maior dubitandi ratio eſt ad hanc legem, quàm ad illā. Homo enim iam mortuus planè nullus eſt, nulliúſque vſus *l. principaliter 13. C. de liber. cauſ.* ideóque nec in ſtipulationem deduci poteſt *l. ſi homo mortuus 69. de verb. oblig.* Cur ergo magis in conſtitutum? Nam nec conſtitui poteſt, niſi quod eſt debitum *l. 1. §. debitum ſupr.* Non poteſt autem eſſe debitum quod non eſt, vt Bartolus hîc ratiocinatur. Sed decidendi ratio eſt, quam & idem Bartolus adfert, quòd licèt promiſſus homo ſit mortuus, cùm tamen poſt moram mortuus eſt, remanet in obligatione *l. ſi ſeruum 91. §. vlt. iunct. leg. ſi ex legati 23. & ſequent. de verb. oblig.* Et quamuis non poſſit præſtari, attamen precium eius præſtari & ſolui poteſt, facta æſtimatione per iuſiurandum in litem *l. in actionibus 5. verſic. planè ſupr. de in lit. iur.* Itaque nihil intereſt, an homo ipſe mortuus in conſtitutum deducatur, vt in hac lege, an precium eius, vt in *d. l. promiſſor* cùm vtroque caſu & conſtitutum valeat, & precium ſoluatur. Iunge quę dixi ad *l. in re furtiua 8. ſupr. de condict. furt. & ad l. cùm fundus 31. §. ſeruum tuum ſupr. de reb. credit.*

24. MARCELLVS libro ſingulari Reſponſorum.

TItius Seio epiſtulam emiſit in hæc verba: *Remanſerunt apud me quinquaginta ex credito tuo, ex contractu pupillorum meorum, quos tibi reddere debebo Idibus Maij probos. Quòd ſi tibi ad diem ſuprà ſcriptum non dedero, tunc dare debebo vſuras tot.* quæro, an Lucius Titius in locum pupillorum hac cautione rẹus ſucceſſerit? Marcellus reſpondit, ſi interceſſerit ſtipulatio, ſucceſſiſſe. Item quęro, an, ſi non ſucceſſiſſet [a], de conſtituta teneatur? Marcellus reſpondit, in ſortem teneri. eſt enim humanior, & vtilior iſta interpretatio.

*Ad l. Titius 24.*

RAT. DVB. Epiſtola non eſt modus inducendæ obligationis, ſed eius tantùm quæ inducta fuit probandæ, vt in *l. Publia 26. §. vlt. infr. depoſit.* præſertim verò cùm de ſtipulatione agitur, quam certum eſt, cùm inter abſentes fieri nequeat, nec per epiſtolam fieri poſſe *l. 1. infr. de verb. oblig.* Ergo non poteſt verum eſſe quod Marcellus hîc reſpondet ex epiſtola, cuius verba proponuntur, ſucceſſiſſe tutorem in locum & obligationem paſſiuam pupillorum, ſi ſtipulatio interceſſerit: maximè verò cùm ponendum ſit huiuſmodi ſtipulationem interueniſſe animo nouandi, vt Accurſius hîc notat. Nam neque nouatio fieri poteſt, niſi inter præſentes & conſentientes. DEC. Quædam ſunt, inquit Bartolus, & rectè, obligationes quæ per epiſtolam contrahi poſſunt, cuiuſmodi eæ ſunt quæ nudo conſenſu contrahuntur *leg. 1. §. vltim. infr. de contr. empt.* quædam verò quæ non poſſunt, vt eæ quæ vel traditionem vel literarum aut verborum ſolemnitatem

exigunt,

Digitized by Google

exigunt. In iis quæ ſunt prioris generis, poteſt epiſtola obligationem inducere, non etiam in cæteris, ſed duntaxat inductam probare *dict. leg. Publia §. vlt. depoſ. l. ea quæ 57. infr. de donat. int. vir. & vxor.* Poteſt autem interdum fieri, vt etiam inter præſentes epiſtola ſcribatur per modum ſchedulæ, vt Bartolus loquitur, & poſt interpoſitam inter eos ſtipulationem, ac proinde etiam animo nouandi ſi ea quoque contrahentium voluntas fuit. Et ita in ſpecie huius legis vſu ueniſſe, ponendum neceſſario eſt, cùm tractetur de ſtipulatione. Alioqui ſi de conſtituta pecunia tractandum eſſet, nihil prohiberet contrahi obligationem per epiſtolam etiam inter abſentes *l. quidam 26. infr.* Sed nec quicquam vetat contrahi etiam inter præſentes *d. l. item illa §. vlt. ſupr.* Quod enim fit inter abſentes, multo magis inter præſentes fieri poteſt. Itaque vana & ſuperflua eſt quæſtio, quam hîc ſubiungit Bartolus, cùm ad quodlibet pactum, ac proinde etiam ad conſtitutum requiratur conſenſus *d. l. 1. ſupr.* quomodo probetur eum ad quem hæc epiſtola miſſa eſt, conſenſiſſe. Nam ſi ponimus quod lex ponit, ſtipulationem in hac ſpecie vel interueniſſe, vel interuenire ſaltem potuiſſe, ideóque inter præſentes negotium geſtum eſſe, quid alia, obſecro, conſenſus probatione opus eſt? Placet tamen quod Bartolus reſpondet, eum qui ab alio epiſtolam accipit, nec ſtatim contradicit, hoc ipſo videri epiſtolę & omnibus in ea contentis expreſſim conſenſiſſe, ex *l. ſi filiusfamilias 16. infr. de SC. Maced. & l. ſi abſentis 4. C. ſi cert. pet.* Debere enim ſtatim teſtationem interponere contrariæ voluntatis, vt eleganter ſcriptum eſt in *d. l. ſi filiusfamilias.* Illud etiam obſeruatione dignum eſt, quoties negotiũ inter præſentes geſtum eſt, ſolum *promittẽdi* verbum ſufficere, licet commune ſit pacto nudo, conſtituto, & ſtipulationi, vt ſtipulatio interpoſita eſſe intelligatur *l. 1. C. de contr. & committ. ſtipul. l. Titia 134. §. penult. infr. de verb. oblig.* Ponit autem Accurſius interpoſitam fuiſſe ſtipulationem animo nouandi, quia, inquit, ex his quæ facit tutor durante tutela, non tenetur ea finita niſi de nouo ſe obliget, ne officium ei ſuum damnoſum ſit ex *leg. poſt mortem 5. in princip. & §. 1. infr. quando ex fact. tutor. leg. cum quidam 26. Cod. de admin. tutor. iunct. leg. ſi non ſubſcripſiſti 15. eod. tit.* Quod ſanè verum eſt. Sed tamen non video quid hîc neceſſe ſit de nouatione comminiſci. cùm & nulla nouatione facta idem reſpondendum ſit quod Marcellus reſpondet, Lucium Titium quondam tutorem pupillorum, quorum nomine antea mutuã pecuniã acceperat, ex huiuſmodi cautione, & epiſtola in locum eorum reum ſucceſſiſſe. Cùm enim pupilli obligati eſſent ex cauſa creditæ pecuniæ, quæ obligatio non niſi re contrahitur, & tutor epiſtola & cautione ſua profeſſus eſſet, remãſiſſe penes ſe quinquaginta ex tota quantitate credita, conſequens erat, vt nulla etiam nouatione facta obligaretur Lucius Titius quaſi breui manu, ac ſi pupillorũ nomine pecuniam Seio creditori reddidiſſet, mox ab eo mutuam pecuniam eandem accepiſſet, ex *l. ſingularia 15. ſupr. de reb. credit. leg. 3. §. ſed ſi debitorem infr. de donat. int. vir. & vxor.* Non enim poſſunt videri facti per eam epiſtolam correi debendi ex cauſa mutui, Lucius Titius, & pupilli, cùm diuerſis temporibus obligati fuerint, mumámque pecuniam acceperint *l. ſi ex duobus 12. iunct. leg. eandem 9. & paſſ. de duob. reu.* Nec rurſus æquum eſt pupillos manere obligatos ex cauſa creditæ pecuniæ, quæ ad eos nunquam peruenerit, ſed penes tutorem ipſum remanſerit: dummodo tutor ipſe proprio ſuo nomine maneat obligatus, at non ex mutuo ſi verum amamus, cùm mutuam ipſe pecuniam non acceperit, neque à pupillis, neque à Seio, ſed ex ſtipulatione cui cauſam dederit pecunia, pupillis quidem credita, ſed à tutore retenta *l. cùm enim 7. iunct. l. præced. §. 1. infr. de nouat.* vbi dicitur, cùm pecunia credita eſt, ſi ſtipulatio interuenerit, ſiue ante ſiue incontinenti poſt numerationem non duos eſſe contractus quorum prior mouetur per poſteriorem, neq; contractum vllum mutui, ſed tantùm ſtipulationis. Quamquam nec nouum eſt, vt per ſtipulationem fiat pecunia credita, quandoquidem verbis quoq. credimus *l. 2. §. vlt. ſup. de reb. credit.* Sed illud duntaxat abſurdum creditur, ſi ex pacto nudo fiat pecunia credita *l. qui negotia 94. infr. mandat.*

a *Item quæro an ſi non ſucceſſiſſet.* RAT. DVB. Cùm Lucius Titius in locũ pupillorum non ſucceſſit, id eſt, cùm ſtipulatio nulla interceſſit, ſecundũ ea quę proximè diximus, nihil intereſſe videtur creditoris qui pupillos ipſos habet obligatos. Non ergo videtur Titius teneri de conſtituta pecunia, nec magis in ſortem, quàm in vſuras. Aut ſi vſurarium fuit debitum, quod conſtitutum eſt, non debet obligatio vſurarum ab obligatione ſortis ſeparari *l. quidam 26. infr. hoc tit.*

DEC. Conſtitutum fit, & quidem vtiliter, quoties conſtituitur id quod iam debitum eſt, ſiue à conſtituente ipſo, ſiue ab alio *l. 1. §. debitum l. eum qui 5. §. quod exigimus & paſſ. ſup.* Atqui in propoſita ſpecie, ſi, quia ſtipulatio nulla interuênit, Lucius Titius in pupillorum locum non ſucceſſerit, remanet prius debitum, quod fuit pupillorum. Non deficit ergo materia conſtituti, quæ deficeret ſi Titius in pupillorum ius & locum ſucceſſiſſet. Quãuis enim eo caſu fieret ipſe debitor, non tamen poſſet eâdem epiſtola & cautione & fieri debitor & quod ipſe debere inciperet, conſtituere. Debitum enim ordine, non tantùm naturæ & intellectus præcedere neceſſe eſt, vt conſtitutũ vtiliter ſequi poſſit *d. §. debitum*, nec rurſus deficit forma conſtituti, cũ epiſtola interuenerit citra ſtipulationem *l. item illa 18. § vlt. ſupr. d. l. quidam 26. infr.* Actionem ergo de conſtituta pecunia hoc caſu competere fatendum eſt, quod & ſcriptum eſt in *d. l. quidam*, ſed in ſortem duntaxat, vt Marcellus hîc ait, non in vſuras. Etſi enim vſurarum quoq. facta mentio in epiſtola proponebatur, quæ dubitandi ratio ad hunc locum eſt, non tamen ſic promiſſæ fuerunt, quaſi ex contractu pupillorum iam debitæ & ſuo tempore ſoluendæ, ſi ſors ipſa non ſolueretur, ſed quaſi nunc primùm per epiſtolã tutoris promiſſæ. Itaque certè humanior & vtilior interpretatio eſt, quemadmodum Marcellus ait, per quam ſcilicet fit, vt minus obligetur debitor, cùm ſemper in dubio pro debitoribus facienda ſit interpretatio *vulg. l. Arianus 41. inf. de oblig. & act.* Nam ſi debitum à tutore conſtitutum fuiſſet vſurarium, dubitari non oporteret, quin conſtituens non tantùm ad ſortem, ſed etiam ad vſuras teneretur. Tale namque debitum conſtitutum eſſe ſemper intelligitur, quale eſt *l. id quod 19.* vbi diximus *ſup.* In dubio autem non eſt præſumendum vſurarium, ſiue propter odium vſurarum, quia ex mutui natura eſt, vt ſit gratuitum, ſtatimq. degenerat in fœnus ſi quoquomodo ſit vſurarium *l. 1. Cod. ſi aduerſ. credit.* ſiue quòd non debeantur vſuræ pecuniæ fœnebris, ſi non ſit interpoſita ſtipulatio *l. 3. C. de vſur. l. Titius 24. infr. de præſcr. verb.* quæ facti eſt, vt & contractus ex-

cùm habeat etiam vim ſolutionis *leg. idem eſt* 10. vbi diximus *ſupr.* Hoc verò nec Accurſius, nec Bartolus intellexerunt, qoi obiectionem hanc non aliter diſolui poſſe putarunt, quàm ſi dicerent, in huius legis ſpecie ponendum eſſe factum conſtitutum hoc expreſſim acto, vt illud ſolum ſolui poſſet, quod conſtituebatur. Exemplo eius quod in ſpecie *dict. leg. ſi ita ſtipulatus*, diſtinctio adhibenda neceſſariò eſt, an is, qui ſtipulatori ſoluturum ſe conſtituit, quod etiam adiecto poterat ſoluere, adiecerit dictionem *ſoli*, vt in *dict. leg. ſi verò* 8. *ſupr. an non* vt in *dicta leg. ſi ita ſtipulatus*. Quæ tamen diſtinctio in huius legis ſpecie ooo modò nou neceſſaria, ſed triam ridicula eſt.

1 ¶ Si iureiurando delato, deberi tibi iuraueris: cùm habeas eo nomine actionem: rectè de conſtituta agis. ſed & ſi non vltrò detulero iuſiurandum [a], ſed referendi neceſſitate compulſus, id fecero: quia nemo dubitat modeſtius facere, qui referat, quàm vt ipſe iuret: nulla diſtinctio adhibetur: tametſi ob tuam facilitatem: ad meam verecundiam ſubſecuta ſit referendi neceſſitas.

*Ad §.1. Si iureiurando.*

Rat. dvb. Actio conſtitutæ pecuniæ naſci non poteſt, niſi conſtitutum præceſſerit, vt nomẽ ipſum actionis ſatis indicat. Atqui conſtitutum non fit per iuſiurãdum, ſed per pactum & conſenſum duorum ſiue inter præſentes pactum illud interuenerit, ſiue inter abſentes per nuncium aut per epiſtolam *l. qui autem* 14. *§. vlt. ſupr. hoc tit.* Ergo etiamſi deferente reo actor iurauerit conſtitutam ſibi fuiſſe pecuniam, nõ ideo tamen naſci poteſt actio de cõſtituta pecunia. Dec. Iuſiurandum ab aduerſario delatum, & iuxta formam delatam præſtitum, pleniſſimæ probationis vim habet, ita vt poſtquam iuratum eſt, nõ amplius quærendum ſit, an debeatur id de quo iuratum eſt ſed tantùm an iuratum ſit *l. non erit* 5. *§. dato iureiurando l. eum qui* 30. *ſupr. de iureiur.* adeò vt ex eo iureiurando prætor det non tantùm exceptionem iuriſiurãdi *l.* 1. *quar. rer. action. non det.* ſed etiam actionem *l. actori* 8. *C. de reb. cred. & iureiur.* nec tantùm actionem in factum, de qua ibi agitur, quæ datur ex iureiurando ad exemplum iudicati, ſed etiam quod magis eſt actionem ex eo contractu, de quo iuratũ fuit. Itaque ſi quis iurauerit me rem aliquam ei vendidiſſe precio centum aureorum, agere ex empto poterit, vt & cætera ei præſtentur quę præſtanda eſſent, ſi emptio per teſtes probos, aut per inſtrumentum probaretur, id eſt, vt ei res tradatur, & de euictione caueatur *l. ſi duo* 13. *§ ſi quis iurauerit ſup. de iureiur.* vbi additur idem eſſe ſi quis ſocietatem ſe feciſſe iurauerit: cum namque actione pro ſocio ſicut agere, ita & conueniri poſſe. Cur non igitur etiam de conſtituta pecunia rectè aget is, qui deferente aduerſario iurauerit conſtitutam ſibi fuiſſe pecuniam? An fortè prætor, qui actionem ex iureiurando induxit, difficilior erit in danda actione honoraria & prætoria, quàm ciuili? præſertim verò cùm iuſiurandum non tãtùm probationis vim habeat, ſed etiam pacti *l.* 2. *l. tutor* 35. *§ prodigus eod. tit.* vt proinde conſtitutum, quod per pactum fieri poteſt, etiam per iuſiurandum fieri poſſit.

2 *Sed & ſi non vltrò detulero iuſiurandum.* Rat. dvb. Poteſt imputari aliquid ei qui iuſiurandum detulit, quòd aduerſarium in cauſa propria iudicem cõſtituerit *d. l.* 1. *infr. quar. rer. action. non dat.* At ei cui iuſiurandum delatum eſt, quique referre illud maluit quàm iurare, ſiue conſcientia, ſiue modeſtia ductus id fecerit, non poteſt imputari cur non maluerit iurãdo vincere, cùm modeſtiùs fecerit quàm ſi iuraſſet: vt ſunt plerique metu diuini numinis ad ſuperſtitionem vſque religioſi, ne de eo quoque quod verum eſſe ſciant iurare velint *l. quæ ſub conditione* 8. *infr. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtament.* Ergo non debet teneri de conſtituta pecunia is quo referente iuratum eſt ab aduerſario conſtitutam ſibi fuiſſe pecuniam, ne modeſtia ei ſua noceat, maximè verò cũ iuris neceſſitate cauſariua, vt vocant, compulſus id fecerit, præſuppoſito quòd iurare nolit, manifeſtæ ſiquidem turpitudinis eſt nolle iurare, nec iuſiurandum referre *l. manifeſtæ* 38. *ſupr. de iureiur. l. iuſiurandum & ad pecunias* 34. *§. ait prætor eod. eod. leg. generaliter* 12. *§. ſin autem C. de reb. credit.* Igitur diſtinctio hac parte adhibenda eſt, quam Papinianus adhibendam negat, vtrum detulero tibi iuſiurandum ab initio, vt iures me tibi conſtituiſſe, & iuraueris, quo caſu conſtat dandam eſſe tibi contra me actionem de conſtituta pecunia, quia vltro te iudicem elegi in cauſa tua propria: an verò te mihi iuſiurandum deferente vt iurarem non fuiſſe tibi conſtitutam à me pecuniam, ego iurare noluerim, ſed referre tibi iuſiurandum maluerim, atque ita iuraueris me tibi conſtituiſſe, quo caſu æquum ſanè non videtur, vt perinde danda ſit tibi contra me actio conſtitutæ pecuniæ. Nec enim ſolet aut debet cuiquam nocere id quod ex iuris neceſſitate fecerit *l.* 2. *infr. de diſtract. pignor.* Dec. Tam ex relato iureiurando quàm ex eo quod delatum, & ex delatione præſtitum eſt, dat prætor perinde actionem, quia & quod refertur iuſiurandum deferri dicitur, & vtroque caſu eadem vis & poteſtas eſt iuriſiurandi, vt & pacti vim habeat, & probationis. Perinde igitur vtroque caſu danda eſt ex iureiurando, ſiue delato ſiue relato actio conſtitutæ pecuniæ, nec diſtinctio vlla adhibenda eſt, cùm tanti habuerit is qui iuſiurandum retulit re carere potius, quàm iurare *arg. l.* 4. *§. primo ſupr. de alien. iudic. mut. cauſ. factam.* Quid enim eum cogebat referre ſi noluiſſet? Nulla certè neque iuris neque facti neceſſitas, ſed modeſtia tantùm ipſius, & vt Papinianus loquitur, verecundia. Malè verò Accurſius hunc textum ſic accipit, quaſi de neceſſitate iurandi in perſona eius cui iuſiurandum relatum eſt, Papinianus ſenſerit, cùm apertè verba oſtendant ſenſiſſe illum de neceſſitate referendi iuriſiurandi in perſona eius cui delatum fuerat, quique per modeſtiam & verecundiam iurare noluerat.

a *Hoc amplius etiam inuito eo conſtituere poſſe.* RAT. DVB. Inuito beneficium non datur, vt habet iuris regula. Ergo inuito debitore conſtitui debitum ab alio non poteſt. Beneficium namq. in eo eſt, quòd ſi poſtea conſtituens ſoluerit, licèt ſuo nomine ſoluerit, & ex propria obligatione, priorem tamen debitorem liberat, quia ſolutio proficit ad vtramque tollendi obligationem *l. item illa 18. §. vlt. ſupr.* Et verò poſito iure, vt etiam pro inuito debitore poſſit quis conſtituere, alterutrum euenire neceſſe eſt, vt vel ex conſtituẽtis iactura locupletetur debitor, vel vt ei, qui pro eo inuito conſtituit, indemnitatẽ præſtare etiam inuitus compellatur. Quod vtrumque abſurdum videtur, & contra *l. nam hoc natura 14 ſup. de cond. indeb. & l. vlt. C. de neg geſt.* DEC. Conſtitutum in pleriſque ſolutionis vim obtinet *l. idem eſt 10. ſup.* præſertim ſecuta quandocunque poſtea ſolutione ex conſtituto *d. l. item illa §. vlt.* Atqui ſoluere etiam pro inuito poſſumus, vt eum liberemus, quia meliorem eius condicionem facere poſſumus, quamuis deteriorem non poſſimus *l. ſoluendo 39. ſupr. de negot. geſt. l. ſolutione 22. infr. de ſolut. l. ſi Stichum 8. §. vlt. de nouat.* Ergo & pro alio inuito conſtituere quis poteſt. An verò is qui conſtituit & ex conſtituto ſoluit, regreſſum pro indemnitate aduerſus debitorẽ quem liberauit, habere debeat, alia quæſtio eſt. In qua ſi ius vetus ſpectetur, non dubito quin negotiorum geſtorũ actionẽ habere debeat, quia debitoris negotium vtiliter geſſit, nec eo minus quòd inuito debitore. Imò tanto magis, quòd, vt Seneca dicebat, duplex beneficium confert qui inuitum cogit accipere. Si verò ius nouum ſpectemus, quod Iuſtinianus induxit in *d. l. vlt C. de neg geſt.* nulla ei actio competit quaſi donaſſe videatur, qui vtiliter pro inuito negotium geſſit, nec tam pecuniæ quàm beneficij debitorem acquirere ſibi voluerit. Quod certè hodie poſt ſupradictam Iuſtiniani conſtitutionem ita eſt, cùm per eam abſciſſa ſit ſpes omnis repetitionis, ſi domini, cuius negotia geſta ſunt, prohibitio expreſſa præceſſerit.

b *Vnde falſam putat Labeonis opinionem.* RAT. DVB. Pro Labeone, cùm quis pro alio inuito debitũ conſtituit, ſi debitor (ſic enim legendum omnino eſt, non *dominus*, vt docuimus *lib. 15. Coniect. c. 5.*) denunciet ei ne ſoluat, & nihilominus conſtituens ſoluerit, imputari poteſt conſtituenti cur pro inuito ſoluerit. Neque verò æquum eſt, vt quis inuitus obligetur, cùm obligationes omnes conſenſum illius qui obligatur, exigant *l. in omnibus 55. & leg. 57. infr. de oblig. & act.* Ergo ſi is qui conſtituit & ſoluit, contra eum agere velit de cõſtituta pecunia, quod ſummo iure facere poteſt, danda eſt contra eum exceptio in factũ, vt dari ſolet cõtra quemlibet actorem, cui aliquid imputari poteſt. DEC. Is qui cõſtituit ſemel obligatus fuit vt ſolueret: ergo factum debitoris ei denunciantis ne ſoluat, non debet eum excuſare. Vnde Bartolus infert generaliter, vt ſolet, proteſtationem & denunciationem inhibitoriam eius actus ad quem quis tenetur, nullius eſſe momenti *arg. leg. Quintus 48. infr. mandat. leg. ſi fideiuſſor infr. de fideiuſſ.* Quod tamen vereor ne non ſit tam generaliter verum, vt conſtat ex *l. 3. C. de nouat.* & alijs pleriſque locis, ex quibus apparet propoſitionẽ hanc certis diſtinctionibus eſſe temperandã, de quibus erit alius fortaſſe commodior dicendi locus. Illud duntaxat obſeruatione dignum ad hanc legem mihi videtur, quod ex Pomponij & Labeonis diſſenſione quam hîc Vlp. refert, videtur Iuſtinianus materiam ſumpſiſſe, & cauſam condendæ nouæ cõſtitutionis quæ extat in *d. l. vlt. C. de negot. geſt.* Vbi tamen magis inclinat in ſententiam Labeonis, quæ in hac lege & à Pomponio & ab Vlpiano tanquã falſa reprobatur.

28. CAIVS libro 4. ad Edictum Prouinciale.

VBi quis pro alio conſtituit ſe ſoluturum: adhuc is, pro quo conſtituit, obligatus manet.

*Ad l. Vbi quis 28.*

RAT. DVB. Interuentu nouæ perſonæ, quæ pro alio ſe obligat, delegatio facta eſſe intelligitur inſpecto iure Pandectarũ, cùm delegare nihil aliud ſit quàm vice ſua reum alium ſubſtituere *leg. delegare 11. infr. de nouat.* & conſequenter nouatio: quandoquidem delegatio nunquam fit ſine nouatione, eſtq; potiſſima ſpecies nouationis *l. 1. l. ſi quis delegauerit 12. & paſſ. eod. tit.* Quamuis noua Iuſtiniani conſtitutio in *l. vlt. C. de nouat.* hoc ius vetus correxerit, & induxerit, vt non magis interuentu nouæ perſonæ quàm nouæ rei fiat nouatio, niſi ſpecialiter id dictum & expreſſum ſit. Atqui cùm quis conſtituit ſe pro alio ſoluturum, interuenit noua perſona debitoris ſe in alterius locum ſubſtituentis. Ergo fatendum videtur Caij temporibus, cuius hæc lex eſt, ita ius fuiſſe, vt per huiuſmodi cõſtitutum fieret nouatio, quamuis non æquè ſi pro ſeipſo quis conſtituiſſet, ac proinde vt non maneret obligatus is pro quo cõſtituebatur: ſi quidem nouatio nihil aliud eſt, quàm prioris obligationis peremptio & in ſequentem transfuſio *d. l. 1. eod.*

DEC. Delegatio ſemper quidem nouatio eſt, ſed nunquã fit ſine ſtipulatione *§ præterea Inſtit. quib. modis tollit. oblig. l. 1. & paſſ. C. de nouat.* Atqui conſtitutum non admittit interuentũ ſtipulationis, alioqui conſtituens non de conſtituta pecunia, ſed ex ſtipulatu teneretur *§. de cõſtituta Inſt. de act.* Ergo nec ius vetus tale eſſe potuit, vt is, pro quo alius conſtituiſſet, obligatus non maneret. Quiſquis enim obligatus ſemel fuit, eum neceſſe eſt tandiu manere obligatum quandiu liberatus non eſt, aut ſolutione, aut nouatione, aut quo alio ex iis modis quib. tolli ſolet obligatio. Et ita ſcriptum eſt in *l. item illa 18. §. vlt. ſupr. l. ſi filiusfamilias 15. infr. de in rem verſ.* Nec placet exceptio quã addunt Accurſius & Bartolus, hoc ita eſſe niſi animus nouandi probetur. Non enim ſufficit animus ſolus nouãdi, ſi non interueniat etiam ſtipulatio ad faciendam nouationẽ, ſicuti nec ſufficeret ſtipulatio, quæ non nouandi animo facta eſſet *l. 2. l. ſi Stichum 8. & paſſ. de nouat.* Nec ſimile eſt quod obijciunt ex *l. pen. de ſtipulat prætor.* Ibi enim decretum Prætoris de interponenda ſtipulatione in breuiorem diem non tam nouatur, quàm tollitur & immutatur per poſterius quod factum eſt in diem longiorem, propter incompatibilitatem, quia non poteſt fieri, vt quid promittatur in diem breuiorem ſimul & longiorem. At nunquam incompatibile eſt, vt manente conſtituto maneat etiam prima obligatio, quæ in conſtitutum deducta eſt, quoniam poſterior forma non tollit priorem: præter id quod diximus, conſtitutum nunquam fieri per ſtipulationem, ſine qua tamen nunquam fit nouatio.

29. PAVLVS libro 24. ad Edictum.

QVi iniuriarum, vel furti, vel vi bonorum raptorum actione tenetur: & conſtituendo tenetur.

*Ad l. Qui iniuriarum 29.*

RAT. DVB. Debitum quidem ex quocunque cõtractu cõſtitui poteſt *l. 1. § pen. ſupr.* ſed ex delicto non videtur poſſe conſtitui, quia quod debetur ex delicto, pœna eſt. Pœna autem debetur & exigitur etiam ab inuito ad vindictam & vltionem publicã, & ſola legum authoritate, quæ nõ indiget, vt acceſſione conſtituti pœnæ exactio fiat certior aut facilior, nec rurſum curat an fidem conſtituti frangat is qui deliquit, cùm ad pœnam ſatis obligatum eum habeat. Maximè verò procedit hæc dubitandi ratio in actione iniuriarum, quæ perſecutionem rei nullã continet, ideóque nec in bonis noſtris eſſe dicitur antequam ex ea litem conteſtemur *l. iniuriarum* 28. *infrà de iniur.* nec heredi aut in heredem datur *l. iniuriarum* 13 *in princ. eod. l. ſi quis eum* 10. §. *qui iniuriarum ſupr. ſi quis caution.* Itaq. nullũ videtur præcedere debitũ quod conſtitui poſſit, quamuis iniuriarum actio iam nata ſit, quia nec aliud in condemnationẽ deduci poteſt quã æſtimatio iniuriæ arbitrio iudicis facienda *l. conſtitutionibus* 37. §. 1. *infr. de iniur.* relatione ſcilicet facta ad tempus, non quo res iudicatur, ſed quo iniuria facta eſt *l. iniuriarũ* 21. *eod. tit.* Ac proinde ante ſententiam & condemnationem neſciri poteſt, quid & quantum debeatur. DEC. Conſtitui poteſt non tantùm ex quocunque cõtractu, ſed etiam ex quacunque cauſa, vt ſcriptum eſt in *d. leg.* 1. §. *pen. ſupr.* Ergo etiamſi ex delicto debeatur. Eſt enim etiam huius debiti cauſa iuſta, licet factum ex quo naſcitur, ſit iniuſtum *l. 1. de iniur.* Nec quod incerta ſit ſumma & quantitas futuræ condemnationis ad rem facit. Sufficit enim certum eſſe, quòd ſubſit debitum, & quòd quantitas debiti per ſententiam & condemnationem certa fieri aliquando poſſit, vt rectè hîc docet Accurſius ex *l. id quod* 19. §. 1. *ſupr.* Sed non poſſum probare, quod idem Accurſius putat, tantum eſſe in actione iniuriarum, quanti actor in litem iurauerit, nullo enim caſu puto admittendũ, vt æſtimatio iniuriæ fiat per iuſiurandum actoris, ſed ſemper officio iudicis ſiue de actione iniuriarum prætoria tractemus, ſiue de ea quæ deſcendit ex lege Cornelia *l. apud Labeonem* 15. §. *quod ait prætor l. ſed ſi vnius* 17. §. *ſeruus meus de iniur.* quamuis non ignorem noſtros ita diſtinguere ſolitos ad *d. l. iniuriarum* 28. *eod. tit.* Neque verò inutile conſtitutum eſt eius debiti quod ſit ex delicto. Quamuis enim legũ poteſtas ad exigendam à delinquente pœnam neque conſtituti neq. alio vllo adminiculo indigeat, prodeſt tamen conſtitutum ad probandum quaſi ex confeſſione delictum *leg. furti* 6. §. *pactúſque ſupr. de his qui not. infam.* itémque vt tanto facilior fiat pœnæ exactio. Nam ſi nec eos qui ex ciuili tantùm cauſa debent, patitur prætor fidem frangere *leg.* 1. *ſupr.* quanto minus patietur eos frangere qui delinquendo fregerunt iam obſeruantiam legibus debitam, ſeque ob eam cauſam minus fauorabiles præſtiterunt?

30. IDEM libro 2. Sententiarum.

SI quis duobus pecuniam conſtituerit, tibi aut Titio: & ſi ſtricto iure propria actione pecuniæ conſtitutę manet obligatus, etiam ſi Titio ſoluerit, tamen per exceptionem adiuuatur.

*Ad l. Si quis duobus 30.*

RAT. DVB. Cùm quis adiectus eſt in conſtituto, licèt ſolutionis tantùm cauſa, ſi ei ſoluatur, perinde tollitur obligatio conſtitutæ pecuniæ, ac ſi creditori principali, cui cõſtitutum fuit, ſolutum eſſet *l. ſi verò* 8. *ſupr. hoc tit.* nihil enim refert quantum ad liberationem, an quis ſoluat creditori, an adiecto ſolutionis gratia, quoniam adiectus mandatum habere intelligitur ad ſolutionem accipiendam *l. ſi ſtipulatus ſim* 59. *l. qui res* 98. §. *mihi Romæ l. aliud* 106. *inf. de ſolut.* Ergo non poteſt durare obligatio conſtitutæ pecuniæ poſt factam adiecto ſolutionem. Nec ſi ponas in priore obligatione ac ſtipulatione non fuiſſe hunc adiectum ſolutioni. Nam poteſt quidem ea res facere, vt à priore illa obligatione & actione nõ liberetur: ſed non æquè, vt propria actione conſtitutæ pecuniæ manere debeat obligatus. DEC. Refert multùm, an quis in conſtituto tantum adiectus ſit ſolutionis gratia, an etiam in priore obligatione. Hoc n. poſteriore caſu qui ſoluit adiecto, ipſi creditori ſoluere intelligitur, quia iuſſu & mandato eius ſoluit, cùm creditor ipſe ſit qui ſtipulando adiecit hũc in ſtipulatione, vt ſolui ei poſſet *d. l. ſi ita ſtipulatus*, vnde eſt quod mandati actione tenetur adiectus, vt eam pecuniam creditori reddat *d. §. mihi.* At priore caſu cũ quis in conſtituto ſolutionis tantùm gratia adiectus eſt, non poteſt videri ſolutio ei facta eſſe iuſſu & mandato creditoris, cuius factum in conſtituto nullũ interuênit, ſed in eo tantũ quod conſtitutum agnouit. Non enim fit conſtitutum ab eo cui conſtituitur, ſed ab eo tantùm, qui cõſtituit, cùm tamen ſtipulatio initium ſumat à ſtipulatoris interrogatione. Ergo etiamſi ei qui in cõſtituto dũtaxat adiectus fuit, ſolutum proponatur, fatendum tamen eſt, promiſſorem remanere obligatum, non modò priore actione ex ſtipulatione, id eſt, certi cõdictione, vt Accurſ. interpretatur, ſed etiam propria actione cõſtitutæ pecuniæ: nũquam enim ipſo iure tolli poteſt obligatio, niſi cũ ſoluitur vero creditori, aut alij ex veri creditoris iuſſu, & mandato: quod hîc non contingit. Sed tamen quia verum eſt creditorem, qui huiuſmodi conſtitutum admiſit, cõſenſiſſe, vt ei, qui in cõſtituto adiectus fuerat, ſolueretur, quod nec impedire poterat, etiamſi maximè voluiſſet: quia certã legem ab initio conſtitutũ habuit, quam immutare poſtea creditor non potuit, vt de ſtipulatione, quæ adiectum habebat, ſcriptum eſt in *l. vero procuratori* 12. §. *pen. inf. de ſolut.* ideo dicimus repellendum creditorem exceptione doli, ſi poſt ſolutionem adiecto factam pergat agere propria actione conſtitutæ pecuniæ aduerſus promiſſorem, vt ab eo conſtitutam pecuniam adiecto iam ſo-

Digitized by Google

iam ſolutam iterum exigat, & duplici eum oneret eiuſdem pecuniæ præſtatione. Et hæc certè vera germanáque huius legis ſententia eſt, nec ab Accurſio intellecta, qui verba illa *propria actione* vel delet, vel ita ſaltem interpretatur ac ſi deleta eſſent, cùm ea explicat de condictione certi quæ competebat ante conſtitutam pecuniam, & pro pecunia poſtea conſtituta, non de actione ipſa conſtitutæ pecuniæ, de qua tamen diſertè lex loquitur, nec à Bartolo, qui comminiſcitur factam eſſe adiecto ſolutionem ex priore obligatione non ex conſtituto, quod apertè non modò commentitium, ſed etiam falſum eſt. Quonam enim iure aut colore ſolueret promiſſor ex ſtipulatione ei qui in ſtipulatione adiectus non fuit? Nec denique à Cuiacio, qui verba illa *propria actione* ſic emendat, vt malit legere *priori actione* quod in Accurſij interpretationem recidere planè videtur. Eámque emendationem nos pluribus confutauimus *libr. 5. Coniecturarum capit. 3.* vbi & cætera omnia, quæ ad pleniorem huius legis explicationem pertinent, latiùs proſecuti ſumus.

31. SCÆVOLA libro 5. Digeſtorum.

LVcius Titius Seiorum debitor deceſſit. Hi perſuaſerunt Publio Mæuio, quòd hereditas ad eum pertineret: & fecerunt, vt epiſtulam in eos exponat, debitorem ſe eſſe, quaſi heredem patrui ſui confitentem. qui & addidit epiſtulæ ſuæ, quod in rationes ſuas eadem pecunia perueniſſet. quæſitum eſt, cùm ad Publium Mæuium ex hereditate Lucij Titij nihil peruenerit: an ex ſcriptura propoſita de conſtituta pecunia conueniri poſſit: & an doli exceptione vti poſſit. reſpondit, nec ciuilem eo nomine actionem competere: ſed nec de conſtituta, eum teneri, ſecundùm ea, quæ proponerentur. idem quæſiit, vſurarum nomine [a], quod ex cauſa ſupraſcripta datum ſit, an repeti poſſit. reſpondit, ſecundùm ea, quæ proponerentur, poſſe.

*Ad l. vlt. Lucius Titius.*

RAT. DVB. Tam alienum quàm proprium debitum conſtituere quis poteſt, perindéque valet conſtitutum dummodo aliquod debitum reuera ſubſit *l. 1. §. debitum l. eum qui Epheſi 5. §. quod exigimus l. hactenus 11. ſupr. hoc tit.* Atqui in propoſita ſpecie verum eſt conſtitutam fuiſſe à Publio Mæuio pecuniam quæ à Lucio Titio debebatur Seij creditoribus, quibus & Publius Mæuius eam conſtituit. Ergo quamuis eam conſtituerit tanquã heres Lucij Titij patrui ſui, cùm non eſſet, non eo minùs tamen teneri debet de conſtituta pecunia, quòd non ſuum, ſed alienum debitum conſtituerit: præſertim cùm adiecerit in epiſtola *quòd in rationes ſuas eadem pecunia peruenit.* Nam ſiue ad eum patrui hereditas peruenerit, ſiue non peruenerit, videbatur Publius Mæuius iis verbis ſuum feciſſe debitum, quod erat hereditarium, cùm fateretur ex ea pecunia factum ſe locupletiorem, locupletior autem ex aliena iactura fieri nec potuerit, nec debuerit, quin hoc ipſo ſe ad reſtitutionem obligauerit *l. nam hoc natura 14. ſupr. de cond. indeb. l. iure naturæ 206. de reg. iur.*

DEC. Non valet conſtitutum, niſi quod habeat conſenſum & conſtituentis, & eius cui conſtituitur *l. 1. ſupr.* Nihil autem conſenſui tam contrarium eſt, quàm error & dolus, aut vis & metus qui nũquam eſt ſine dolo *l. nihil conſenſui 116. in princip. & §. vltim. de regul. iur. iunct. l. 1. Quod met. cauſ. l. 2. § doli mali infrà vi bonorum raptor.* Atqui in propoſita ſpecie interuenit error Publij Mæuij exiſtimantis ſe patrui eſſe heredem cùm non eſſet, & eam pecuniam in rationes ſuas perueniſſe quæ non peruenerat: ex parte verò Seiorum creditorum etiam dolus interuenit, qui perſuaſerunt Publio Mæuio vt talem epiſtolam in eos exponeret; per quam fateretur ſe & patrui heredem eſſe, & pecuniam ab iis Lucio Titio creditam in rationes ſuas perueniſſe: quod vtrumque tamen falſum erat, cùm reuera nihil ad Publium Mæuium ex Lucij Titij hereditate perueniſſet, vt Scæuola hîc ponit. Ergo fatendum eſt ex eiuſmodi ſcriptura & epiſtola, ſicuti actio ciuilis nulla naſci poteſt, ita neque actionem de conſtituta pecunia poſſe competere. Ea namque demum conſtituta conſeruat prætor, quæ bona fide facta ſunt, non quæ dolo malo aut per errorem. Et quiſquis alienum debitum conſtituit, ita demum obligatur, ſi ſciens alienum conſtituerit, & tanquam alienum, non etiam ſi tanquam proprium: in eo ſiquidem error verſatur, qui efficit ne conſtituti fidem videatur frangere debitor, etiamſi recuſet ſoluere alienum debitum, quod conſtituit, non conſtituturus haud dubiè, ſi alienum ſciuiſſet. Nec enim tam faciles ſunt hominum voluntates, vt pro alieno debito ſe obligent, quàm vt pro ſuo ſic in *leg. ſi cum te 51. ſupr. de pact.* Aliud ergo eſſet ſi Publius Mæuius debitum hoc quaſi defuncti debitum & hereditarium cõſtituiſſet, vt benè Accurſius notat ex *leg. ſi pœna 19. §. 1. ſupr. de cond. indeb. & d. l. hactenus 11. in princip. ſupr.* Quid? An non ſufficiunt verba epiſtolæ, vt probent pecuniam hanc quæ à Lucio Titio debita, & à Publio Mæuio conſtituta fuit, in rationes Publij Mæuij perueniſſe? ex *leg. Publia 26. §. vltim. infrà depoſit.* Negat Bartolus, quia, inquit, licèt pecunia quam alij dediſti vel credidiſti, ad me peruenerit, non ideò tamen ſum tibi obligatus *leg. his ſolis 49. ſuprà de condict. indeb. leg. non aduerſus 15. Cod. ſi cert. petat.* Ego addo verba enunciatiua epiſtolæ fidem equidem facere & probationem inter eaſdem partes, ſed in dubio tantùm, id eſt, ita demum ſi non contrarium probetur: ſaluna enim ſemper eſt, vt eſſe debet veritatis contra præſumptionem *leg. ſi chirographum 24. & ſeq. leg. Imperatores 29. §. 1. inf. de probat.* Hîc autẽ ponit Scæuola pro certo & probato, neq; pecuniã hanc neq;

 

aliud quicquam ex Lucij Titij hereditate ad Publium Mæuium peruenisse, ſed ad alium, quiſquis ille fuerit, Titij heredem. Poteſt enim hæc negatio probari, probata adſirmatione contraria.

a *Idem quæſiit vſurarum nomine.* RAT. DVB. Pœnæ depenſæ non ſoleot repeti *l. pœna 41. ſupr. de cond. indeb.* Atquin vſuræ non niſi pœnæ nomine præſtantur, quia non propter lucrum petentium, ſed propter moram non ſoluentium infliguntur *l. cùm quidam 17. §. ſi pupillo infr. de vſur.* Ergo quod vſurarum nomine in ſpecie propoſita ſolutum eſt, repeti non poteſt, nec ſi vſuræ ipſæ ſint omoinò indebitæ, id eſt, ne nudo quidem pacto promiſſæ *l. ſi non ſortem 26. in princ. ſupr. de cond. indeb.* Addit Bartolus pro ratione dubitandi, in hac ſpecie tutum fuiſſe promiſſorem exceptione doli, exceptionem autem hanc non eſſe fauorabilem, ſed odioſam *l. licèt famoſa 7. §. nec exceptiones de obſequ. parent. & patron. præſt.* porrò eos qui eiuſmodi exceptionibus odioſis non fauorabilibus tuti ſunt, ſi ſoluerint, non poſſe repetere *l. qui exceptionem 40. ſupr. de cond. indeb.*

DEC. Indebiti condictio competit, quoties indebitum ſoluitur ab ignorante & per errorem *l. 1. & paſſ. eod. ill. tit.* Neque ab ea generali regula excipieodæ ſunt vſuræ indebitæ, niſi cùm ſors debita fuit vt in *d. l. ſi non ſortem in princip.* Nam neque vſura pœna eſt, nec propter moram non ſoluentis infligeoda, niſi eo caſu quo debetur. Atqui in propoſita ſpecie neque ſors fuit debita, neque promiſſæ vſuræ ſunt per ſtipulationem, adeòque nec per epiſtolam, quæ tamen citra vinculum ſtipulationis non debentur *l. 3. C. de vſur. l. Titius 24. infr. de præſcr. verb.* Ergo quamuis debitum Lucij Titij fuerit vſurarium, quod oeceſſariò ponendum eſt, vt quæſtioni de vſuris à Publio Mæuio non promiſſis locus fieri poſſit, diceodum tamen eſt vſuras à Publio Mæuio ſolutas repeti poſſe tanqoam indebitas, & per errorem ſolutas, & quidem facti, cùm Publio Mæuio perſuaſum eſſet à Titij creditoribus hereditatem Titij ad Poblium Mæuium pertinere, quæ ad alium pertinebat, & ex hereditate illa Titij pecuniam debitam in rationes Publij Mæuij perueniſſe, quæ oon peruenerat. Quod verò Bartolus obiicit de doli exceptione odioſa, quæ non poſſit ioducere repetitionem ſoluti ex *dict. leg. qui exceptionem.* ridiculum eſt, non ob id ſolùm, quòd in propoſita ſpecie nullus poſſit eſſe locus exceptioni doli, quippe quæ ſupponit aliquam præcedentem actiouem, quam poſſit excludere, vt & cæteræ exceptiones omnes *l. 2. infr. de except.* Hîc autem nulla ſubeſt actio, quæ per doli exceptionem ſummoneri poſſit, vt diſertè ait Scæuola, ne quidem de conſtituta pecunia, ſed etiam quia falſum eſt, exceptionem doli eſſe odioſam, cùm ſit omnium fauorabiliſſima ſi cauſam æquitatis inſpicias ex qua proficiſcitur. Falſum item, eum, qui tutus exceptione doli ſoluerit, non poſſe repetere, vt conſtat ex *leg. qui ſe debere 7. ſupr. de cond. cauſ. dat.* vbi diximus. Falſum denique quod reſpondet Bartolus de exceptiooe facti ſeu intentionis, vt ex iis etiam quæ ſcripſimus ad *dict. leg. qui exceptionem*, latiùs apparet.

# COMMODATI VEL CONTRA.

## TIT. VI.

1. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

AIt Prætor: *Quod quis commodaſſe dicetur, de eo iudicium dabo.*

*Ad l. 1. Ait Prætor.*

Incipit Vlpianus, vt ſolet, à verbis edicti, quibus Prætor actionem commodati propoſuit. Nam ſub generali titulo de rebus creditis, etiam de commodato & de pignore edixit *l. 1. ſupr. de reb. credit.* Ex quo apparet commodati actionem non eſſe ciuilem, vt vulgò, poſt Accurſium, noſtri putant, ſed prætoriam, cùm ipſo Prætoris edicto promittatur, vt & actio pignoratitia & depoſiti, de quibus dicendum erit in ſequentibus. Nec ad rem pertinet quod inter commodantem & eum qui accipit commodatum, geritur negotium, ex quo proinde naſcuntur præſtationes & obligationes ciuiles, vt conſtat ex *leg. incommodato 17. §. ſicut infr. hoc tit.* cùm ſit commodatum conueotio iuris gentium qua res gratis vtenda datur ad tempus, finem modúmve certum, ea lege vt eadem ipſa reddatur, vt Cuiacius in Paratitlis definit. Nam reſpondemus, per commodatum quidem contrahi συνάλλαγμα, ſed nihil aliud ex eo inferri poſſe, niſi quòd libenter admittimus, ex commodato etiam

ante

ante edictum Prætoris naſci, & dari potuiſſe ciuilem in factum actionem, quæ præſcriptis verbis appellatur, de qua in *l. ſi gratuitam 17. in princ. infr. de praſc. verb. l. iuris gentium 7. in princip. ſupr. de pact.* Etſi enim conuentiones quæ tranſeunt in proprium nomen contractus, proprij quoque nominis actionem parere ſolent, *d. l. iuris gent.* Falſum tamen eſt quod Iacobus Cuiacius, & alij plerique poſt Bartol. tradiderunt, non dari actionem præſcriptis verbis, niſi ex contractibus innominatis, & cum alia actio nominata nulla competit. Non enim quòd contractus certum & proprium nomẽ habeat, impedit aut extinguit negotium illud, & *συνάλλαγμα*, ex quo naſcitur actio præſcriptis verbis, vt videre eſt in contractibus emptionis, donationis & permutationis, qui licèt proprium habeant nomen, non eo minùs tamen pariunt actionem præſcriptis verbis, ſi certa lege fiant *l. 2. Cod. de pact. iur. empt. & vend. l. 1. 2. & paſſ. l. vlt. C. de rer. permut.* Quo exemplo dicimus nihil vetare quominùs ex commodato, quod ſemper fit ea lege, vt reddatur, actio præſcriptis verbis competat etiam hodie quæ ante propoſitum Prætoris edictum competebat, & præterea actio commodati prætoria, quæ in eo maximè differt ab actione præſcriptis verbis quod bonæ fidei eſt, cùm actiones omnes præſcriptis verbis ſint ſtrictæ, excepta illa quæ de æſtimato datur, quam æſtimatoriam appellamus, item ea quæ ex permutatione competit *§. actionum Inſtit. de action.* Poſtquam actionem commodati propoſitam à Prætore ſtultus ſanè eſſet, qui mallet agere ciuili actione præſcriptis verbis. Nam quod dicitur fruſtra deſiderari honorariam actionem, cùm ciuilis competit *l. t. ſupr. de public. in rem act.* tunc obtinet cùm ciuilis plenior eſt, aut ſaltem æquè plena: quod non contingit, cùm honoraria bonæ fidei eſt, vt in caſu noſtro, ciuilis autem ſtricti iuris. Nec poſſum probare quod quibuſdam viris doctiſſimis placere video, commodati actionem adprobatione tantùm eſſe prætoriam, ſed origine ciuilem. Etſi enim prætor non induxit contractum commodati, quem ſanè fatendum eſt eſſe iuris gentium, induxit tamen actionem commodati, quæ non ſimiliter potuit eſſe iuris gentium. Ex quo cõſtat nullas fuiſſe proditas actiones, & quam ius ciuile nullam agnouit ante propoſitum edictũ Prætoris, vt proinde poſſit lõgè verius dici actionem commodati eſſe prætoriam origine, non etiam iuris ciuilis, niſi adprobatione. Idq; apparet euidentiùs ex eo, quod in hac ipſa lege Vlpianus notat, quaſi nouum quid & notatu dignum, Prętorem qui hoc edictum concepit, feciſſe commodati mentionem, cùm Pacuuius prætor, alius & tempore anterior vtendi dati mentionem feciſſet. Cur enim hoc ita, ſi iam ante Pacuuium comparata erat iure ciuili actio aliqua ſiue commodati ſiue vtendi dati? An non enim debuiſſet Prætor edicto ſuo ſubſequi nomen iuris ciuilis in ea actione probanda, quam ius ciuile primùm induxiſſet? Fuit ergo ante hoc edictum à poſterioribus prætoribus ita conceptum incognita & inaudita commodati actio, nec minùs prætorio iure quàm ciuili. Nec ſanè video cur Pręetor inductus fuerit actionem honorariam eiuſdem prorſus & nominis & effectus, cuius eſſet actio iam antè ciuili iure prodita & comparata, *arg. l. 2. §. vlt. infr. vi bonor. rapt.* Sicut enim neq; natura neq; lex fruſtrà quicquam facit, ita neq; Prætor. Neq; poſſum ſatis mirari iſtorum ingenia, qui negant honorariam actionem eam eſſe quæ aliquo prætoris edicto nominatim & ſpecialiter inducta ſit. In quorum numero eos pono, qui auſi ſunt negare, quod in vltima Chiliadis noſtræ parte toties ſcripſimus, actionem rerum amotarum eſſe prætoriam, cùm edicto Prætoris permittatur, aut, vt Cuiacius legit & melius *promittatur in l. 2. C. rer. amot.* Volunt enim eſſe ciuilem, vt faciant condictionem, noſtrámq; vellicent emendationem, quæ hoc potiſſimùm argumento neganonem addit in *l. rerum 26. infr. eod. ill. tit.* cùm fateri cogantur condictionem omnem eſſe iuris ciuilis nullam prætoriam. Nec habent quod nobis obiiciant præter actionem hanc commodati, Itémq; illam depoſiti de qua in *l. 1. infr. depoſiti*, quaſi nec dubitandum ſit, quin ciuiles actiones ſint ob id ſolùm, quòd ex contractu naſcantur, licèt edicto quoque Prætoris propoſitæ ſint. Niſi fortè putant cum Cuiacio [ſunt enim, quod laudo, Cuiaciani] etiam actiones commodati, depoſiti & alias prętorias, & quibus non intenditur dari quid oportere, poſſe nihilominùs dici condictiones, contrà quàm ſcriptum ſit in *§. appellamus Inſtit. de action. & §. ſic itaq; eod.* töt(q; aliis noſtri iuris locis quibus negatur poſſe quemquam rem ſuam condicere, niſi à fure *l. vlt. ſupr. vſufr. quemadmod. cau. l. 1. §. vlt. ſupr. de condict. tritic. & in l. ſi quis inficiatus 13. §. 1 infr. depoſ.* vbi diſertè ſcribit IC. depoſitarium numquam teneri condictione, ex eo ſolo quòd depoſitum acceperit, ſed tum demùm incipere teneri cùm depoſitum inficiatus eſt, & ita rei depoſitæ furtum facere cœpit. Neque verò videtur lex duodecim tabularum alias actiones induxiſſe, quàm quæ dominij tranſlationem aut inducunt aut præſupponunt. Alioqui ſi de quolibet contractu actionem dediſſet, aut de iis ſaltem qui in hominum vſu frequentiores ſunt, an fortè hypothecariam prætermiſiſſet, cum hypothecæ contractus ſit fueritque ſemper omnium frequentiſſimus? Et tamen nemo dubitat, quin hypothecaria actio, & quaſi Seruiana ſit Prætoria, vt & Seruiana ipſa *§. item Seruiana Inſtitut. de action.* Idem de actione ad exhibendum tractari poteſt, cuius vſus non modò vtilis, ſed etiam neceſſarius eſt plerunque ad ciuilem vindicationem inſtituendam *l. 1. ſupr. ad exhib.*

1 ¶ Huius edicti interpretatio non eſt difficilis. vnum ſolummodò notandum, quòd, qui edictum concepit, commodati fecit mentionem, cùm Pacuuius vtendi fecerit mentionem. Inter commodatum autem & vtendum datum, Labeo quidem ait, tantum intereſſe, quantum inter genus & ſpeciem. commodari enim rem mobilem, non etiam ſoli: vtendam dari etiam ſoli. ſed, vt apparet, propriè commodata res dicitur, & quæ ſoli eſt, idque Caſſius exiſtimat. Viuianus amplius etiam habitationem [a] commodari poſſit ait.

*Ad §.1. Huius edicti.*

RAT. DVB. Inter commodatum & vtendum datum videtur tantum intereſſe quantum inter genus & ſpeciem, & latiùs patêre appellationem vtendi dati, quàm commodati. Vtendam enim dari rem quamlibet etiam ſoli: commodari autem rem duntaxat mobilem, nec eam quamlibet, cùm pecunia & aliæ res, quibus citra abuſum vti non poſſumus, non niſi dicis cauſa commodari poſſint *leg.3.§.vltim.infr.hoc tit.* Et ita Labeo putabat, quem hîc Vlpianus refert. Meliùs ergo Pacunius de vtendo dato edixerat, quàm recentiores Prætores de commodato. Tanto enim melior lex eſt ſiue ciuilis, ſiue prætoria, quanto generalioribus verbis concepta eſt, vt plures caſus complecti poſſit *leg. ait Prator 5. infr. de re iudic.*

DEC. Propriè commodata res dicitur etiam illa quæ ſoli eſt, vt ex Caſſij ſententia Vlpianus hîc concludit, addens Viuianum qui Caſſianus proculdubio fuit, non ſolum eam Caſſij ſententiam probaſſe, ſed hoc amplius exiſtimaſſe, habitationem quoque commodari poſſe, quæ tamen nec mobilis res eſt nec immobilis, ſed tota vel in iure conſiſtens ſi pro ſeruitute accipiatur *leg. cùm antiquitas 13. C de vſufr.* vel in facto, vt in *leg. penult. ſupr. de capit. minut.* & meritò. Quid enim aliud eſt commodare quàm prodeſſe & beneficio adficere? *dict. leg. in commodato 17. §. ſicut infr.* Nam & inde eſt, quòd omne commodatum gratuitum eſſe debet, alioqui degenerat in locationem *§. item is cui in fin. Inſtitut. quibus mod re contrah obligation.* Itaque aut pro ſynonymis habenda ſunt commodatum & vtendum datum, quomodo accipiuntur in *dict. §. item is cui*, aut fatendum eſt latiùs patêre aut ſaltem non minùs latè commodati, quàm vtendi dati appellationem.

a *Viuianus amplius etiam habitationem.* Sic habet Florentina lectio, & meliùs quàm vulgata quæ pro Viuiano habet Iulianum. Nam hæc eadem Viuiani ſententia exiſtimantis etiam habitationem commodari poſſe, & ex ea cauſa commodati actionem competere, refertur ab Vlpiano noſtro in *leg. ſi gratuitam 17. infr. de præſcript. verb.* quæ ſumpta eſt ex eodem, ex quo hæc quoque lex Vlpiani libro 28. *ad Edictum.* Vlpianus tamen eo loco, etſi non negat habitationem commodari poſſe, nihilominùs addit eſſe tutius agi eò nomine, præſcriptis verbis, ita innuens dubitare ſe, ne commodati actio locum habere in ea ſpecie non poſſit, quaſi poſſit, commodati contractus latiùs patêre quàm actio commodati. Ex quo loco intelligimus quàm verum ſit, quod ſuprà diximus, ante propoſitum edictum Prætoris actionem commodati ciuilem nullam fuiſſe, ſed tantùm præſcriptis verbis ciuilem, & de ea debere intelligi quod ſcriptum eſt in *dict. leg in commodato §. ſicut.* Cur non enim pro aliis rebus commodatis perinde atque pro habitatione commodata, præſcriptis verbis actio competiſſet? Ratio autem dubitandi ad hunc verſiculum petenda ex eo videtur quòd habitatio, ſiue in iure ſiue in facto conſiſtere dicatur eſt quid incorporale. Nam & iura & facta incorporalia ſunt *tit. de reb. corpor. & incorpor. & leg. vbi autem 75. §. qui id quod infr. de verborum obligationibus.* Res autem incorporales non videntur poſſe commodari ſummo iure, præſertim verò ſeruitutes, ſicut neque dari pignori *leg. ſi is qui 11. §. vltim. & leg. ſequ. infr. de pignor.* Eſt enim commodatum ex eo contractuum genere, qui re, id eſt, traditione perficiuntur *dict. §. item is cui Inſtit. quib. mod. re contr. obligat. l.1. §. is quoque infr. de obligation. & action.* Quæ verò ſunt incorporalia, ea tradi non poſſunt quia nec poſſunt tangi *leg.1. §. vltim. ſupr. de rer. diuiſ.* Item commodata res eadem reddi debet, quia nec dominium eius amittitur nec poſſeſſio *l. res commodata 8. infr. hoc titul.* Non autem redditur eadem habitatio quæ commodata fuit, cùm de habitatione dici poſſit, quod de vſufructu ſcribit Vlpianus in *l.1. §. interdum ſupr. de vſufruct. adcreſc.* vſumfructum quotidie conſtitui. Alia enim eſt vnius diei habitatio, alia alterius *l. item quæritur 13. in fi. infr. locat.* Sed decidendi ratio eſt, quòd habitatio, licèt non poſſit tradi ſola tanquam ſeruitus, tradi tamen poteſt cum domo in qua habitatur. Vnde & apud Accurſium quidam habitationem hîc ſumunt pro domo ipſa, quæ habitationis vſum præbet, ne obſtet huic legi quod Pomponius ſcribit in *l. in ædibus 9. in princip. infr. de donat.* donationem videri, ſi quis in alienis ædibus gratis habitet, quaſi id ipſum capere videatur qui habitat, quod mercedem pro habitatione nullam ſoluit. Sed facilis reſponſio eſt differre commodatum à donatione in eo quòd commodatum ſemper certo vſu certóque tempore concluditur, non etiam donatio: quamuis extra hanc differentiam proximè accedat commodatum ad donationem, quia vterque contractus ex mera concedentis liberalitate proficiſcitur, cùm gratuitum, vt diximus, commodatum eſſe debeat. Commodato autem proximum eſt precarium, quia æquè ex liberalitate proficiſcitur, & ideò ad donationis quoque potiùs quàm ad contractus cauſam pertinere dicitur in *leg. interdictum 15. infr. de precar.* in quo tamen differt à commodato, de quo nemo ambigit, quin ſit contractus, & quidem bonæ fidei *§. actionum Inſtitut. de action.* quod de precario non ſimiliter dici poteſt, adeóque nec de donatione propriè, cùm in ea tractatus nullus præcedat *dict. leg. interdictum*, & quam ſi contractum dicere quis velit, certum tamen eſt, non eſſe bonæ fidei *leg. eum qui 22. infr. de donation.* Et tamen habitationem precario quoque dari poſſe conſtat ex *leg. 5. Cod. de precar.* Quidni ergo & multo magis commodari? Multa enim ſunt quæ facere videntur, vt precariò dari habitatio ſtricto iure non poſſit, vt ex iis apparet, quæ nos in hanc rem ſcripſimus in Chiliade *de error. pragmat.* Sed publicæ vtilitatis gratia contra ſtrictam iuris rationem admiſſum hoc videtur. Publica enim vtilitas hoc maximè ſuadet, vt contractuum & conuentionum omnium poteſtas & natura extendatur quàm latiſſimè fieri poteſt, propter vtilitatem commerciorum, vt conſtat ex *dict. leg. ſed an via duodecim. infrà de pignor. leg. quart. ſupr. de ſeruitut.* Aliud ergo eſt commodari aut precariò dari domum in qua habitetur, aliud verò ipſam habitationem, quæ cùm redditur, eadem ſanè redditur, quæ commodata vel precariò data fuit, ſed ita tamen ſi ad futuri temporis non ad præteriti vſum referatur. Nam in vſu præteriti temporis certè donatio quædam verſatur *dict. leg. in ædib.* Quod & Bartolus benè notat, quamuis contractus ipſe non ſit donatio, ſed commodatum, vt diximus. Planè etiam veſtimenta commodari poſſunt *l.5. §. quinimò infr. hoc tit.* ſed

precariò

precario dari ſtricto iure meo iudicio non poſſunt, ne reuocato precario intempeſtiuè quod ad nutum reuocantis fieri poteſt, nudus & ſine veſtimentis maneat is qui precariò rogauerat, precarium ſiquidem etiam intempeſtiuè reuocari poteſt, in quo differt à cõmodato *l. in cõmodato 17. § ſicut infr.*

2 ¶ Impuberes commodati actione non tenentur, quoniam nec conſiſtit commodatum in pupilli perſona ſine tutoris auctoritate: vſque adeò, vt, etiam ſi pubes factus [a] dolum aut culpam admiſerit, hac actione non teneatur: quia ab initio non conſtitit.

*Ad §. 2. Impuberes.*

RAT. DVA. Ad hunc §. & ad *leg ſeq.* obligantur etiam pupilli & furioſi ſine tutoris vel curatoris authoritate, quoties ex re actio venit *leg. furioſus 46 infr. de obl. & action.* Atqui commodati obligatio ex re ipſa naſci videtur, cùm rei traditio initium huic obligationi præbeat, quomodo de permutatione ſcriptum eſt in *leg. 1. infrà de rerum permut.* Eſt enim hic contractus ex eorum numero qui re contrahuntur *leg. 1. §. is quoque de oblig. & act. § item is cui Inſtit. quibus mod. re contr. oblig.* Ergo & furioſi & pupilli ſi commodatum acceperint, commodati actione teneri poſſunt.

DEC. Neque pupillus obligari ex contractu poteſt ſine tutoris authoritate, neque furioſus abſque curatore *leg. obligari 9. & paſſ. infrà de author. tutor. leg. 1. & tot. tit. de curat. furioſ.* Caret enim vterque conſilio & iudicio, ſine quo tamen contrahi obligatio nulla poteſt. Atqui obligatio commodati eſt ex contractu, ergo non magis ex commodato quàm ex alio vllo contractu obligari pupillus vel furioſus abſque tutoris vel curatoris authoritate poteſt, nec proinde commodati actione teneri, quamuis actio commodati ſit prætoria, quia non minùs prætor quàm ius ciuile & pupillis & furioſis fauet, quos videt non poſſe ſibi conſulere pupillum quidem vitio ætatis, furioſum autem vitio animi *leg. 3. in princip. infrà de tutel. l. Falcinius 7. § planè interdum quibus ex cauſis in poſſeſſ. eat. leg. 5. de regulis iuris.*

a *Vſque adeò vt etiamſi pubes factus.* RAT. DVA. Dolus pupilli qui iam doli capax eſt, fortè quòd ſit proximus pubertati, impunitus eſſe non debet *leg. heredibus 13. §. 1. & leg. ſeq. ſupr. de dolo.* Iuris enim ratio & regula generalis facit, vt dolus ſemper puniendus ſit, tum quoque cùm ei nocet qui dolum ipſe admiſit *leg. procurator 11. §. in perpetuum infr. de doli mali except.* Ergo etiamſi pupillus abſque tutoris authoritate commodatum acceperit, ſi tamen in re commodata dolum malum admiſerit, puniri eo nomine debet, & quidem actione commodati, in qua cùm etiam culpa veniat *leg. ſi vt certo 5. §. nunc videndum infrà* multo magis dolus æſtimandus & coercendus eſt, præſertim cùm actio commodati ſit bonæ fidei *§. actionum Inſtitut. de action.* Quid enim tam contrarium bonæ fidei quàm dolus malus *leg. 3. in fin. infr. pro ſocio leg. ſi dolo 5. Cod. de reſcind. vendit.* qui ab omnibus contractibus abeſſe debet etiam ab iis qui ſtricti iuris eſſe dicuntur? *leg. bonam fidem 4. Cod. de oblig. & action. leg. doli clauſula 119. leg. ex ea parte 121. in princip. infr. de verborum obligationibus,* ſiquidem bonæ fidei contractus à contractibus ſtricti iuris ſecernuntur, non ex comparatione doli & malæ fidei, ſed ex comparatione æquitatis cum ſtricto iure *leg. bona fides 31. infr. depoſ. leg. ex empto 11. §. qui autem leg. bona fides 50. infr. de action. empt.*

DEC. Commodatum, quod ab initio non conſtitit, ex poſtfacto confirmari nunquam poteſt *leg. quod initio 29. de regulis iuris.* Obligationem enim, quæ ex contractu & negotio aliquo naſcitur, tum naſci neceſſe eſt, cùm fit contractus, & negotium geritur, aut nunquam, vt hic textus omnium optimè probat. Atqui commodatum, quod pupillus ſine tutoris authoritate accepit, ab initio non conſtitit, vt ſuprà diximus. Ergo nec ſi impubes poſteà factus ſit pubes, poterit commodatum eo magis conualeſcere, quamuis ad eum caſum peruenerit, à quo incipere potuit, quoniam & ea quæ ab initio cõſtiterunt, non eo magis fiunt irrita, quòd ad eum caſum peruenerint, à quo incipere non potuerunt, ſecundùm Papiniani ſententiam in *l. verbis 5. infr. ad leg. Falcid.* à Iuſtiniano comprobatam *in § at ex contrario Inſtit. de legat.* quamuis alij plerique aliter ſenſerint, vt conſtat ex *l. debitor 82. de legat. 2. l. exiſtimo 98. l. pluribus 140. §. 1. de verborum obligationibus l. quia in eum caſum 16. ſuprà ad leg. Aquil. l. in ambiguis 85. §. 1. de regulis iuris.* Itaque regula negatiua, quę hîc ab Vlpiano proponitur, certior eſt & indubitabilior, ea quæ ab initio non conſtiterunt, conualeſcere poſtea nunquam poſſe. Portò ſi commodati obligatio, quæ in perſona impuberis non conſtitit, conualeſcere adueniente ipſius pubertate non poteſt, neque actio commodati poteſt vlla competere, quam ex ea commodati obligatione naſci neceſſe eſſet. Parit enim obligatio actionem, quaſi mater filiam *l. licèt 42. §. ea obligatio ſuprà de procurat.* Nec magis poteſt quis agere in perſonam ſine obligatione præcedente, quàm ſine actione *l. ſi pupilli 6. §. vlt. ſupr. de negot. geſt. l. iuris gentium 7. §. ſed cùm nulla ſupr. de pact.* Atqui actionem commodati priùs competere oportet, quàm vt dolus aut culpa per eã vindicari poſſit. Veniunt enim hæc omnia in actionem commodati *d. § nunc videndum l. contractus 23. de regulis iuris.* Ergo verũ eſt, quod hîc Vlpianus ſcribit, ſi impubes commodatum acceperit, & poſtea pubes factus dolum aut culpam in eo admiſerit, non ideò actione iſta teneri eum poſſe, quia ab initio nec commodatũ conſtitit, nec proinde commodati actio competiit. Planè ſi pupillus pubertati proximus dolũ admiſerit, non dicimus fore impunitũ eius dolũ ex quo alioqui lucraretur *l. ne ex dolo 12 ſupr. de dolo.* [nam & ex aliis delictis teneretur *l. ſi ex cauſa 11. §. nunc videndum ſup. de minor. l. 1. C. ſi aduerſ. delict.*] ſed negamus teneri eum actione commodati, adeòque nec ſi pubes factus dolum fecerit, quia nec commodatum vllum, nec commodati obligatio vlla præceſſiſſe intelligitur, quæ commodati actionem parere vnquam potuerit. Obligationem enim naturalem ex eo contractu naſci contra pupillum negari certè non poteſt, cùm pupillus quoquomodo contrahens abſq;

rutoris authoritate naturaliter obligetur *l.1.in fin. de nouat. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. aliquando & §. naturalis de ſolut.* licèt non iure naturali *l. quod pupillus 41. ſupr. de condict. indeb. l. antep. de oblig. & act.* Idque ex eo apparet euidentiùs, quod ex hac cauſa etiam pupillus fideiuſſorem dare poteſt *l. 1. inſr. de fideiuſſ.* 1sa &. *l. in cui bona 6. de verb oblig.* Sed obligatio naturalis ſi non etiam ciuilis ſit, actionem nunquam parit, ſed tantùm exceptionem, retentionem, deductionem & compenſationem *d. l. iuris gentium §. ſed cùm nulla l. 3. §. vlt. ſupr. quod quiſq. iur. l. etiam 6. infr. de compenſat. l. ſed ſi damnum 9. §. peculiū & paſſ. inſr. de pecul. d. § aliquando.* Nos autem de commodati actione loquimur, quæ ciuilem obligationem neceſſariò exigit & præſupponit. Itaque nil neceſſe eſt cum Accurſio & Bartolo hunc §. reſtringere ad eum pupillum, qui vel adhuc infans ſit, vel cum tutore ipſo contraxerit, quaſi pupillus his ſolis caſibus nec ciuiliter nec naturaliter obligetur, cæteris verò caſibus obligentur etiam iure naturali: quod tamen ridiculum eſt, & à nobis confutatum ſæpius, præſertim ad *leg. contra 28. ſupr. de pact. l. vltim. ſupr. de iureiur. l. naturaliter 13. §. vltim. & d. l. quod pupillus ſupr. de condict. indeb.* Cæterùm quid intereſt quærere, an pupillus obligetur naturaliter, adeóque iure naturali, necne, cùm non eo magis teneri poſſit actione commodati, ſi non etiam ciuiliter obligetur? vt in *l. 3. infr.*

2. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

NEc in furioſum commodati actio danda eſt, ſed ad exhibendum aduerſus eos dabitur.[a], vt res exhibita vindicetur.

*Ad l. Nec in furioſum 2.*

RAT. DVB. & DEC. iam propoſita eſt ad §. *vltim. legis præcedentis.* Eadem namque in omnibus ferè ratio eſt pupilli & furioſi, cùm de obligandis iis tractatur, niſi quòd pupillus ſine tutoris authoritate contrahens obligatur tamen naturaliter, vt proximè diximus: furioſus verò nec ſi cum ſui curatoris authoritate contrahat, obligatur ciuiliter, adeóque nec naturaliter: multo minùs ſi curatoris authoritas non interuenerit *leg. in negotiis 5. de reg. iur.* Quare nec in furioſo poſſis addere, quod Vlpianus proximè addidit in pupillo *vſque adeò vt etiamſi dolum & culpam admiſerit, hac actione non teneatur.* Non enim poteſt dolum, aut culpam vllam admittere furioſus, quandiu furioſus eſt, cùm ſuæ mentis non ſit, nec conſentire vnquam poſſit, qui nec ſentire intelligitur *leg. ſi tibi 8. §. vnius inſr. de opt. legat.* Planè impuberi commodatario qui poſteà pubes factus dolum aut culpam admiſerit, benè comparabitur furioſus, qui ad ſanam mentem reuerſus dolum quoq; aut culpam admiſerit in re commodata: nam & hoc caſu verum eſt furioſum etiam ad ſaniores mores reuerſum actione commodati teneri non poſſe, quia ab initio neque commodatum, neque commodati actio conſtitit. Ratio autem differentiæ inter furioſum & pupillum illa eſt, quòd pupilli iudicium ſuppleri per tutorem poteſt, iudicium autem quod furioſo deeſt, non æquè ſuppleri poteſt per curatorem. Hoc ipſum verò, quoniam certum eſt ætatem allaturam eſſe pupillo iudicium, non etiam reſipiſcentiam furioſo, vt alibi docuimus.

a *Sed ad exhibendum aduerſus eos dabitur.* RAT. DVB. Plus eſt teneri pupillum aut furioſum aliqua actione ſiue ciuili, ſiue honoraria, quàm obligari eos ciuiliter. Eſt enim ciuilis actio effectus obligationis ciuilis. Ergo ſi verum eſt, vt eſt, neq; pupillum neq; furioſum obligari poſſe ciuiliter abſque tutoris vel curatoris authoritate, nec illud ferendum eſt, vt actione ad exhibendum conueniri poſſint. DEC. Longè alia ratio eſt actionis ad exhibendum, alia verò actionis commodati. Etſi enim vtraque actio in perſonam eſt *l. 3. §. 1. ſupr. ad exhibend.* actio tamen commodati naſcitur ex contractu, & ex obligatione, quæ contra pupillum ſine tutoris authoritate naſci nulla potuit. Actio autem ad exhibendum nõ niſi ex præſenti poſſeſſione perinde ac vindicatio *l. non alias 24. §. ſed ſi poſtulatur ſupr. de iudic.* aut ſaltem ex dolo qui pro poſſeſſione ſit *l. ſi ad exhibendum 8. & paſſ. ſupr. ad exhib.* Ergo mirum non eſt & pupillum & furioſum, qui commodati actione teneri non poſſunt, teneri tamẽ actione ad exhibendum, ſcilicet cùm poſſident. Non enim addendum eſt *aut cùm dolo deſierunt poſſidere*, quia non adiectio hæc cadere in furioſum, quippe qui doli capax nunquam ſit quandiu furioſus manet: cadit tamen in pupillum, ſed in eum demum qui ſit proximus pubertati, vt diximus ad §. *vlt. l. 1. ſupr. ex l. heredibus 13. ſupr. de dolo l. pupillum 11. de reg. iur.*

3. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

SEd mihi videtur, ſi locupletior pupillus factus ſit, dandam vtilem commodati actionem ſecundùm Diui Pij reſcriptum.

*Ad l. Sed mihi videtur 3.*

RAT. DVB. Pupillus ideò non obligatur ex contractu abſque tutoris authoritate, quòd non tanto iudicio polleat, quanto eſt opus ad contrahendam obligationem ciuilem, vt diximus ad §. *vlt. l. 1. ſupr. ex l. obligari 9. de author. tutor. l. pupillus 9. cum l. præced. de acquir. hered.* Atqui quòd locupletior ſit ex commodato, non facit eum prudentiorem, maioríſque iudicij. Ergo non eo magis obligari poteſt ex cauſa commodati, nec conſequenter cõmodati actione teneri. DEC. Iure naturæ iniquum eſt fieri quem locupletiorem ex aliena iactura *l. iure naturæ 206. de reg. iur. l. nã hoc natura 14. ſupr. de condict. indeb.* Nec tantùm ad inducendam naturalem obligationem prodeſt hæc ratio, ſed etiam ad inducendam ciuilem, non enim poſſet auferri poſſeſſori id ex quo factus eſſet locupletior, ſi non actio ciuilis aliqua, vel directa, vel ſaltem vtilis in eam

rem

rem competeret. Nam nec obligatio naturalis parit vnquam repetitionem, quæ ſine actione nunquam eſſe poteſt, ſed tantùm retentionem, niſi cùm ciuilis actio mixta eſt naturali *l. naturales 10. infr. de oblig. & act. l. fideiuſſor 16. §. naturales de fideiuſſ.* Meritò igitur Diuus Pius reſcripſit dandam eſſe vtilem actionem in pupillum locupletiorem quoquomodo factum, ſiue ex cauſa commodati, ſiue ex alia qualibet *l. 3. §. pupillus*, aut vt Cuiacius legit, *pupilli l. ſi pupilli 6. in princip. l. Neſennius 34. ſupr. de negot. geſt. l. eatenus 10. infr. de inſtit. act. l. pupillus 5. in princip. & §. 1. infr. de author. tutor.* In propoſita autem ſpecie vtilem commodati actionem dandam eſſe Vlpianus ait, vt intelligamus actionem hanc à Diuo Pio inductam non eſſe merè datiuam, vt quidam putant, ſed inſpecto initio etiam natiuam. Naſcitur enim ex contractu commodati, alioqui nec commodati actio poſſet dari contra pupillum factum ex commodato locupletiorem. Poſt reſcriptum autem Diui Pij comparatur pupillus locupletior factus pupillo doloſo *l. 1. §. an in pupillum. infr. depoſ.* quòd non poſſit abeſſe dolus aut ex propoſito, aut ſaltem in re ipſa, cùm quis ex aliena iactura locupletari vult. Sed tamen differentia in eo eſt, quòd contra pupillum doloſum competit actio commodati directa, at contra pupillum locupletiorem factum non niſi vtilis. Deinde in pupillo doloſo diſtinguimus an ſit proximus pubertati, quia nec aliter doli capax eſſe poteſt: at in pupillo facto locupletiore non diſtinguimus, quamuis Accurſius & Bartolus diſtinguant, quia non magis infans aut pupillus, qui cum tutore ſuo contrahit, locupletari ex aliena iactura poteſt, quàm alius pupillus quilibet aut furioſus *l. furioſus 46. infr. de oblig. & action.* Quærunt autem interpretes, quando pupillus locupletior factus eſſe videatur. Placet valde quod Ioannes dicebat, in pupillo qui rem ſibi neceſſariam emit, videri eum locupletiorem factum hoc ipſo quod non eſt factus pauperior, ex *l. in pupillo 47. infr. de ſolut.* Sed extra hanc cauſam non aliter videri pupillum locupletiorem factum eſſe, quàm ſi rem ſuam auxerit, diſtracta fortaſſis re commodata & precio in vtilitatem ſuam conuerſo, aut etiam ſi rem commodatam penes ſe habeat, nec velit illam reddere. An non enim hoc agit, vt ex aliena iactura fiat locupletior, rem alienam retinendo? Quamuis enim poſſit ei res auferri per vindicationem, ſi appareat, & ſit præſens, eo ſcilicet caſu quo ſit dominus ille, qui commodauit, non tamen poteſt, aut debet ea res tollere perſonalem actionem commodati tanquam vtiliorem, ſi fortè actori facilius ſit probare commodatum quàm rei commodatæ dominium, quod tamen in vindicatione probandum neceſſariò eſt, & cuius probatio difficillima eſſe ſolet *§. commodum. Inſtit. de interdict.* Deinde quid ſi commodata ſit res aliena? Nam & rem alienam commodari poſſe conſtat. Quo tamen caſu, cùm vindicatio ei qui commodauit, accommodari nequeat, tantò magis æquum & neceſſarium eſt ipſi ſubueniri per actionem perſonalem commodati, ne ex eius damno pupillus locupletetur. Nam & eadem ferè ratio facit, vt ſi commodatarius plures heredes reliquerit, quorum vnus totius rei commodatæ reſtituendæ facultatem habeat, ſolus ille condemnari in ſolidum debeat *§. heres. infr.*

1 ¶ Si reddita quidem ſit res commodata, ſed deterior reddita: non videtur reddita, quæ deterior facta redditur, niſi quod intereſt, præſtetur. propriè enim dicitur res non reddita, quæ deterior redditur.

*Ad §. 1. Si reddita.*

Rat. dub. Res commodata quæ redditur, licèt deterior facta reddatur, tamen redditur, quemadmodum dicere ſolemus, id quod vix fit, tamen fieri. Nec ſanè poteſt intellectu concipi, vt res iam ſemel reddita, quamuis deterior, iterum reddatur. Vnius enim rei vna tantùm redditio & reſtitutio eſſe poteſt. Ideóque ſi quis actione ad exhibendum conuentus rem exhibuerit, quamuis factam deteriorem, non tamen idcirco priſtina actione conueniri poteſt, vt eandem rem iterum exhibeat, ſed in factum actio neceſſaria eſt per quam actoris indemnitati conſulatur *l. exhibitionis 7. C. ad exhib.* aut actio de dolo ſi quid dolo malo factum ſit *l. & eleganter 7. §. non ſolùm. ſupr. de dolo*, niſi res quæ exhibetur, in alia prorſus forma exhibeatur, ita vt non eadem res alia videri poſſit *l. Iulianus 9. §. ſed etſi quis ſup. ad exhib.* Ergo eadem ratione dicendum eſt, ſi reddita ſit, quamuis deterior res quæ commodata fuerat, non ideò tamen ſupereſſe actionem commodati, quæ non ad aliud competere poteſt quàm vt res reddatur, quamuis id quod actoris intereſt, ei non præſtetur.

Dec. Non videtur propriè & ex bona fide reddita res quæ deterior reddita eſt, *l. 1. §. ſi res 16. infr. depoſit. l. in rebus 18. §. 1. infr. hoc tit.* Res enim quæ deterior fit, eatenus perit, quatenus fit deterior *l. 3. ſup. de condict. tritic.* Atqui commodati actio bonæ fidei eſt *§. actionum. Inſtit. de action.* Ergo ſi deterior reddita ſit, non eò minùs durat actio commodati, quouſque pleniſſima reſtitutio facta ſit ex bona fide. Poteſt autem fieri pleniſſima reſtitutio rei commodatæ, licèt deterioris effectæ, ſi modò præſtetur actori id quod ipſius intereſt, rem deteriorem factam non eſſe, vt quod valori & bonitati rei deeſt, ſuppleatur in pecunia, per quam ſcilicet res omnes æſtimantur, & quæ ſunt, & quæ non ſunt, dummodo fuerint, & æſtimari poſſint *l. ſi ita fideiuſſorem 42. infr. de fideiuſſ. l. in actionibus 5. verſic. planè. ſupr. de in lit. iurand.* In actionibus autem bonæ fidei etiam id quod intereſt, venit non ſolùm officio iudicis, tanquam acceſſio, ſed etiam iure actionis, vt in propoſito tanquam pars principalis debiti, ſi aliter ſatisfieri actori non poſſit: eſt enim hoc ex bona fide, ideóque per eandem actionem petitur per quam res ipſa peteretur, non per aliam, quia durat priſtina actio quandiu pleniſſimè ſatisfactum non eſt, vt Accurſius hîc notat. Alioqui non poſſet peti poſt rem redditam, ſi officio tantùm iudicis deberetur *l. 4. Cod. depoſ. l. qui per colluſionem 49. infr. de action. empt.* Quod in actionibus ſtrictis, cuiuſmodi ſunt actiones ad exhibendum, & ex ſtipulatu diuerſum eſt *d. l. exhibitionis, & d. §. non ſolùm*, quia in iis non de alio quæritur, quàm vtrum res ſit reddita, non etiam vtrum ſit reddita ex bona fide, eámque ob cauſam

ſubſidiatia in factum, vel de dolo actio neceſſaria eſt. Aliud iuris erit, ſi reddita ſit res non quidem deterior, ſed ita tamen, vt aliquid iuris ei deſit, puta ſi alij obligata proponatur, aut ſi non fuerit cautum de euictione. Tunc enim ea ipſa res, quamuis ſoluta petetur adhuc ex priſtino contractu etiam ſtricti iuris *l. Iulianus* 131. §. 1. *infr. de verbor. oblig. l. etiam* 27. *de ſolut.* quia ſcilicet ex cauſa prioris traditionis habere eam oon licet, cùm poſſit euinci. Quod enim euincitur, in bonis noſtris noo eſt, vt habet iuris regula *l. quod euincitur* 190. *de reg. iur.* Itaque nulla hac parte inter bonæ fidei & ſtricti iuris contractus differentia eſt. Sicut nec in eo quod ſi pars tantùm rei debitæ ſoluta ſit, quæ pro parte ſolui potuerit, non niſi pro alia parte ſupereſt obligatio *l. ſtipulatus ſum* 9. §. 1. *de ſolut. l. Manius* 66. §. *fundo de legat.* 2. Planè quo caſu totius rei petitio ſupereſt ex contractu bonæ fidei, poſtquàm deterior reddita eſt, non ad hoc tamen agetur, vt res iam reddita iterum reddatur, quaſi nondum reddita, ſed vt quanti actoris propter deteriorationem intereſt, ei præſtetur *d. l. Iulianus* 131. §. 1. *de verb. oblig.* Verbum enim *reddendi* latam habet ſignificationem *l. videamus* 38. §. *in Fauiana. infr. de vſur.* Et ita bene Bartolus, ac melius, aut ſanè clariùs, quàm apud Accurſium Ioànnes & Azo. Obſeruandum autem eſt ex hoc §. per actionem commodati peti reſtitutionem rei commodatæ, perinde ac per vindicationem, ſed alio atque alio iure. nam per actionem commodati petitur iure contractus, per vindicationem verò iure dominij: ideóque ſi aliena res commodata ſit, non ideò minùs petetur reſtitutio ex commodato, quæ tamen per vindicationem peti noo poſſet. Sed neque vindicatio ſupereſt, ſi res quæ vindicabatur, reſtituta ſit ſiue deterior, ſiue ita vt iuri eius aliquid deſit, ſed cautionibus interpoſitis ſecuritati & indemnitati actoris coosulitur arbitrio iudicis, quoniam arbitraria actio eſt, in eóque differt à cæteris actionibus non tantùm bonę fidei, ſed etiam ſtricti iuris *l. ſi poſt acceptum* 18. *& ſeq. ſupr. de rei vindic.* ne fortè cum vulgo interpretum putes arbitrarias actiones ſui natura ſtrictas eſſe, nec niſi ex poſtfacto & ex accidenti degenerare in arbitrarias, quod nos refutauimus ad *tit. de eo quod cert. loco.*

2 ¶ In hac actione, ſicut in cæteris bonæ fidei iudiciis, ſimiliter in litem iurabitur: vt rei iudicandæ tempus quanti res ſit, obſeruetur. quamuis in ſtricti iuris, litis conteſtatæ tempus ſpectetur.

*Ad §. In hac actione 2.*

Habet hic §. duas ſententias. Prima eſt, in actione commodati, ſicut in cæteris bonæ fidei iudiciis ſimiliter in litem iurari. Altera eſt, rei iudicandæ tempus quanti res ſit obſeruari, quamuis in iudiciis ſtrictis, litis conteſtatæ, tempus ſpectetur. Prima pars illam dubitandi rationem habet, quòd per actionem commodati actor rem repetit, non quaſi ſuam, vt in vindicatione, ſed quaſi commodatam, vt proximè ſcripſimus: ideóque etiam aliena res commodata per hanc actionem petitur, quia naſcitur ex contractu *l. commodare* 15. *& ſeq. infr. hoc tit.* Atqui ratio inducendi & concedendi iuriſiurandi in litem tota in eo eſt, ne alioqui inuitus dominus re ſua carere, eámque ſiue iuſto ſiue iniuſto precio vendere cogatur *l. ſi filiofamilias* 25. §. 1. *infr. ſolut. matrim. l. non enim* 9. *rer. amot. l. tutor* 8. *ſupr. de in lit. iur.* Ergo in actione commodati non eſt deferendum actori iuſiurandum in litem, nec ad rem pertinet quod actio commodati ſit bonæ fidei §. *actionum. Inſtit. de action.* Nam & actio ex empto quæ emptori datur contra venditorem ad rem tradendam, æquè bonæ fidei eſt *d. §. actionum. l. tenetur* 6. §. *vltim. & paß. infr. de action. empt.* nec tamen in ea iuratur in litem, nec ſi dolo & procacia venditoris fiat, vt res vendita non tradatur, ſed officio iudicis id quod emptoris intereſt æſtimatur *l. ſi cùm fundum* 68. §. *vlt. infr. de contrah. empt. l. ſi traditio* 4. *C. de action. empt.* non alia de cauſa, quàm quia emptor qui actione ex empto petit rem venditam, rem vtique alienam petit nondum factam ſuam *l. quod vendidi* 17. *infr. de contr. empt.* §. *vendita. inſt. de rer. diuiſ.* de quo ſcripſimus pluribus *lib.* 6. *Coniect. iur. ciuil.*

Decid. In omnibus actionibus bonæ fidei per quas actor rem ſuam petit, licèt non quaſi ſuam, ſed quaſi ſibi debitam, iuratur in litem, eâdem ſcilicet æquitatis ratione, ne actor rem ſuam vendere inuitus iuſto precio compellatur *l. nec quaſi* 70. *l. eius rei* 46. *ſupr. de rei vindic. l. in actionibus* 5. vbi dixi *ſupr. de in lit. iur.* Ergo ſi quis rem ſuam quam commodauerat, per hanc actionem repetat, quæ bonæ fidei eſt, nec ea reddatur, idque dolo malo vel lata culpa commodatarij, permittendum ei eſt, vt iureiurando ſuo litem æſtimet, & quanti ſua intereſt. Planè ſi aliena res commodata ſit, fatendum eſt, non poſſe iurari in litem, non magis quàm in actione empti. Diſtinguendum igitur neceſſariò eſt in actione commodati, quomodo Papinianus in actione furti diſtinguit *l. ſi vendidero* 80. §. 1. *infr. de furt.* an deferatur iure dominij, an ex alia cauſa, vt priore tantùm caſu admittat iuſiurandum in litem, non etiam poſteriore. At difficilius eſt, quod in ſecunda huius §. ſententia ex parte proponitur in hac actione commodati, ſicut in cæteris bonæ fidei iudiciis, rei iudicandæ tempus ſpectandum eſſe in rei debitæ ineunda æſtimatione, cùm tamen in ſtricti iuris iudiciis tempus litis conteſtatæ ſpectetur. Difficultatis materiam interpretibus illud præbet, quòd putant, in bonæ fidei actionibus adeóque in ſtrictis incipere æſtimationem rei creſcere à tempore morę ad tempus vſque rei iudicandæ, idque ſiue à litis conteſtatione mora incipiat, ſiue ab interpellatione iudiciali, quæ vt fieri ſolet, conteſtationem præceſſerit, ſiue à medio tempore inter litis conteſtationem & ſententiam, quod interdum accidit, vt in *l.* 3. *in princip. infr. de vſur.* Ita namque intelligunt, quod ſcriptum eſt in *l.* 3. §. *ſi per venditorem, & in l. ſi ſterilis* 21. §. *cùm per venditorem. infr. de action. empt.* ſpectandum eſſe vtro tempore pluris fuerit res vendita, an tempore moræ an condemnationis ſcilicet, vt æſtimari res debeat quanti plurimi vnquam fuerit à tempore moræ ad tempus vſque rei iudicatæ. Item quod ſcriptum eſt in *l. vinum* 22. *ſupr. de reb. credit. l. vlt. ſupr. de condict. tritic. l. quoties* 59. *infr. de verbor. oblig. l. hominem* 37. *infr. mandat.* in iudiciis ſtrictis inſpici tempus litis

conteſta-

conteſtatæ ſcilicet, inquiunt, niſi mora aliqua litis conteſtationem præceſſerit, ne alioquin debitori fruſtratio ſua proſit *dict. l. hominem.* Item quod ſcriptum eſt in *l. re furtiua 8. §. 1. ſupr. de condict. furt.* in condictione furtiua, quæ ſtricti iuris eſt, id tempus ſpectari quo res vnquam plurimi fuerit, ita tamen vt æſtimatio non egrediatur retrorſum iudicij accipiendi tempus *l. 2. §. quæſitum infr. de priuat. delict.* quaſi id ſcriptum ſit ad differentiam aliarum actionum ſtricti iuris, vt in cæteris omnibus æſtimatio quanti plurimi poſſit egredi retrorſum tempus litis conteſtatæ, & retrotrahi ad tempus vſque moræ, ſi qua præceſſerit conteſtationem. Hinc nimirum tot diſtinctiones, & ſubdiſtinctiones ad hunc §. congeſtæ à Bartolo, an rei æſtimatio ſeu intereſſe (confundit enim hęc duo quaſi ſynonyma) petatur iure obligationis, aut principaliter conſtitutæ, vt in *l. fundum Cornelianum 28. infr. de nouat. dict. l. hominem mandat* aut ſubrogatæ, vt in omnibus faciendi obligationibus, ex *l. ſi Calendis 11. l. ſi quis ab alio in fin. de re iudic. l. cùm ſtipulatus ſim 113. §. vlt. de verb. oblig.* an verò officio iudicis, & rurſum an hoc caſu veniat declarandum per iuſiurandum actoris in litem, an per alias probationes, vt ſi per iuſiurandum in litem habeat locum hic §. & differentia quæ in eo ponitur inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris: ſi verò per alias probationes ſubdiſtinguendum ſit, an propter culpam debitoris veniendum ſit ad æſtimationem, an propter moram: vt ſi propter culpam, ſiquidem res extet, inſpiciatur tempus condemnationis: ſi verò extare deſierit, ſpectetur tempus moræ *d. l. pen. de condict. tritic.* Si verò propter moram incipiat æſtimatio creſcere à tempore moræ, ſiue mora incipiat ante litem conteſtatam, vt in *dict. §. ſi per venditorem*, ſiue ab ipſa conteſtatione *dict. l. 3. de vſur.* ſiue medio tempore inter litis conteſtationem & ſententiam, vt in *l. ſi quis inficiatus 13. infr. depoſit.* Quæ tamen omnes diſtinctionęs & ſubdiſtinctiones pugnant euidenter cum iis ipſis omnibus legibus, quas Bartolus adducit: quarum nulla eſt, quæ æſtimationis quanti plurimi mentionem faciat, exceptis illis, quæ de furtiua condictione loquuntur, in qua ſpeciale eſt odio furtis, vt nõ hoc aut illud tempus præciſè ſpectari oporteat, sed quanti plurimi res furtiua fuit à tempore litis conteſtatæ vſque ad ſententiam, non etiam à tempore moræ *d. l. 2. § quæſitum de priuat. delict.* Cùm tamen ſi quo caſu pręſtanda eſſet æſtimatio quanti plurimi à tempore moræ, maximè contra furem id recipiendum eſſet, cuius odio tam multa alia recepta ſunt contra regulas iuris *d. l. in re furtina §. 1.* vbi diximus. Concludendum ergo eſt, in iudiciis bonæ fidei æſtimari rem debitam inſpecto præciſè tempore moræ, aut condemnationis *d. §. ſi per venditorem & hoc §.* In iudiciis verò ſtrictis inſpecto præciſè tempore litis conteſtatæ, *hoc §. & dict. l. vinum d. l. vlt. de condict. tritic. d. l. hominem 37. inf. mandat. d. l. fundum 28. de nouat d. l. quoties 59. de verb. oblig.* Excepta condictione triticaria, in qua inſpicitur præciſè tempus condemnationis *d. l. penult. de condict. tritic.* Excepta item condictione furtiua, in qua, vt diximus, æſtimatur res quanti plurimi fuit à tempore litis conteſtatæ, ad differentiam actionis legis Aquiliæ, in qua homo vulneratus aut occiſus æſtimatur quanti plurimi fuit, eo anno quo vulneratus aut occiſus eſt, *d. §. quæſitum & l. 1. 1. ait lex 21. & paſſ. ſupr. ad leg. Aquil.* Sanè vltra tempus ſententiæ & condemnationis non poteſt æſtimatio creſcere, vt benè ſentit Ioannes apud Accurſium in hoc §. *ex l. vbi exigitur 8. §. 1. ſupr. de edend.* Itaque in huius §. interpretatione errat Bartolus, & quotquot cum Bartolo Gulielmi de Cuneo opinionem ſequuntur, quem huius interpretationis laudant authorem, quod ex duabus ſententiis, quæ in hoc §. continentur, vnam conſlant, quaſi Vlpianus ſcripſerit, & ſenſerit in iudiciis quidem bonę fidei tempus inſpici rei iudicandæ, in ſtrictis verò litis conteſtatæ præciſè, ſed eo tantùm caſu quo æſtimatio facienda ſit per iuſiurandum in litem non per alias probationes. Quod certè ab Vlpiani mente ac ſenſu omnino alienum eſt. duæ namque, vt initio præfati ſumus, ſententiæ ſunt, quarum vna nihil commune habet cum altera: & toto cœlo diſtat quæſtio illa, vtrum in actione commodati ſicut in aliis bonæ fidei iudiciis iuretur in litem, ab altera, cuius temporis habenda ſit ratio in ineunda rei debitæ æſtimatione, ſiue ex bonæ fidei, ſiue ex ſtricto contractu res debeatur. Nos de priore quæſtione abundè ſcripſimus ad *d. l. in actionibus de in lit. iur.* De poſteriore verò ad *d. l. vinum 22. de reb. credit. ad l. pen. & vlt. de condict. tritic. & ad dict. l. in re furtiua 8. §. 1. ſupr. de condict. furt.* Itémque in Coniecturarum *lib. 16. & in Codice noſtro ad tit. ſi cert. petat.* Sed melius in vltima parte Chiliadis noſtræ de erroribus pragmaticorum, aduerſus omnes & veterum & recentiorum interpretum opiniones. Itaque in refellendis Accurſij & Bartoli ad hunc locum commentariis non immorabimur, quos vnica litura delere melius omnino eſſet, ac expeditius.

3 ¶ Heres eius qui commodatum accepit, pro ea parte, qua heres eſt, conuenitur: niſi fortè habeat facultatem totius rei reſtituendæ, nec faciat. tunc enim condemnatur in ſolidum: quaſi hoc boni iudicis arbitrio conueniat.

*Ad §. 3. Heres eius.*

Rat. dub. Actiones omnes perſonales, quæ contra deſunctum competebant, inter heredes ipſius diuiduntur ipſo iure per legem duodecim tabularum pro hereditariis portionibus *l. 1. Cod. ſi cert. petat. l. pro hereditariis 2. & tot. tit. Cod. de heredit. action. l. ſi tibi homo 86. § ſi fundus delegat. 2. l. qui fundum 87. §. ſi ex parte ad leg. Falcid.* Ad differentiam ſcilicet actionum realium quæ dantur in ſolidum contra vnum ex heredibus, ſi ſolus rem, qua de agitur, poſſideat *l. 1. & 2. C. ſi vnus ex pluribus hered. debit.* Atqui actio commodati perſonalis eſt: naſcitur enim ex contractu. Ergo ſi ante factam rei commodatæ reſtitutionem deceſſerit commodatarius pluribus relictis heredibus, omnimodo dicendum eſt, teneri ſingulos pro hereditariis actionibus, nec addendam exceptionem quæ hîc additur, *niſi fortè vnus habeat facultatem totius rei reſtituendæ nec faciat.* Alioqui ſi hoc maximè inſpiciendum eſt, quis ex heredibus facultatem habeat rei reſtituendæ & pro qua parte, dicendum erit, quod in actionibus mixtis ex pœna & rei perſecutione dici ſolet, dari eas in heredes quatenus ad

Digitized by Google

eos peruenit, aut in actionibus ea delicto deſcendentibus, ne alieno ſcelere ditentur, aut denique in arbitrariis, vt pluribus & rationibus & exemplis docuimus ad *l.in condictione 9. ſupr. de condict.furt.* Et verò quid ſi res commodata viuo commodatario perierit dolo & culpa ipſius, ita vt conſtet ex ea re nihil penitus ad heredes perueniſſe? Quis dicat non tràſire in eos actionem commodati per quam conueniantur pro hereditariis portionibus? Porrò quæ iuris æquitas facit, vt eo caſu quo nihil prorſus ad heredes peruenerit, poſſint tamen & debeant conueniri ea commodato pro portionibus hereditariis, an non eadem ſuadet, vt tum quoque cùm vnus ea heredibus totius rei reſtituendæ facultatem habet, quod ad eum tota res peruenerit, cæteri tamen coheredes ſinguli pro hereditaria quiſque portione conueniantur? Quid enim intereſt coheredis, qui pro ſua parte conuenitur, cùm ea re commodata nihil habeant, an cæteri quoque coheredes omnes nihil habeat, an vnus ex eis totam rem commodatam poſſideat? An fortè plus minúſve damni ſenſurus eſt ob id, quòd coheredes plus minúſve pro ſuis partibus ſentiant?

Dec. Commodati actio datur ad hoc, vt res reddatur & reſtituatur, quemadmodum & actio depoſiti, & aliæ per quas petit quis rem ſuam, quaſi ſibi debitam. Ergo ſi ex pluribus commodatarij heredibus vnus reſtituendæ totius rei facultatem habeat, ſolus ille in ſolidum & conueniendus & damnandus eſt. Id enim boni iudicis arbitrio conuenit, vt Vlpianus hîc ſcribit, cùm ita poſito iure nullo incommodo afficiatur is qui in ſolidum conuenitur, quia ſolidum quod habet, reſtituere commodè poteſt, neque rurſum coheredes, quos æquum non eſſet condemnari ad reſtitutionem eius rei quam non habeant, & quam ſolus habet ille qui conuenitur. Nec actor denique, cui longè commodius eſt rei reſtitutionem petere ab iis qui reſtituendæ rei facultatem habent, quàm ab iis qui non habent, vt contingeret in rei vindicatione directa *l. ſi poſſeſſor 55. ſupr. de rei vindic.* & in hypothecaria *dict. l. 2. Cod. de hered. action.* & in actione de edendo *l. ſi quis 6. §. 1. ſup. de eden.* Fit igitur hoc ex æquitate iudicij bonæ fidei, & arbitrio iudicis, quod in bonæ fidei iudiciis omnibus, licèt non præcedat condemnationem, vt in arbitrariis, eàm tamen concomitatur *l. 1. infr. de vſur. l. vlt. ſupr. famil. erciſc. l. actions 65. § ſi communis antepen. infr. pro ſocio.* Nec admittendum eſt quod Bartolus docet, in ſtrictis quoque actionibus idem euenire, ſi modò tales ſint, cum quibus poſſit vindicatio concurrere, velut, inquit, in condemnatione furtiua ea *l. in condictione 9. ſupr. de condict. furt.* & in actione illa in factum, quæ deſcendit ex interdicto vnde vi *l. ſi plures 9. in princip. infr. de vi & vi armat.* Nam quod ad condictionem furtiuam pertinet, non ait Vlpianus in *d. l. in condictione*, in condictione ea cauſa furtiua ſolos eos teneri, qui ſoli rem furtiuam poſſident quomodo in rei vindicatione contingeret *dict. l. ſi poſſeſſor 55. de rei vindic.* ſed ſolos eos teneri, qui ſoli heredes ſunt, pro parte verò heredem pro ea parte pro qua heres eſt, conueniri: non addita exceptione, niſi is qui pro parte heres eſt, totam rem in ſolidum poſſideat. Nec enim naſcitur condictio furtiua ex præſenti poſſeſſione, vt vindicatio, & alia quæuis in rem actio *l. non alias 24. §. ſed ſi poſtulatur ſup. de iudic.* ſed ex furto defuncti, licèt nullus ea heredibus poſſideat *§. vlt. Inſtit. de obligat. quæ ex delict. naſcuntur.* Quod autem attinet ad actionem in factum, quæ competit ex interdicto Vnde vi, de qua in *d. l. ſi plures*, non eſt exiſtimandum ideò vnum ex pluribus heredibus eius qui vim fecit, teneri in ſolidum, ſi ſolus rem poſſideat, quòd vindicatio poſſit cum ea actione concurrere, ſed quoniam actio illa non datur in heredes, niſi de eo quod ad eos peruenit *l. 1. §. vlt. l. 3 in fin. eod. tit.* Conſequens enim eſt, vt quemadmodum nullus ea heredibus tenetur, ſi ad nullum eorum res peruenerit, ita in ſolidum teneri debeat is ad quem ſolum res peruenit. Sic enim Paulus diſertè ratiocinatur in *d. l. ſi plures.* Planè in ſtipulationibus prætoriis idem iuris eſt, quod in bonæ fidei iudiciis, vt in ſolidum damnari heres debeat, qui ſolus rem poſſidet *l. 2. § incertum inf. de prætor. ſtipulat.* quia nimirum ſtipulationes prætoriæ interpretationem recipiunt ea mente prætoris *l. in conuentionalibus 52. infr. de verb. obligat.* Mens autem prætoris ſemper illa eſt, vt æquitatis ratio in omnibus habeatur, non minùs quàm in bonæ fidei actionibus. Eſt enim prætor æquitatis cuſtos, & magiſter perpetuus. Actionis in factum, quæ competit ex edicto de edendo, eadem ratio eſt, quia licèt ſit actio ſtricti iuris, proximè tamen accedit ad actionem ad exhibendum. Quid enim aliud eſt, rationes reddere quàm exhibere? *l. 1. §. edere. l. argentarius 10. §. edi autem. ſupr. de edend.* Quis porrò exhibere debet, niſi is qui exhibendi habeat facultatem? *l. Celſus 5. §. vlt. & paſſ. ſupr. ad exhib.* Ergo nec alius ea pluribus heredibus poſſeſſoris, quàm qui ſolus exhibere rem poteſt, quia ſolus totam rem poſſidet.

4 ¶ Si filiofamilias, ſeruóve commodatum ſit, duntaxat de peculio agendum erit: cum filio autem familias ipſo [a] & directò quis poterit? Sed & ſi ancillæ, vel filiæfamilias [b] commodauerit: duntaxat de peculio erit agendum.

*Ad §. 4. Si filiusfamilias.*

Rat. dve. Cùm filiofamilias vel ſeruo commodata eſt res aliqua, videtur pater vel dominus habere facultatem totius rei reſtituendæ, cùm per filij vel ſerui perſonam pater aut dominus poſſidere rem videatur: nemo enim dubitat, quin per filiumfamilias & ſeruum poſſeſſio acquiratur patri vel domino *l. 1. §. item acquirimus & ſeqq. infr. de acquir. poſſeſſ.* & quidem etiam ignorantibus ſi res ſint peculiares, ſcientibus verò, ſi peculiares non ſint *dict. §. item acquirimus. iunct. l. 4. l. poſſeſſio 49. §. 1. eod.* Atqui proximè diximus, etiam in heredibus, qui ea ratione iuris tenentur pro portionibus hereditariis, eum tamen ſolum teneri actione commodati, qui ſolus habeat totius rei reſtituendæ facultatem. Ergo & de patre idem dicendum eſt, vt quamuis non ſit heres filij ſiue viuentis, ſiue mortui, teneri tamen debeat tanquam pater, vt rem filio commodatam reſtituat in ſolidum, quia eius reſtituendæ poteſtatem habet, præſertim cùm etiam filij ſui quaſi heres videri poſſit *l. ſi ſtatulibera 6. § ſi filiusfamilias. infr. de ſtatulib.* In quo aliud ius eſt patris, aliud verò domini, quia ſeruus neque heredem, neque quaſi heredem

Digitized by Google

dem, neque quasi heredem habere poteſt, habet tamen dominus, æquè ac pater facultatem reſtituendæ rei ſeruo commodatæ, cùm imperare poſſit ſeruo, vt reſtituat: quod ſufficit, vt videatur dominus ipſe poſſe reſtituere *l. is qui in puteum* 11. §. *an ignoſcitur. infr. quod vi aut clam.*

Dec. Qui cum filiofamilias contrahit, duos habet debitores, filiumfamilias quidem in ſolidum, patrem verò de peculio *l. ſi quis cum filiofamilias* 44. *infr. de pecul.* Qui verò cum ſeruo contrahit, ſolum dominum habet obligatum ciuiliter ad finem vſq; peculij: ipſum verò ſeruum in ſolidum quidem, ſed tantùm naturaliter *l. nec ſeruus* 41. *eod. tit.* Ergo ſi quid filiofamilias vel ſeruo commodatum ſit, non niſi de peculio agi cum patre vel domino poteſt. Nec enim æquum eſt, ex contractu & facto filiifamilias vel ſerui, obligari patrem aut dominum in ſolidum, ſed tantùm de peculio, quia non quemadmodum melior condicio noſtra per filios aut ſeruos fieri poteſt, ita & deterior poteſt *l. melior* 133. *de reg. iur.* niſi in rem patris aut domini verſa pecunia vel eorum iuſſu contractum eſſe proponatur *Inſtit. quod cum eo, qui in alien. poteſt.* Nec quod pater filio aut dominus ſeruo imperare poteſt, vt rem commodatam reſtituat, ad rem facit. Nulla enim actio ſiue ciuilis, ſiue prætoria, ſiue ſubſidiaria contra patrem aut dominum in eam rem comparata eſt, vt filiofamilias vel ſeruo quid imperet, neque rurſum, vt quid faciat vel præſtet eo prætextu, quòd filio ſuo vel ſeruo imperare poſſit. Obligari enim quemque ex ſuo facto non ex alieno oportet. Ideóque nimirum & pater & dominus tenentur actione de peculio, quia ea eorum voluntate factum eſt, vt filiusfamilias vel ſeruus peculium habere cœperit, déque eo contraxerit *d. l.* 1. §. *item acquirimus. infr. de acquir. poſſeſ.* Nec eſt quod de rei commodatæ aut dominio, aut poſſeſſione tractemus, cùm per commodatum neque dominium, neque poſſeſſio transferatur *l. rei commodatæ* 8. *& ſeq. infr. hoc tit.* Itaque nihil eſt, quod per filiumfamilias aut ſeruum acquiri patri aut domino poſſit, nec proinde quòd pater aut dominus actione commodati poſſit reſtituere, ſi ea conueniretur. Quòd ſi proponas rem filiofamilias aut ſeruo commodatam in eius peculio manſiſſe, tum verò pater & dominus ad reſtitutionem totius rei commodatæ tenebuntur, ſed actione de peculio, quia peculiaris res erit, non actione ſimplici & directa commodati, quia non contraxerunt, quamuis non eò magis futurum ſit, vt poſſeſſio rei commodatę acquiratur patri vel domino, quomodo in cæteris rebus peculiaribus contingeret *d. l.* 1. §. *item acquirimus. dict. l.* 4. *d. l. poſſeſſio* 49. §. 1. *de acquirend. poſſeſ.* Nempe quia titulus commodati non magis habilis eſt ad transferendam poſſeſſionem, quàm ad transferendum dominium, vt diximus ex *d. l. rei commodatæ.*

a *Cum filiofamilias autem ipſo.* Ratio dub. Non poteſt iudicium cōſiſtere cum filiofamilias ſine authoritate patris *l. vlt.* §. 1. *verſic. neceſſitate. C. de bon. quæ liber.* vbi dicitur neceſſitatem imponendam eſſe patri, vt filio qui conuenitur authoritatem præſtet, ne ſine patris voluntate & authoritate videatur conſiſtere. Ergo cum vtroque agere debet is qui filium obligatum habet, non cum ſolo filio.

Dec. Filiusfamilias cùm ſit ciuis Romanus, & habeat caput in ciuitate, non minùs quàm paterfamilias *l. nam ciuium* 4. *ſupr. de ſtat. homin.* ſicut obligari ex omnibus penè cauſis, ita & agere & conueniri ſine patris authoritate poteſt *l. filiusfamilias* 39. *infrà de obligat. & action. l. eam ex contractibus* 57. vbi diximus *ſupr. de iudic.* Non eſt igitur neceſſaria patris authoritas, niſi iure nouo poſt Conſtantini & Iuſtiniani Conſtitutiones, quæ ſicuti ius filiifamilias auxerunt, facto eo capace acquirendæ proprietatis bonorum maternorum primùm, deinde aduentitiorum ita & patri vſumfructum, & actionum omnium filio competentium exercitium conceſſerunt, tanquam legitimo adminiſtratori bonorum filij: ac proinde hoc demum caſu authoritatem patris interuenire voluerunt, ſi quando filius ratione talium bonorum conueniretur. Quiſquis enim legitimum adminiſtratorem habet, non poteſt abſque eius authoritate legitimam habere perſonam ſtandi in iudicio *l.* 1. *& tit. Cod. qui legiti. perſon. in iud. ſtand. hab.* Sed extra has cauſas non eſt exiſtimandum immutatum quicquam fuiſſe de iure vetere, quo filiusfamilias in iudicio ſtare poterat ſine conſenſu & authoritate patris, cùm Imperatores id egerint, vt filiifamilias ius augerent, non etiam vt minuerent: quomodo bene hîc Bartolus contra Accurſium argumentatur, exiſtimantem eſſe neceſſarium conſenſum patris eo quoque caſu quo agatur de bonis, in quibus pater aut habeat vſumfructum, vel potuerit habere, ſi non repudiaſſet, quod Bartolus rectè negat.

b *Sed etſi ancillæ vel filiæfamilias.* Rat. dub. Cùm filiæfamilias vel ancillæ res aliqua commodata eſt, faciliùs credi poteſt rem commodatam ad patrem vel dominum perueniſſe, atque ita patrem vel dominum totius rei reſtituendæ facultatem habere, quàm ſi filiofamilias aut ſeruo commodatum ſit. Nempe quia non tam faciles ſunt, & idoneæ ad negotiationem mulieres, vt rei commodatæ reſtituendæ facultatem ſibi præripiant *argum. l. penultim. ſupr. de edend. l.* 3. *de regul. iuris.* Ex quo fit, vt tantò minùs denegare poſſit pater vel dominus reſtitutionem rei commodatæ & quidem in ſolidum. Ergo vel hoc ſaltem caſu fatendum eſt, commodati actione teneri patrem vel dominum, non peculio tenus duntaxat, ſed in ſolidum: exemplo eius quod dictum eſt in §. præcedente, vnum ex pluribus commodatarij heredibus in ſolidum teneri actione commodati ſi totius rei reſtituendæ facultatem habeat.

Dec. Etiam filiafamilias vel ancilla peculium habere poteſt, nec vlla eſt hac parte in ſexu differentia *l.* 1. §. *de eo. l. & ancillarum* 27. vbi dicemus *infr. de pecul.* Neque igitur differentia aliqua eſſe debet in actione commodati, quæ ex contractu filiæfamilias vel ancillæ contra patrem vel dominum competit, vt ſcilicet accipiendo commodatum obligent patrem & dominum de peculio duntaxat non in ſolidum. Planè quin filiafamilias teneatur actione commodati in ſolidum ex proprio contractu, nemo dubitat. Verba enim illa Vlpiani *duntaxat de peculio erit agendum* excludunt quidem actionem ſolidi, ſed eam quam contra patrem vel dominum habere actor vellet, non eam quæ aduerſus filiamfamilias ipſam competit. In actione depoſiti idem iuris eſt, quod in actione commodati *l.* 1. §. *filiumfamilias* 42. *infr. depoſ.*

5 ¶ Sed non tantùm ex cauſa doli earum perſonarum, pater, vel dominus condemnatur: ſed & ipſius quoque domini, vel patris fraus dumtaxat venit: vt Iulianus libro vndecimo circa pignoratitiam actionem diſtinguit.

*Ad §. 5. Sed non tantùm.*

Ratio dvbit. In actione quidem commodati venit dolus & culpa etiam leuiſſima l. *ſi vt certo* 5. §. *nunc videndum. infr. hoc titul.* ſed ipſius tantùm commodatarij, non etiam alterius. Atqui cùm filioſamilias vel ſeruo res aliqua commodata eſt, ſolus filiusfamilias vel ſeruus, qui commodatum accepit, commodatarius eſt, non pater, aut dominus, quamuis & hi actione de peculio teneantur. Idcirco enim de peculio duntaxat tenentur, quia commodatarij non ſunt, alioqui in ſolidum tenerentur. Ergo de ſolius filiifamilias aut ſerui dolo malo vel culpa hoc caſu quærendum eſt, non de culpa vel dolo patris aut domini.

Decid. Actio de peculio quæ contra patrem, vel dominum datur, ex eo ipſo contractu competit, ex quo principalis actio, quæ contra filiumfamilias competit, qui contraxit, niſi quod adiectionem illam habet de peculio, vt actor intelligat non in ſolidum eam dari, ſed tantùm ad finem vſque peculij, vt dicemus ad l. 1. *& paſſ. infr. de pecul.* Ergo quemadmodum filiusfamilias, qui commodatum accepit, tenetur actione commodati ſi quid in re commodata per dolum aut culpam admiſerit (de ſeruo enim tractari nihil poteſt, cum quo ſcilicet nulla actio eſſe poteſt, quandiu ſeruus eſt *l. cum ſeruo* 107. *de regul. iur.* neque ex antegeſto poſt ademptam libertatem *tot. titul. Cod. an ſeruus ex ſuo fact. poſt manum. ten.* ita & patrem & dominum actione commodati de peculio teneri æquum eſt ex dolo filiifamilias vel ſerui: nec enim ea res auget condemnationem, vt propter dolum illum vel culpam filiifamilias aut ſerui ſupra quantitatem peculij teneantur *l. ſi quis adfirmauit* 9. *alias l. ſi oleum. §. hac de dolo actio. ſupr. de dolo.* Porrò ſi ex dolo aut culpa filiifamilias vel ſerui tenetur pater aut dominus actione de peculio, quantò magis filiumfamilias teneri æquum eſt ex dolo proprio, cùm bonæ fidei actio eſt? *leg.* 1. §. *filiumfamilias. infr. depoſit.* non quaſi propter dolum illum pater aut dominus fiat commodatarius, ſed quia tantò plus in peculio eſſe intelligitur *l. 5. l. in bonæ fidei* 36 *infr. de pecul.* commodati enim actio bonæ fidei eſt. Nempe qui filiofamilias aut ſeruo commodat, licet cum eo ſolo contrahat, cui commodat, duos tamen ſibi obligat, eum quidem cum quo contrahit in ſolidum, ſeruum quidem naturaliter, filium autem ciuiliter, patrem verò vel dominum de peculio, vt diximus ad §. *præcedent.* ex *l. ſi quis* 44. *infr. de pecul.* Non tamen tenetur pater vel dominus etiam de culpa propria, ſed tantùm de dolo: id enim eſt quod Vlpianus ait, *ſed ipſius quoque domini vel patris fraus duntaxat venit*, vt Accurſius bene explicat in verb. *duntaxat*, ex *dict. l. in bonæ fidei* 36. *l. depoſui* 38. *eodem tit.* Idem in actione pignoratitia iuris eſt, vt ex Iuliano Vlpianus hîc ſcribit. Patris enim vel domini dolus ſolus auget peculium non culpa *d. l. 5. in princip. eod. tit. de pecul.*

6 ¶ Non poteſt condemnari id, quod vſu conſumitur: niſi fortè ad pompam, vel oſtentationem quis accipiat.

*Ad §. vlt. Non poteſt.*

Rat. dvbit. Etiam ea, quæ vſu conſumuntur, ſunt in hominum commercio, adeò vt eorum quoque vſusfructus legari & conſtitui poſſit *leg.* 1. *& tot. tit. ſupr. de vſufruct. earum rerum quæ vſu conſum.* Atqui commodatum eſt, ex genere ac numero eorum contractuum, qui ad commercium vtiles ac propemodum neceſſarij ſunt, cùm in commodato verſetur beneficium *l. in commodato* 17. §. *ſicut infr. hoc tit.* beneficio autem adfici hominem intereſt hominis, vt eleganter Papinianus ait in *l. ſi venditor* 6. §. 1. *infr. de ſeru. exportand.* Ergo etiam id quod vſu conſumitur, commodari poteſt.

Dec. Ex contractu commodati eadem res reſtituenda eſt, quæ fuit commodata, cùm nemo rem ſuam commodando transferat eius dominium, at neque poſſeſſionem *l. rei commodatæ* 8. *& ſequ. infr. hoc titul.* ad vſum enim duntaxat & quidem certum ac limitati temporis fit commodatum *dict.* §. *ſicut.* Atqui id quod vſu conſumitur tale eſt, vt non poſſit idem reddi, cùm vſus eius conſiſtat in abuſu. Nec remedio locus eſſe poteſt, interponendæ cautionis, per quam fit vt huiuſmodi rerum quæ vſu conſumuntur, etiam vſusfructus conſtitui poſſi. Id enim authoritate Senatuſconſulti inductum eſt, de quo in *l. 1. & ſeqq. ill. tit. de vſufruct. earum rerum quæ vſu conſum.* Senatuſconſultum autem de vſufructu, & vſu tantùm earum rerum locutum eſt, non etiam de commodato: nec quemadmodum vtilitatis gratia induci potuit & debuit, vt vſufructu legato earum rerum quæ vſu conſumuntur, proprietas ipſa in legatarium transferatur, iſque non idem quod accepit, ſed tantundem reſtituere teneatur *l. ſi vini* 7. *eod. ill. tit.* ita & inducendum fuit vllo caſu, vt rei commodatæ proprietas in commodatarium transferatur *dict. l. rei commodatæ.* Certum igitur eſt, quod Vlpianus hîc ſcribit, non poſſe commodari id quod vſu conſumitur, niſi fortè, inquit, ad pompam vel oſtentationem eiuſmodi rerum commodatum fiat, quo caſu commodatarius iſtis rebus ſic vtitur, vt eas non conſumat, nec proinde eadem ipſa rerum corpora, quæ in commodatum accepit, reſtituere prohibetur. Itaque nihil in eo fit contra naturam & ſubſtantiam commodati. Quod autem hîc de commodato dicitur, etiam de precario dicendum videtur. Iiſdem enim ferè iuris regulis commodatum & precarium conſiſtunt: niſi quod

quòd commodatum ſit ad certum vſum certo tempore limitatum, precariũ verò nullo certo tempore concluditur, ſed reuocabile eſt ad nutũ concedẽtis. Quæ res facit, vt earum reiũ, quę vſu conſumuntur, difficilius permitti poſſit precarium, quàm cõmodatum, vt ſcripſimus ad *l.1.§.1.ſup.* quia neq; precariũ contractus eſt, ſicuti cõmodatum. Ex quo apparet, quàm verũ ſit quod ſcripſimus in poſtrema parte *Chiliad. de error. pragm.* veſtimenta precariò dari non poſſe, ne importuna & intempeſtiua precarij reuocatione incommodato afficiaturis, qui veſtimenta precariò accepit. Neq; verò in eo abſurdi quicquam eſt, quamuis cõmodari veſtimenta poſſint, *l. ſi vt certo 5. §. quinimò 8. in fin. infr. hoc tit.* quia non ſicuti precarium ita & commodatum ad nutum concedentis & intempeſtiuè reuocari poteſt *l. in commodato 17. §. 1. inf.* Sunt enim vtiq; ex earum rerum numero, quæ vſu non tam conſumuntur, quàm deteriores fiunt. Planè ſicuti ad pompam & oſtẽtationem commodari poſſunt etiam illa, quorum vſus in abuſu conſiſtit, ita & ad pompam atque oſtentationem precariò dari veſtimenta poſſe non negauerim.

4. CAIVS libro 1. de verborum obligationibus.

SÆpe etiam ad hoc commodantur pecuniæ, vt ditis gratia numerationis loco intercedant.

*Ad l. Sæpe etiam 4.*

RAT. DVB. Pecuniæ ſunt etiam ex earum rerum numero, quæ vſu conſumuntur *l.2. l. hoc Senatuſconſultum 5. & paſſ. ſupr. de vſuf. ear. rer. quæ vſu conſum.* Ergo nec earum commodatum poteſt conſiſtere, niſi ad pompam & oſtẽtationem, vt ſcriptum eſt in *§. vl. leg. præced.* DEC. Non poſſunt quidem commodari pecuniæ in eum vſum, per quem conſumantur, ſed in eum caſum & vſum, in quem non conſumantur, poſſunt. Non autem cõſumuntur, ſi quando ſic cõmodantur, vt dicis gratia numerationis loco intercedant, puta ſi quis rem emerit, nec de ſuo habeat, vnde ſoluat precium. Nam cùm rei venditæ dominium, non aliter in emptorem transferatur, quàm ſi precium ſolutum ſit, aut alitẽr eo nomine ſatisfactum *l. quod vendidi 19. l. vt res 53. inf. de contr. empt.* intereſt plerumque emptoris habere pecuniam præſentem ſaltem ex cauſa commodati, quam ex cauſa mutui non æquè facilè habere poſſet, vt numerationis loco eam exhibeat venditori, id eſt, vt dici poſſit, & videri eam numeraſſe ad rei venditæ dominium acquirendum. Quamuis enim eandem pecuniam venditor ſubinde reddat emptori, vt eandẽ reſtituere commodanti poſſit, ſatisfactum tamen eſt ſolemnitati legis duodecim tabularum, quæ nec aliud exigit, niſi vt venditor fidem habuerit de precio *d. l. quod vendidi §. venditæ Inſtit. de rer. diuiſ.* Idque eſt quod Caius ſignificat his verbis, *dicis gratia*, quod Græci exprimũt his verbis νόμου χάριν, aut aliter quod mãlo λόγου χάριν, id eſt, verbi gratia, vt poſſit quis dicere ſe pecuniam numeraſſe, quomodo bene Cuiacius explicat *lib. 10. Obſer. cap. 37.* quamuis ea numeratio ſimulata ſit. Non enim omnis ſimulatio deceptio eſt, quoties ſc. aut lex aut perſona, quæ contrahit ea ſimulatione contenta eſt, vt in exemplo ſupradicto *iũct. l. ſi vſusfructus 66. infr. de iur. dot.* Alioqui plus valere debet quod agitur, quàm quod ſimulatè cõcipitur, vt eſt in rubrica Codicis, & ſimulata pro infectis haberi debent *l. ſi ex pretio 6. C. ſi cer. petat.* ſic in *l. 1. §. excuſantur 34. infr. de SC. Silan.* ait Vlpianus eos ſerui Senatuſcõſulto illo excuſari, qui auxiliũ tulerunt ſine dolo malo. Nam ſi finxit ſe auxilium ferre vel dicis gratia tulit, nihil ei inquit, cõmentum hoc proderit. Eodem ſenſu ſcripſit Modeſtinus, puritatis gratia peti tutorem, qui perfunctoriè petitur, vt poſſit dicere is qui petit ſe petiiſſe, in *l. 2. §. 1. inf. qui pet. tutor.* Malè vulgò pro *dicis* legitur hîc *ditis* quaſi pro *diuitis* quomodo Accurſius & Bartolus interpretantur. Malè item alij, vt Alciatus *lib. 4. diſpunct. cap. 15. dantis. gratia* Vide hîc diligentem adnotationem doctiſſimi Dionyſij Gothofredi.

5. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

SI, vt certo loco, vel tempore reddatur commodatum, conuenit: officio iudicis ineſt, vt rationem loci, vel temporis habeat.

*Ad l. Si vt certo loco 5.*

RAT. DVB. Quod certo loco dari debet, nec peti alio loco poteſt, niſi per actionem arbitrariam nec alio loco præſtari inuito creditore *l. 1. l. penult. ſupr. de eo quod cert. loc.* Conuẽtiones enim dant legem cõtractibus *l. 1. §. ſi conuenit 6. inf. depoſit. l. in conuentionalibus 52. de verb. obligat.* Ergo ſi cõmodatum ea lege factum ſit, vt certo loco vel tempore reddatur, eo ipſo loco & tempore omnimodo reddendũ eſt, vt proinde nil neceſſe ſit dicere, rationem loci vel temporis habendam eſſe, ſi agatur commodati. Proprium enim eſt actionis arbitrariæ, vt in ea rationẽ loci officio iudicis haberi oporteat.

DEC. Quod facit officium & arbitrium iudicis in actione arbitraria, idipſum facit ratio bonæ fidei & æquitatis in bonæ fidei iudiciis: quia tãntundem in bonæ fidei iudiciis officium iudícis valet, quantum in ſtipulationibus nominatim eius rei facta interrogatio *leg. quia tantundem 7. ſupr. de negot. geſt. leg. quæro 54. infr. locat.* Atqui actio commodati bonæ fidei eſt, vt ſæpius diximus ex *leg. 3. §. in hac ſupr. hoc tit. §. actionum Inſtit. de action.* Ergo ſi conuenerit, vt certo loco reddatur commodatum, poterit tamẽ vbique peti per actionem commodati æquè ac per arbitrariam, ſed ita vt etiam vtilitas loci æſtimanda ſit, vel pro actore, ſi per reum ſteterit, quominus ſuo loco commodatum redditum ſit, vel pro reo, ſi per actorem *leg. in bonæ fidei 7.* vbi diximus, *iunct. l. 2. § nunc de officio ſupr. de eo quod cert. loco.* Temporis alia ratio eſt: vtilitas enim temporis venit etiam in ſtrictam actionem *leg. quòd ſi Epheſi 4. ſupr.* Quanto magis in actionem bonæ fidei?

1 ¶ Si quis hac actione egerit, & oblatam litis æſtimationem ſuſceperit: rem offerentis facit.

*Ad §. 1. Si quis hac actione.*

RAT. DVB. Commodatum non eſt titulus habilis ad transferendum dominium, adeóque nec ad transferendam poſſeſſionem *l. rei commodata* 8. *& ſeq. infr.* Commodatarius enim non ſuo nomine poſſidet, ſed commodantis *l. 3. §. ſed ſi is qui* 20. *infr. de acquir. poſſ.* Ergo etiamſi is qui commodauit agens actione commodati æſtimationem litis conſecutus ſit, non ideò rei commodatæ dominium in commodatarium tranſtuliſſe videri poteſt.

DEC. Litis æſtimatio præſtita ſimilis eſt emptioni, facitque emptionem *leg. 2. §. vltim & l. 3. infr. pro emptor. l. ſi ſeruus* 21. *§. & ideò de euict. leg. ſed et ſi rei* 9. *§. 1. ſupr. de publican. leg. ſi propter* 22. *infr. rer. amot.* Atqui emptionis titulus habilis eſt ad transferendum dominium *leg. nunquam nuda* 31. *de acquir. rer. domin.* adeò vt lex duodecim tabularum emptionis verbo alienationem omnem complexa ſit *l. ſtatuliberi à ceteris* 29. *§. vltim. infr. de ſtatulib.* Ergo quemadmodum is cui res aliqua vendita eſt & tradita, fit dominus, ſi modò pretium ſoluerit, aut aliter eo nomine ſatisfecerit *§. vendita Inſtit. de rer. diuiſ. l. quod vendidi* 19. *l. vt res* 53. *de contr. empt.* ita & eum qui rem commodatam accepit, & commodati actione conuentus litis æſtimationem præſtitit, fatendum eſt dominum effici, quia non ea commodati titulo, ſed ea noua emptionis cauſa rem nunc habet, ita vt neque traditione noua indigeat, cùm iam ei res tradita ſit à domino, quod ſufficit, quamuis tradita ſit, ea cauſa commodati *d. l. 3. leg. ſi quis rem* 20. *& ſequent. de acquir. poſſ. ff. leg. non ſolum* 33. *§. 1. de vſucap. §. interdum* 44. *Inſtit. de rer. diuiſ. leg. qua ratione* 9. *§ interdum*, ea quo loco uſi ille ſumptus eſt *de acquir. rer. domin.* Quare non probo quod Accurſius & Bartolus hîc docent, ita demum commodatarium oblata litis æſtimatione fieri dominum, ſi res commodata præſens ſit ea *leg. eius rei* 46. *& ſequent. ſupr. de rei vindicat.* Tum enim præſentiam rei exigimus, cùm traditio nulla præceſſit à domino facta: quomodo contingit, cùm quis rem ſuam, nec à ſe vnquam traditam vindicat à poſſeſſore: nimirum quia titulus emptionis quantumuis iuſtus ſit, non ſufficit ad transferendum dominium, niſi ſecuta demum traditione *dict. §. vendita dict. leg. quod vendidi* 19. *de contr. empt. l. traditionibus* 20. *Cod. de pact.* Non poteſt autem traditio fingi interueniſſe, niſi eo demum caſu, quo vera interuenire potuiſſet, non autem potuiſſet tradi res abſens, quia traditio facta eſt *l. conſilio* 7. *§. vlt. infr. de curat. furioſ.* Ergo nec haberi pro tradita, ne plus poſſit fictio in caſu ficto, quàm veritas in caſu vero *l. ſi is cuius* 14. *in fin. ſupr. de interrog. in iur. faciend.* At res quæ iam ſemel tradita eſt, quamuis commodati non emptionis titulo non indiget vt iterum tradatur, nec vt pro tradita habeatur, cùm verè tradita ſit, ſed tantùm, vt cùm tradita ſit ex vna cauſa, videatur tamen tradita ea alia: quod ipſum ſola iuris poteſtate fit, nec rei præſentiam requirit. Vide *leg. ſi rem* 62. *infr. de euict.* Planè ſi non apparentis rei commodatæ nomine commodatarius aut condemnetur, aut litis æſtimationem offerat, æquum eſt commodantem cauere commodatario, vt reperiam rem dominus ei præſtet *l. is qui* 13. *in princip. l. in commodato* 17. *§. vlt. infr. hoc tit.* adeóque ei actionibus ſuis cedere, quãuis commodatarius dolum malum admiſerit, vt benè hîc notat Accurſius ex *leg. in depoſiti* 12. *infr. de re iudic.*

2 ¶ Nunc videndum eſt, quid veniat in commodati actione: vtrum dolus, an & culpa, an verò & omne periculum. Et quidem in contractibus interdum dolum ſolum, interdum & culpam præſtamus: dolum in depoſito. nam, quia nulla vtilitas eius verſatur, apud quem deponitur, meritò dolus præſtatur ſolus: niſi fortè & merces acceſſit [a]: tunc enim (vt eſt conſtitutum) etiam culpa exhibetur. aut ſi hoc ab initio conuenit [b], vt & culpam, & periculum præſtet is, penes quem deponitur. Sed vbi vtriuſque vtilitas vertitur, vt in empto, vt in locato, vt in dote, vt in pignore, vt in ſocietate: & dolus & culpa præſtatur. Commodatum autem plerumque [c] ſolam vtilitatem continet eius, cui commodatur, & ideo verior eſt Quinti Mucij ſententia exiſtimantis & culpam præſtandam, & diligentiam.

*Ad §. 2. Nunc videndum.*

RAT. DVB. Culpa cuique ſua nocere debet non alteri, ſicut factum cuique ſuum & ſua cuique mora *l. factum* 155. *leg. in condemnatione* 173. *§. pen. de regul. iur.* Quod enim quis ea culpa ſua damnum patitur nec ſentire videtur *l. quod quis* 203. *eod.* Ergo indiſtinctè dicendum eſt, ex contractu quolibet præſtandam eſſe culpam non minùs quàm dolum, non adhibita diſtinctione illa, quæ hîc adhibetur: an dantis duntaxat, an verò ſolius accipientis, an denique vtriuſque gratia contractus fiat: maximè verò ſi bonæ fidei contractus proponatur: nec enim bona fides, id eſt, æquitas patitur, vt culpa vlla ſit impunita, multo minùs verò vt culpa vnius noceat alteri, cui nihil imputari poteſt. DEC. In contractibus omnibus, etiam bonæ fidei, non minùs quàm in ſtipulationibus, ſequimur ſemper id quod actum eſt, etiamſi dictum non ſit *l. ſemper in ſtipulationibus* 34. *de regul. iur.* Pleraque enim tacitè aguntur, quæ non dicuntur *leg. pen. infr. de euict.* imò etiam nonnulla interdum extra id quod actum eſt, vt in *leg. ſi quis* 13. *in fin. infr. hoc tit.* Atqui in contractibus qui fiunt gratia dantis tantùm, vt in depoſito, aliud ſanè agitur, aliud verò in iis

qui

qui fiunt gratia ſolius accipientis, vt in commodato, aliud denique in iis, qui gratia vtriuſque. Nam cùm dantis ſolius gratia contractus ſit, an non eſſet iniquum culpam præſtari ab eo, qui in culpa non eſſet, ſi non contraxiſſet, neque rurſum contraxiſſet, ſi non alij, cum quo contraxit, magis quàm ſibi proſpicere voluiſſet? Niſi fortè velis officium ei ſuum pro culpa obiicere, quaſi non debuerit alterius gratia contrahere, potius quàm ſua, quod eſſet ridiculum *l. ſi ſeruus 61. § quod verò de furt.* Nemo enim alteri poteſt imputare factum, ex quo ipſe lucrum ſentiat *l. ſi extraneus 33. l. cùm in fundo 78. §. quod ſi mulier infr. de iur. dot.* Neque ſanè alienas vtilitates ſequi aut ambire ſuo periculo quiſquam cogitur. Planè dolum præſtare debet etiam is, qui ſolius dantis gratia contraxit, vt depoſitarius, quia dolus impunitus manere nunquã debet *l. procurator 11. §. 1 inf. de doli mali except.* Nec ſi expreſſa conuentione placuerit, vt dolus non præſtetur *leg. 1. § illud non probabis infr. depoſ.* vbi ratio redditur, quia hæc conuentio contra bonam fidem eſt, & contra bonos mores. Quamuis placeat valere conuentionem, ne depoſiti agatur, quę in effectu idipſum continet, ne dolus præſtetur *l. ſi vnus 27. §. illud nulla ſup. de pact.* nimirum in hoc caſu, vt & in aliis pleriſq;, expreſſa nocent, non expreſſa non nocẽt, vt habet iuris regula. Non autem quemadmodum bonæ fidei dolus opponitur, ita etiam culpa, ſed diligentiæ, vt in quo gradu negligentiæ quiſque eſt, in eodem gradu ſit culpæ, nihil enim vetat eſſe quem in culpa, & nihilominus probum virum. Eſt autem triplex gradus culpæ, latæ, leuis & leuiſſimæ, ſicuti tres ſunt gradus diligentiæ, exactiſſimæ, cui opponitur culpa leuiſſima, exactæ, cui opponitur leuis, & minimæ aut nullius omnino diligentia, cui lata culpa, vt ſcripſimus in *Error. 1. decad.* 76. E contrario ſi contractus celebratus ſit gratia ſolius accipientis, vt euenit in commodato, id agi tacitè intelligitur, vt qui accipit, teneatur de omni culpa, quia omnem diligentiam præſtare debeat. Nec enim de eo poteſt is conqueri, qui totum commodum ex contractu ſentit, vt ad quem totum commodum pertinet, etiam totum pertineat incommodum *l. ſecundùm naturam 11. de regul. iur.* Neque ferendus eſt, qui lucrum quidem ex contractu captat, damnum autem ſubire recuſat *leg. vnic. §. pro ſecundo Cod. de caduc. tollend.* Conſequens igitur eſt, vt ſi gratia vtriuſque celebratus ſit contractus, quod euenit regulariter, vt in emptione, locatione, dote, pignore, & ſocietate (ſi modò æquè principaliter, non ſi ex poſtfacto & per accidens, vt in *leg. ſi quis nec cauſam 4. leg. rogaſti 11. ſupr. de reb. credit.*) non tantùm dolus præſtandus ſit, ſed etiam culpa, nec ea tantùm lata, quæ etiam dolo æquiparatur, ſed etiam leuis, quæ media eſt inter latam & leuiſſimam, non tamen leuiſſima: quia & hoc quoque agi tacitè intelligitur. Qua enim fronte diligentiam exactiſſimam ab aduerſario deſideraret is, cuius etiam gratia initus contractus fuerit? Et ita ex hoc §. explicandum eſt quod ſcribitur in *leg. contractus 23. infr. de regul. iur.* Eadem diſtinctio & iuris ratio locum habet in quaſi contractibus, vt tutelæ & negotiorum geſtorum.

a *Niſi fortè & merces acceſſit.* RAT. DVB. Commodatum gratuitum eſſe debet §. *item is cui in fin. Inſtit. quib. mod. re contr. oblig.* Alioqui degenerat in locationem, ſi merces accedat, vt ibidem ſcriptum eſt. Eademque ratio eſt depoſiti *l. 1. §. ſi quis ſeruum 9. inf. depoſ.* Ergo ſiue de commodato agatur, ſiue de depoſito, vt in hoc §. non poteſt locum habere exceptio hæc *niſi merces acceſſit.*

DEC. Merces, quæ locationis ſubſtantiam conſtituit, & quæ propriè merces appellatur, conſiſtere debet in pecunia numerata, ſicut & pretium, quod conſtituit ſubſtantiam emptionis *leg. 1. de contrah. empt. leg. 1. de rerum permutat.* Hæc autem exceptio intelligenda eſt de mercede, quæ impropriè ſit merces, & quæ conſtituta ſit in alia re, quàm in pecunia numerata, vt in *dict. §. ſi quis ſeruum.* Id enim duntaxat agit Vlpianus in hoc §. vt diſtinguat, an depoſitum factum ſit gratia ſolius deponentis, an verò etiam gratia depoſitarij, cui pro cuſtodia rei depoſitæ aliquid extra pecuniam numeratam datum vel promiſſum ſit, vt priore caſu dolus ſolus præſtandus ſit, poſteriore verò etiam culpa *leg. qui mercedem 40. infr. locat.* Quanquam vix eſt, vt hoc fiat, quin contractus depoſiti tum quoque cùm in contractum locationis degenerare non poteſt, in alium tamen contractum innominatum degeneret, ex quo naſcatur actio præſcriptis verbis, potius quam depoſiti, vt in *dict. §. ſi quis ſeruum*, vbi tamen adhibetur diſtinctio, ſecundùm quam hic verſiculus intelligi proculdubio debet. Iunge § *nunc videndũ 11. ver. rem tibi dedi inf.*

b *Aut ſi hoc ab initio conuenit.* RAT. DVB. Conuentio in contractu appoſita non valet, ſi ſit contra naturam contractus *leg. vbi ita donatur 27. infr. de mort. cauſ. donat. leg. cùm precario 12. infr. de precar.* Atqui eſt ex natura actionis depoſiti, vt in ea dolus ſolus præſtandus ſit, quia contractus depoſiti ſit gratia ſolius deponentis, non etiam depoſitarij, vt proximè diximus. Ergo etiamſi ab initio conuenerit, vt culpam quoque præſtare depoſitarius debeat, dicendum eſt, nullius momenti eſſe pactionem, quaſi naturæ depoſiti contrariam. Idémque multo magis dici poteſt, ſi conuenit, vt non modò culpam, ſed etiam periculum omne depoſitarius præſtet. Id enim eſt contra iuris regulam, quæ periculum caſuum fortuitorum à nemine vult præſtari *dict. leg. contractus 23. in fin. de regul. iur.* cùm ad dominum potius pertinere debeat *leg. quæ fortuitis 6. leg. pignus 9. Cod. de pignorat. action.* vt ſua cuique res pereat, non alteri. Priuatorum autem pactiones legum authoritate cenſeri nec poſſunt, nec debent *leg. vltim. inf. de ſuis, & legit. leg. 3. Cod. de collat. leg. hereditas 5. Cod. de pact. conuent. tam ſup. dot.*

DEC. Contractus ex conuentione legem accipiunt, vt eſt in regula vtriuſque iuris & ciuilis & Pontificij, *cap. contractus de regul. iur. in 6. leg. 1. §. ſi conuenit infr. depoſit.* legem, inquam, id eſt, naturam, quamuis non ſubſtantiam. Ergo ſi quid ab initio conuenerit, etiam contra naturam contractus ratum id habendum eſt, dum ne contra ſubſtantiam *l. pacta conuenta 72. inf. de contra. empt.* Multum enim differt natura cuiuſque contractus à ſubſtantia. Natura verſatur circa præſtationes, quæ ſua ſponte veniunt ex contractu, vt in *d. l. pacta & d. §. ſi conuenit*, & *hoc §.* ſubſtantia verò circa ea quæ eſſentiam contractus conſtituunt, vt alibi ſcripſimus, & ſcribemus *ad d. l. pacta conuenta*, contra interpretationem Cuiacij ad illum locum. Quamquam ſi verum amamus, cùm conuenit in depoſito, vt non tantùm dolus, ſed etiam culpa, adeoque periculum ipſum præſtetur, pactum hoc non tam contra quàm præter naturam contractus eſt. Quod longè

tutoris authoritate naturaliter obligetur *l.1.in fin.de nouat.l.Stichum aut Pamphilum 95.§.aliquando & §.naturalis de ſolut.* licèt non iure naturali *l.quod pupillus 41.ſupr.de condict.indeb.l.antep.de oblig.& act.* Idque ex eo apparet euidentiùs, quod ex hac cauſa etiam pupillus fideiuſſorem dare poteſt *l.1.inſr.de fideiuſſ.* iunct. *l.is cui bonis 6.de verb oblig.* Sed obligatio naturalis ſi non etiam ciuilis ſit, actionem nunquam parit, ſed tantùm exceptionem, retentionem, deductionem & compenſationem *d.l.iuris gentium §.ſed cùm nulla l.3.§.vlt.ſupr.quod quiſq.iur.l.etiam 6.inſr.de compenſat.l.ſed ſi damnum 9.§.peculiũ & paſſ.inſr. de pecul.d.§.aliquando.* Nos autem de commodati actione loquimur, quæ ciuilem obligationem neceſſariò exigit & præſupponit. Itaque nil neceſſe eſt cum Accurſio & Bartolo hunc §. reſtringere ad eum pupillum, qui vel adhuc infans ſit, vel cum tutore ipſo contraxerit, quaſi pupillus his ſolis caſibus nec ciuiliter nec naturaliter obligetur, cæteris verò caſibus obligetur etiam iure naturali: quod tamen ridiculum eſt, & à nobis confutatum ſępius, præſertim ad *leg.contra 28.ſupr.de pact.l.vltim.ſupr.de iureiur.l.naturaliter 13.§.vltim.& d.l.quod pupillus ſupr. de condict.indeb.* Cæterùm quid intereſt quærere, an pupillus obligetur naturaliter, adeóque iure naturali, necne, cùm non eo magis teneri poſſit actione commodati, ſi non etiam ciuiliter obligetur? vt in *l.3.inſr.*

2. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

NEc in furioſum commodati actio danda eſt, ſed ad exhibendum aduerſus eos dabitur.[a], vt res exhibita vindicetur.

*Ad l. Nec in furioſum 2.*

RAT. DVB. & DEC. iam propoſita eſt ad §. *vltim. legis præcedentis.* Eadem namque in omnibus ferè ratio eſt pupilli & furioſi, cùm de obligandis iis tractatur, niſi quòd pupillus ſine tutoris authoritate contrahens obligatur tamen naturaliter, vt proximè diximus: furioſus verò nec ſi cum ſui curatoris authoritate contrahat, obligatur ciuiliter, adeóque nec naturaliter: multo minùs ſi curatoris authoritas non interuenerit *leg.in negotiis 5.de reg.iur.* Quare nec in furioſo poſſis addere, quod Vlpianus proximè addidit in pupillo *vſque adeò vt etiamſi dolum & culpam admiſerit, hac actione non teneatur.* Non enim poteſt dolum, aut culpam vllam admittere furioſus, quandiu furioſus eſt, cùm ſuæ mentis non ſit, nec conſentire vnquam poſſit, qui nec ſentire intelligitur *leg.ſi tibi 8.§.vnius inſr.de opt.legat.* Planè impuberi commodatario qui poſteà pubes factus dolum aut culpam admiſerit, benè comparabitur furioſus, qui ad ſanam mentem reuerſus dolum quoq; aut culpam admiſerit in re commodata: nam & hoc caſu verum eſt furioſum etiam ad ſaniores mores reuerſum actione commodati teneri non poſſe, quia ab initio neque commodatum, neque commodati actio conſtitit. Ratio autem differentiæ inter furioſum & pupillum illa eſt, quòd pupilli iudicium ſuppleri per tutorem poteſt, iudicium autem quod furioſo deeſt, non æquè ſuppleri poteſt per curatorem. Hoc ipſum verò, quoniam certum eſt ætatem allaturam eſſe pupillo iudicium, non etiam reſipiſcentiam furioſo, vt alibi docuimus.

a *Sed ad exhibendum aduerſus eos dabitur.* RAT. DVB. Plus eſt teneri pupillum aut furioſum aliqua actione ſiue ciuili, ſiue honoraria, quàm obligari eos ciuiliter. Eſt enim ciuilis actio effectus obligationis ciuilis. Ergo ſi verum eſt, vt eſt, neq; pupillum neq; furioſum obligari poſſe ciuiliter abſque tutoris vel curatoris authoritate, nec illud ferendum eſt, vt actione ad exhibendum conueniri poſſint. DEC. Longè alia ratio eſt actionis ad exhibendum, alia verò actionis commodati. Etſi enim vtraque actio in perſonam eſt *l.3.§.1.ſupr.ad exhibend.* actio tamen commodati naſcitur ex contractu, & ex obligatione, quæ contra pupillum ſine tutoris authoritate naſci nulla potuit. Actio autem ad exhibendum nõ niſi ex præſenti poſſeſſione perinde ac vindicatio *l.non alias 24.§.ſed ſi poſtulatur ſupr.de iudic.* aut ſaltem ex dolo qui pro poſſeſſione ſit *l.ſi ad exhibendum 8.& paſſ.ſupr. ad exhib.* Ergo mirum non eſt & pupillum & furioſum, qui commodati actione teneri non poſſunt, teneri tamẽ actione ad exhibendum, ſcilicet cùm poſſident. Non enim addendum eſt *aut cùm dolo deſierunt poſſidere,* quia non adiectio hæc cadere in furioſum, quippe qui doli capax nunquam ſit quandiu furioſus manet: cadit tamen in pupillum, ſed in eum demum qui ſit proximus pubertati, vt diximus ad *§.vlt.l.1.ſupr.ex l.heredibus 13.ſupr.de dolo l.pupillum 11.de reg.iur.*

3. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

SEd mihi videtur, ſi locupletior pupillus factus ſit, dandam vtilem commodati actionem ſecundùm Diui Pij reſcriptum.

*Ad l. Sed mihi videtur 3.*

RAT. DVB. Pupillus ideò non obligatur ex contractu abſque tutoris authoritate, quòd non tanto iudicio polleat, quanto eſt opus ad contrahendam obligationem ciuilem, vt diximus ad *§.vlt.l.1.ſupr.ex l.obligari 9.de author.tutor.l.pupillus 9.cum l.praeced.de acquir.hered.* Atqui quòd locupletior ſit ex commodato, non facit eum prudentiorem, maioriſque iudicij. Ergo non eo magis obligari poteſt ex cauſa commodati, nec conſequenter cõmodati actione teneri. DEC. Iure naturæ iniquum eſt fieri quem locupletiorem ex aliena iactura *l.iure naturæ 206.de reg.iur.l.nã hoc natura 14.ſupr.de condict. indeb.* Nec tantùm ad inducendam naturalem obligationem prodeſt hæc ratio, ſed etiam ad inducendam ciuilem, non enim poſſet auferri poſſeſſori id ex quo factus eſſet locupletior, ſi non actio ciuilis aliqua, vel directa, vel ſaltem vtilis in eam-

rem competeret. Nam nec obligatio naturalis parit vnquam retentionem, quæ ſine actione nunquam eſſe poteſt, ſed tantùm retentionem, niſi cùm ciuilis actio mixta eſt naturali *l. naturales 10. infr. de oblig. & act. l. fideiuſſor 16. §. naturales de fideiuſſ.* Meritò igitur Diuus Pius reſcripſit dandam eſſe vtilem actionem in pupillum locupletiorem quoquomodo factum, ſiue ex cauſa commodati, ſiue ex alia qualibet *l. 3. §. pupillus*, aut vt Cuiacius legit, *pupilli l. ſi pupilli 6. in princip. l. Neſennius 34. ſupr. de negot. geſt. l. eatenus 10. infr. de inſtit. act. l. pupillus 5. in princip. & §. 1. infr. de author. tutor.* In propoſita autem ſpecie vtilem commodati actionem dandam eſſe Vlpianus ait, vt intelligamus actionem hanc à Diuo Pio inductam non eſſe merè datiuam, vt quidam putant, ſed inſpecto initio etiam natiuam. Naſcitur enim ex contractu commodati, alioqui nec commodati actio poſſet dari contra pupillum factum ex commodato locupletiorem. Poſt reſcriptum autem Diui Pij comparatur pupillus locupletior factus pupillo doloſo *l. 1. §. an in pupillum. infr. depoſ.* quòd non poſſit abeſſe dolus aut ex propoſito, aut ſaltem in re ipſa, cùm quis ex aliena iactura locupletari vult. Sed tamen differentia in eo eſt, quòd contra pupillum doloſum competit actio commodati directa, at contra pupillum locupletiorem factum non niſi vtilis. Deinde in pupillo doloſo diſtinguimus an ſit proximus pubertati, quia nec aliter doli capax eſſe poteſt: at in pupillo facto locupletiore non diſtinguimus, quamuis Accurſius & Bartolus diſtinguant, quia non magis infans aut pupillus, qui cum tutore ſuo contrahit, locupletari ex aliena iactura poteſt, quàm alius pupillus quilibet aut furioſus *l. furioſus 46. infr. de oblig. & action.* Quærunt autem interpretes, quando pupillus locupletior factus eſſe videatur. Placet valde quod Ioannes dicebat, in pupillo qui rem ſibi neceſſariam emit, videri eum locupletiorem factum hoc ipſo quod non eſt factus pauperior, ex *l. in pupillo 47. infr. de ſolut.* Sed extra hanc cauſam non aliter videri pupillum locupletiorem factum eſſe, quàm ſi rem ſuam auxerit, diſtracta fortaſſis re commodata & precio in vtilitatem ſuam conuerſo, aut etiam ſi rem commodatam penes ſe habeat, nec velit illam reddere. An non enim hoc agit, vt ex aliena iactura fiat locupletior, rem alienam retinendo? Quamuis enim poſſit ei res auferri per vindicationem, ſi appareat, & ſit præſens, eo ſcilicet caſu quo ſit dominus ille, qui commodauit, non tamen poteſt, aut debet ea res tollere perſonalem actionem commodati tanquam vtiliorem, ſi fortè actori facilius ſit probare commodatum quàm rei commodatæ dominium, quod tamen in vindicatione probandum neceſſariò eſt, & cuius probatio difficillima eſſe ſolet *§. commodum. Inſtit. de interdict.* Deinde quid ſi commodata ſit res aliena? Nam & rem alienam commodari poſſe conſtat. Quo tamen caſu, cùm vindicatio ei qui commodauit, accommodari nequeat, tantò magis æquum & neceſſarium eſt ipſi ſubueniri per actionem perſonalem commodati, ne ex eius damno pupillus locupletetur. Nam & eadem ferè ratio facit, vt ſi commodatarius plures heredes reliquerit, quorum vnus totius rei commodatæ reſtituendæ facultatem habeat, ſolus ille condemnari in ſolidum debeat *§. heres. infr.*

1 ¶ Si reddita quidem ſit res commodata, ſed deterior reddita: non videtur reddita, quæ deterior facta redditur, niſi quod intereſt, præſtetur. propriè enim dicitur res non reddita, quæ deterior redditur.

*Ad §. 1. Si reddita.*

Rat. dvb. Res commodata quæ redditur, licèt deterior facta reddatur, tamen redditur, quemadmodum dicere ſolemus, id quod vix fit, tamen fieri. Nec ſanè poteſt intellectu concipi, vt res iam ſemel reddita, quamuis deterior, iterum reddatur. Vnius enim rei vna tantùm redditio & reſtitutio eſſe poteſt. Ideóque ſi quis actione ad exhibendum conuentus rem exhibuerit, quamuis factam deteriorem, non tamen idcirco priſtina actione conueniri poteſt, vt eandem rem iterum exhibeat, ſed in factum actio neceſſaria eſt per quam actoris indemnitati conſulatur *l. exhibitionis 7. C. ad exhib.* aut actio de dolo ſi quid dolo malo factum ſit *l. & eleganter 7. §. non ſolùm. ſupr. de dolo*, niſi res quæ exhibetur, in alia prorſus forma exhibeatur, ita vt non eadem res alia videri poſſit *l. Iulianus 9. §. ſed etſi quis ſup. ad exhib.* Ergo eadem ratione dicendum eſt, ſi reddita ſit, quamuis deterior res quæ commodata fuerat, non ideò tamen ſupereſſe actionem commodati, quæ non ad aliud competere poteſt quàm vt res reddatur, quamuis id quod actoris intereſt, ei non præſtetur.

Dec. Non videtur propriè & ex bona fide reddita res quæ deterior reddita eſt, *l. 1. §. ſi res 16. infr. depoſit. l. in rebus 18 §. 1. infr. hoc tit.* Res enim quæ deterior fit, eatenus perit, quatenus fit deterior *l. 3. ſup. de condict. tritic.* Atqui commodati actio bonæ fidei eſt *§. actionum. Inſtit. de action.* Ergo ſi deterior reddita ſit, non eò minùs durat actio commodati, quouſque pleniſſima reſtitutio facta ſit ex bona fide. Poteſt autem fieri pleniſſima reſtitutio rei commodatæ, licèt deterioris effectæ, ſi modò præſtetur actori id quod ipſius intereſt, rem deteriorem factam non eſſe, vt quod valori & bonitati rei deeſt, ſuppleatur in pecunia, per quam ſcilicet res omnes æſtimantur, & quæ ſunt, & quæ non ſunt, dummodo fuerint, & æſtimari poſſint *l. ſi ita fideiuſſorem 42. infr. de fideiuſſ. l. in actionibus 5. verſic. planè. ſupr. de in lit. iurand.* In actionibus autem bonæ fidei etiam id quod intereſt, venit non ſolùm officio iudicis, tanquam acceſſio, ſed etiam iure actionis, vt in propoſito tanquam pars principalis debiti, ſi aliter ſatisfieri actori non poſſit: eſt enim hoc ex bona fide, ideóque per eandem actionem petitur per quam res ipſa peteretur, non per aliam, quia durat priſtina actio quandiu pleniſſimè ſatisfactum non eſt, vt Accurſius hîc notat. Alioqui non poſſet peti poſt rem redditam, ſi officio tantùm iudicis deberetur *l. 4. Cod. depoſ. l. qui per colluſionem 49. infr. de action. empt.* Quod in actionibus ſtrictis, cuiuſmodi ſunt actiones ad exhibendum, & ex ſtipulatu diuerſum eſt *d. l. exhibitionis, & d. §. non ſolùm*, quia in iis non de alio quæritur, quàm vtrum res ſit reddita, non etiam vtrum ſit reddita ex bona fide, eámque ob cauſam

ſubſidiaria in factum, vel de dolo actio neceſſaria eſt. Aliud iuris erit, ſi reddita ſit res non quidem deterior, ſed ita tamen, vt aliquid iuris ei deſit, puta ſi alij obligata proponatur, aut ſi non fuerit cautum de euictione. Tunc enim ea ipſa res, quamuis ſoluta petetur adhuc ex priſtino contractu etiam ſtricti iuris *l. Iulianus 131. §. 1. infr. de verbor. oblig. l. etiam 27. de ſolut.* quia ſcilicet ex cauſa prioris traditionis habere eam non licet, cùm poſſit euinci. Quod enim euincitur, in bonis noſtris non eſt, vt habet iuris regula *l. quod euincitur 190. de reg. iur.* Itaque nulla hac parte inter bonæ fidei & ſtricti iuris contractus differentia eſt. Sicut nec in eo quod ſi pars tantùm rei debitæ ſoluta ſit, quæ pro parte ſolui potuerit, non niſi pro alia parte ſupereſt obligatio *l. ſtipulatus ſum 9. §. 1. de ſolut. l. Manius 66. §. fundo de legat. 2.* Planè quo caſu totius rei petitio ſupereſt ex contractu bonæ fidei, poſtquàm deterior reddita eſt, non ad hoc tamen agetur, vt res iam reddita iterum reddatur, quaſi nondum reddita, ſed vt quanti actoris propter deteriorationem intereſt, ei præſtetur *d. l. Iulianus 131. §. 1. de verb. oblig.* Verbum enim *reddendi* latam habet ſignificationem *l. videamus 38. §. in Fauiana. infr. de vſur.* Et ita bene Bartolus, ac melius, aut ſanè clariùs, quàm apud Accurſium Ioannes & Azo. Obſeruandum autem eſt ex hoc §. per actionem commodati peti reſtitutionem rei commodatæ, perinde ac per vindicationem, ſed alio atque alio iure. nam per actionem commodati petitur iure contractus, per vindicationem verò iure dominij: ideóque ſi aliena res commodata ſit, non ideò minùs petetur reſtitutio ex commodato, quæ tamen per vindicationem peti non poſſet. Sed neque vindicatio ſupereſt, ſi res quæ vindicabatur, reſtituta ſit ſiue deterior, ſiue ita vt iuri eius aliquid deſit, ſed cautionibus interpoſitis ſecuritati & indemnitati actoris conſulitur arbitrio iudicis, quoniam arbitraria actio eſt, in eóque differt à cæteris actionibus non tantùm bonę fidei, ſed etiam ſtricti iuris *l. ſi poſt acceptum 18. & ſeq. ſupr. de rei vindic.* ne forrè cum vulgo interpretum putes arbitrarias actiones ſui natura ſtrictas eſſe, nec niſi ex poſtfacto & ex accidenti degenerare in arbitrarias, quod nos refutauimus ad *tit. de eo quod cert. loco.*

2 ¶ In hac actione, ſicut in cæteris bonæ fidei iudiciis, ſimiliter in litem iurabitur: vt rei iudicandæ tempus quanti res ſit, obſeruetur. quamuis in ſtricti iuris, litis conteſtatæ tempus ſpectetur.

*Ad §. In hac actione 2.*

Habet hic §. duas ſententias. Prima eſt, in actione commodati, ſicut in cæteris bonæ fidei iudiciis ſimiliter in litem iurari. Altera eſt, rei iudicandæ tempus quanti res ſit obſeruari, quamuis in iudiciis ſtrictis, litis conteſtatæ, tempus ſpectetur. Prima pars illam dubitandi rationem habet, quòd per actionem commodati actor rem repetit, non quaſi ſuam, vt in vindicatione, ſed quaſi commodatam, vt proximè ſcripſimus: ideóque etiam aliena res commodata per hanc actionem petitur, quia naſcitur ex contractu *l. commodare 15. & ſeq. infr. hoc tit.* Atqui ratio inducendi & concedendi iuriſiurandi in litem tota in eo eſt, ne alioqui inuitus dominus re ſua carere, eámque ſiue iuſto ſiue iniuſto precio vendere cogatur *l. ſi filiofamilias 25. §. 1. infr. ſolut. matrim. l. non enim 9. rer. amot. l. tutor 8. ſupr. de in lit. iur.* Ergo in actione commodati non eſt deferendum actori iuſiurandum in litem, nec ad rem pertinet quod actio commodati ſit bonæ fidei *§. actionum. Inſtit. de action.* Nam & actio ex empto quæ emptori datur contra venditorem ad rem tradendam, æquè bonæ fidei eſt *d. §. actionum. l. tenetur 6. §. vltim. & paſſ. infr. de action. empt.* nec tamen in ea iuratur in litem, nec ſi dolo & procacia venditoris fiat, vt res vendita non tradatur, ſed officio iudicis id quod emptoris intereſt æſtimatur *l. ſi cùm fundum 68. §. vlt. infr. de contrah. empt. l. ſi traditio 4. C. de action. empt.* non alia de cauſa, quàm quia emptor qui actione ex empto petit rem venditam, rem vtique alienam petit necdum factam ſuam *l. quod vendidi 19. infr. de contr. empt. §. vendita. Inſt. de rer. diuiſ.* de quo ſcripſimus pluribus *lib. 6. Coniect. iur. ciuil.*

Decid. In omnibus actionibus bonæ fidei per quas actor rem ſuam petit, licèt non quaſi ſuam, ſed quaſi ſibi debitam, iuratur in litem, eâdem ſcilicet æquitatis ratione, ne actor rem ſuam vendere inuitus iuſto precio compellatur *l. nec quaſi 70. l. eius rei 46. ſupr. de rei vindic. l. in actionibus 5.* vbi dixi *ſupr. de in lit. iur.* Ergo ſi quis rem ſuam quam commodauerat, per hanc actionem repetat, quæ bonæ fidei eſt, nec ea reddatur, idque dolo malo vel lata culpa commodatarij, permittendum ei eſt, vt iureiurando ſuo litem æſtimet, & quanti ſua intereſt. Planè ſi aliena res commodata ſit, fatendum eſt, non poſſe iurari in litem, non magis quàm in actione empti. Diſtinguendum igitur neceſſariò eſt in actione commodati, quomodo Papinianus in actione furti diſtinguit *l. ſi vendidero 80. §. 1. infr. de furt.* an deferatur iura dominij, an ex alia cauſa, vt priore tantùm caſu admittatur iuſiurandum in litem, non etiam poſteriore. At difficilius eſt, quod in ſecunda huius §. ſententia ex parte proponitur in hac actione commodati, ſicut in cæteris bonæ fidei iudiciis, rei iudicandæ tempus ſpectandum eſſe in rei debitæ ineunda æſtimatione, cùm tamen in ſtricti iuris iudiciis tempus litis conteſtatæ ſpectetur. Difficultatis materiam interpretibus illud præbet, quòd putant, in bonæ fidei actionibus adeóque in ſtrictis incipere æſtimationem rei creſcere à tempore morę ad tempus vſque rei iudicandæ, idque ſiue à litis conteſtatione mora incipiat, ſiue ab interpellatione iudiciali, quæ vt fieri ſolet, conteſtationem præceſſerit, ſiue à medio tempore inter litis conteſtationem & ſententiam, quod interdum accidit, vt in *l. 3. in princip. infr. de vſur.* Ita namque intelligunt, quod ſcriptum eſt in *l. 3. §. ſi per venditorem, & in l. ſi ſterilis 21. §. cùm per venditorem. infr. de action. empt.* ſpectandum eſſe vtro tempore pluris fuerit res vendita, an tempore moræ an condemnationis ſcilicet, vt æſtimari res debeat quanti plurimi vnquam fuerit à tempore moræ ad tempus vſque rei iudicatæ. Item quod ſcriptum eſt in *l. vinum 22. ſupr. de reb. credit. l. vlt. ſupr. de condict. tritic. l. quoties 59. infr. de verbor. oblig. l. hominem 37. infr. mandat.* in iudiciis ſtrictis inſpici tempus litis conteſta-

conteſtatæ ſcilicet, inquiunt, niſi mora aliqua litis conteſtationem præceſſerit, ne alioquin debitori fruſtratio ſua proſit *dict. l. hominem.* Item quod ſcriptum eſt in *l. re furtiua 8. §. 1. ſupr. de condict. furt.* in condictione furtiua, quæ ſtricti iuris eſt, id tempus ſpectari quo res vnquam plurimi fuerit, ita tamen vt æſtimatio non egrediatur retrorſum iudicij accipiendi tempus *l. 2. §. quæſitum infr. de priuat. delict.* quaſi id ſcriptum ſit ad differentiam aliarum actionum ſtricti iuris, vt in cæteris omnibus æſtimatio quanti plurimi poſſit egredi retrorſum tempus litis conteſtatæ, & retrotrahi ad tempus vſque moræ, ſi qua præceſſerit conteſtationem. Hinc nimirum tot diſtinctiones, & ſubdiſtinctiones ad hunc §. congeſtæ à Bartolo, an rei æſtimatio ſeu intereſſe (confundit enim hæc duo quaſi ſynonyma) petatur iure obligationis, aut principaliter conſtitutæ, vt in *l. fundum Cornelianum 28. infr. de nouat. dict. l. hominem mandat* aut ſubrogatæ, vt in omnibus faciendi obligationibus, ex *l. ſi Calendis 11. l. ſi quis ab alio in fin. de re iudic. l. cùm ſtipulatus ſim 113. §. vlt. de verb. oblig.* an verò officio iudicis, & rurſum an hoc caſu veniat declarandum per iuſiurandum actoris in litem, an per alias probationes, vt ſi per iuſiurandum in litem habeat locum hic §. & differentia quæ in eo ponitur inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris: ſi verò per alias probationes ſubdiſtinguendum ſit, an propter culpam debitoris veniendum ſit ad æſtimationem, an propter moram: vt ſi propter culpam, ſiquidem res extet, inſpiciatur tempus condemnationis: ſi verò extare deſierit, ſpectetur tempus moræ *d. l. pen. de condict. tritic.* Si verò propter moram incipiat æſtimatio creſcere à tempore moræ, ſiue mora incipiat ante litem conteſtatam, vt in *dict. §. ſi per venditorem*, ſiue ab ipſa conteſtatione *dict. l. 3. de vſur.* ſiue medio tempore inter litis conteſtationem & ſententiam, vt in *l. ſi quis inficiatus 13. infr. depoſit.* Quæ tamen omnes diſtinctiones & ſubdiſtinctiones pugnant euidenter cum iis ipſis omnibus legibus, quas Bartolus adducit: quarum nulla eſt, quæ æſtimationis quanti plurimi mentionem faciat, exceptis illis, quæ de furtiua condictione loquuntur, in qua ſpeciale eſt odio furtis, vt nõ hoc aut illud tempus præciſè ſpectari oporteat, ſed quanti plurimi res furtiua fuit à tempore litis conteſtatæ vſque ad ſententiam, non etiam à tempore moræ *d. l. 2. §. quæſitum de priuat. delict.* Cùm tamen ſi quo caſu præſtanda eſſet æſtimatio quanti plurimi à tempore moræ, maximè contra furem id recipiendum eſſet, cuius odio tam multa alia recepta ſunt contra regulas iuris *d. l. in re furtina §. 1.* vbi diximus. Concludendum ergo eſt, in iudiciis bonæ fidei æſtimari rem debitam inſpecto præciſè tempore moræ, aut condemnationis *d. §. ſi per venditorem & hoc §.* In iudiciis verò ſtrictis inſpecto præciſè tempore litis conteſtatæ, *hoc §. & dict. l. vinum d. l. vlt. de condict. tritic. d. l. hominem 37. inf. mandat. d. l. fundum 28. de nouat. d. l. quoties 59. de verb. oblig.* Excepta condictione triticaria, in qua inſpicitur præciſè tempus condemnationis *d. l. penult. de condict. tritic.* Excepta item condictione furtiua, in qua, vt diximus, æſtimatur res quanti plurimi fuit à tempore litis conteſtatæ, ad differentiam actionis legis Aquiliæ, in qua homo vulneratus aut occiſus æſtimatur quanti plurimi fuit, eo anno quo vulneratus aut occiſus eſt, *d. §. quæſitum & l. 1. l. ait lex 21. & paſſ. ſupr. ad leg. Aquil.* Sanè vltra tempus ſententiæ & condemnationis non poteſt æſtimatio creſcere, vt benè ſentit Ioannes apud Accurſium in hoc §. ex *l. vbi exigitur 8. §. 1. ſupr. de edend.* Itaque in huius §. interpretatione errat Bartolus, & quotquot cum Bartolo Gulielmi de Cuneo opinionem ſequuntur, quem huius interpretationis laudant authorem, quod ex duabus ſententiis, quæ in hoc §. continentur, vnam conflant, quaſi Vlpianus ſcripſerit, & ſenſerit in iudiciis quidem bonæ fidei tempus inſpici rei iudicandæ, in ſtrictis verò litis conteſtatæ præciſè, ſed eo tantùm caſu quo æſtimatio facienda ſit per iuſiurandum in litem non per alias probationes. Quod certè ab Vlpiani mente ac ſenſu omnino alienum eſt. duæ namque, vt initio præfati ſumus, ſententiæ ſunt, quarum vna nihil commune habet cum altera: & toto cœlo diſtat quæſtio illa, vtrum in actione commodati ſicut in aliis bonæ fidei iudiciis iuretur in litem, ab altera, cuius temporis habenda ſit ratio in ineunda rei debitæ æſtimatione, ſiue ex bonæ fidei, ſiue ex ſtricto contractu res debeatur. Nos de priore quæſtione abundè ſcripſimus ad *d. l. in actionibus de in lit. iur.* De poſteriore verò ad *d. l. vinum 22. de reb. credit. ad l. pen. & vlt. de condict. tritic. & ad dict. l. in re furtiua 8. §. 1. ſupr. de condict. furt.* Itémque in Coniecturarum *lib. 16. & in Codice noſtro ad tit. ſi cert. petat.* Sed melius in vltima parte Chiliadis noſtræ de erroribus pragmaticorum, aduerſus omnes & veterum & recentiorum interpretum opiniones. Itaque in refellendis Accurſij & Bartoli ad hunc locum commentariis non immorabimur, quos vnica littura delere melius omnino eſſet, ac expeditius.

3 ¶ Heres eius qui commodatum accepit, pro ea parte, qua heres eſt, conuenitur: niſi fortè habeat facultatem totius rei reſtituendæ, nec faciat. tunc enim condemnatur in ſolidum: quaſi hoc boni iudicis arbitrio conueniat.

*Ad §. 3. Heres eius.*

RAT. DVA. Actiones omnes perſonales, quæ contra defunctum competebant, inter heredes ipſius diuiduntur ipſo iure per legem duodecim tabularum pro hereditariis portionibus *l. 1. Cod. ſi cert. petat. l. pro hereditariis 2. & tot. tit. Cod. de heredit. action. l. ſi tibi homo 86. § ſi fundus delegat. 1. l. qui fundum 87. §. ſi tu ex parte ad leg. Falcid.* Ad differentiam ſcilicet actionum realium quæ dantur in ſolidum contra vnum ex heredibus, ſi ſolus rem, qua de agitur, poſſideat *l. 1. & 2. C. ſi vnus ex pluribus hered. debit.* Atqui actio commodati perſonalis eſt: naſcitur enim ex contractu. Ergo ſi ante factam rei commodatæ reſtitutionem deceſſerit commodatarius pluribus relictis heredibus, omnimodo dicendum eſt, teneri ſingulos pro hereditariis actionibus, nec addendam exceptionem quæ hîc additur, *niſi fortè vnus habeat facultatem totius rei reſtituendæ nec faciat.* Alioqui ſi hoc maximè inſpiciendum eſt, quis ex heredibus facultatem habeat rei reſtituendæ & pro qua parte, dicendum erit, quod in actionibus mixtis ex pœna & rei perſecutione dici ſolet, dari eas in heredes quatenus ad

dem, neque quaſi heredem habere poteſt, habet tamen dominus, æquè ac pater facultatem reſtituendæ rei ſeruo commodatæ, cùm imperare poſſit ſeruo, vt reſtituat: quod ſufficit, vt videatur dominus ipſe poſſe reſtituere *l. is qui in puteum 11. §. an ignoſcitur. infr. quod vi aut clam.*

Dec. Qui cum filiofamilias contrahit, duos habet debitores, filiumfamilias quidem in ſolidum, patrem verò de peculio *l. ſi quis cum filiofamilias 44. infr. de pecul.* Qui verò cum ſeruo contrahit, ſolum dominum habet obligatum ciuiliter ad finem vſq; peculij: ipſum verò ſeruum in ſolidum quidem, ſed tantùm naturaliter *l. nec ſeruus 41. eod. tit.* Ergo ſi quid filiofamilias vel ſeruo commodatum ſit, non niſi de peculio agi cum patre vel domino poteſt. Nec enim æquum eſt, ex contractu & facto filiifamilias vel ſerui, obligari patrem aut dominum in ſolidum, ſed tantùm de peculio, quia non quemadmodum melior condicio noſtra per filios aut ſeruos fieri poteſt, ita & deterior poteſt *l. melior 133. de reg. iur.* niſi in rem patris aut domini verſa pecunia vel eorum iuſſu contractum eſſe proponatur *Inſtit. quod cum eo, qui in alien. poteſt.* Nec quod pater filio aut dominus ſeruo imperare poteſt, vt rem commodatam reſtituat, ad rem facit. Nulla enim actio ſiue ciuilis, ſiue prætoria, ſiue ſubſidiaria contra patrem aut dominum in eam rem comparata eſt, vt filiofamilias vel ſeruo quid imperet, neque rurſum, vt quid faciat vel præſtet eo prætextu, quòd filio ſuo vel ſeruo imperare poſſit. Obligari enim quemque ex ſuo facto non ex alieno oportet. Ideóque nimirum & pater & dominus tenentur actione de peculio, quia ex eorum voluntate factum eſt, vt filiusfamilias vel ſeruus peculium habere cœperit, déque eo contraxerit *d. l. 1. §. item acquirimus infr. de acquir. poſſeſ.* Nec eſt quod de rei commodatæ aut dominio, aut poſſeſſione tractemus, cùm per commodatum neque dominium, neque poſſeſſio transferatur *l. rei commodata 8. & ſeq. infr. hoc tit.* Itaque nihil eſt, quod per filiumfamilias aut ſeruum acquiri patri aut domino poſſit, nec proinde quòd pater aut dominus actione commodati poſſit reſtituere, ſi ea conueniretur. Quòd ſi proponas rem filiofamilias aut ſeruo commodatam in eius peculio manſiſſe, tum verò pater & dominus ad reſtitutionem totius rei commodatæ tenebuntur, ſed actione de peculio, quia peculiaris res erit, non actione ſimplici & directa commodati, quia non contraxerunt, quamuis non eò magis futurum ſit, vt poſſeſſio rei commodatę acquiratur patri vel domino, quomodo in cæteris rebus peculiaribus contingeret *d. l. 1. §. item acquirimus. dict. l. 4. d. l. poſſeſſio 49. §. 1. de acquirend. poſſeſ.* Nempe quia titulus commodati non magis habilis eſt ad transferendam poſſeſſionem, quàm ad transferendum dominium, vt diximus ex *d. l. rei commodata.*

a *Cum filiofamilias autem ipſo.* RATIO DVB. Non poteſt iudicium cōſiſtere cum filiofamilias ſine authoritate patris *l. vlt. §. 1. verſic. neceſſitate. C. de bon. quæ liber.* vbi dicitur neceſſitatem imponendam eſſe patri, vt filio qui conuenitur authoritatem præſtet, ne ſine patris voluntate & authoritate videatur conſiſtere. Ergo cum vtroque agere debet is qui filium obligatum habet, non cum ſolo filio.

Dec. Filiusfamilias cùm ſit ciuis Romanus, & habeat caput in ciuitate, non minùs quàm paterfamilias *l. nam ciuium 4. ſupr. de ſtat. homin.* ſicut obligari ex omnibus penè cauſis, ita & agere & conueniri ſine patris authoritate poteſt *l. filiusfamilias 39. infrà de obligat. & action. l. iam ex contractibus 57.* vbi diximus *ſupr. de iudic.* Non eſt igitur neceſſaria patris authoritas, niſi iure nouo poſt Conſtantini & Iuſtiniani Conſtitutiones, quæ ſicuti ius filiifamilias auxerunt, facto eo capace acquirendæ proprietatis bonorum maternorum primùm, deinde aduentitiorum ita & patri vſumfructum, & actionum omnium filio competentium exercitium conceſſerunt, tanquam legitimo adminiſtratori bonorum filij; ac proinde hoc demum caſu authoritatem patris interuenire voluerunt, ſi quando filius ratione talium bonorum conueniretur. Quiſquis enim legitimum adminiſtratorem habet, non poteſt abſque eius authoritate legitimam habere perſonam ſtandi in iudicio *l. 1. & tit. Cod. qui legiti. perſon. in iud. ſtand. hab.* Sed extra has cauſas non eſt exiſtimandum immutatum quicquam fuiſſe de iure vetere, quo filiusfamilias in iudicio ſtare poterat ſine conſenſu & authoritate patris, cùm Imperatores id egerint, vt filiifamilias ius augerent, non etiam vt minuerent: quomodo bene hîc Bartolus contra Accurſium argumentatur, exiſtimantem eſſe neceſſarium conſenſum patris eo quoque caſu quo agatur de bonis, in quibus pater aut habeat vſumfructum, vel potuerit habere, ſi non repudiaſſet, quod Bartolus rectè negat.

b *Sed etſi ancillæ vel filiæfamilias.* RAT. DVB. Cùm filiæfamilias vel ancillæ res aliqua commodata eſt, faciliùs credi poteſt rem commodatam ad patrem vel dominum perueniſſe, atque ita patrem vel dominum totius rei reſtituendæ facultatem habere, quàm ſi filiofamilias aut ſeruo commodatum ſit. Nempe quia non tam faciles ſunt, & idoneæ ad negotiationem mulieres, vt rei commodatæ reſtituendæ facultatem ſibi præripiant *argum. l. penultim. ſupr. de edend. l. 3. de regul. iuris.* Ex quo fit, vt tantò minùs denegare poſſit pater vel dominus reſtitutionem rei commodatæ & quidem in ſolidum. Ergo vel hoc ſaltem caſu fatendum eſt, commodati actione teneri patrem vel dominum, non peculio tenus duntaxat, ſed in ſolidum: exemplo eius quod dictum eſt in §. præcedente, vnum ex pluribus commodatarij heredibus in ſolidum teneri actione commodati ſi totius rei reſtituendæ facultatem habeat.

Dec. Etiam filiafamilias vel ancilla peculium habere poteſt, nec vlla eſt hac parte in ſexu differentia *l. 1. §. de eo. l. & ancillarum 27.* vbi dicemus *infr. de pecul.* Neque igitur differentia aliqua eſſe debet in actione commodati, quæ ex contractu filiæfamilias vel ancillæ contra patrem vel dominum competit, vt ſcilicet accipiendo commodatum obligent patrem & dominum de peculio duntaxat non in ſolidum. Planè quin filiafamilias teneatur actione commodati in ſolidum ex proprio contractu, nemo dubitat. Verba enim illa Vlpiani *duntaxat de peculio erit agendum* excludunt quidem actionem ſolidi, ſed eam quam contra patrem vel dominum habere actor vellet, non eam quæ aduerſus filiamfamilias ipſam competit. In actione depoſiti idem iuris eſt, quod in actione commodati *l. 1. §. filiumfamilias 42. infr. depoſ.*

Digitized by Google

5 ¶ Sed non tantùm ex cauſa doli earum perſonarum, pater, vel dominus condemnatur: ſed & ipſius quoque domini, vel patris fraus dumtaxat venit: vt Iulianus libro vndecimo circa pignoratitiam actionem diſtinguit.

*Ad §.5. Sed non tantùm.*

RATIO DVBIT. In actione quidem commodati venit dolus & culpa etiam leuiſſima *l. ſi vt certo 5. §. nunc videndum. infr. hoc titul.* ſed ipſius tantùm commodatarij, non etiam alterius. Atqui cùm filiofamilias vel ſeruo res aliqua commodata eſt, ſolus filiusfamilias vel ſeruus, qui commodatum accepit, commodatarius eſt, non pater, aut dominus, quamuis & hi actione de peculio teneantur. Idcirco enim de peculio duntaxat tenentur, quia commodatarij non ſunt, alioquin in ſolidum tenerentur. Ergo de ſolius filiifamilias aut ſerui dolo malo vel culpa hoc caſu quærendum eſt, non de culpa vel dolo patris aut domini.

DECID. Actio de peculio quæ contra patrem, vel dominum datur, ex eo ipſo contractu competit, ex quo principalis actio, quæ contra filiumfamilias competit, qui contraxit, niſi quod adiectionem illam babet de peculio, vt actor intelligat non in ſolidum eam dari, ſed tantùm ad finem vſque peculij, vt dicemus ad *l.1. & paſſ. infr. de pecul.* Ergo quemadmodum filiusfamilias, qui commodatum accepit, tenetur actione commodati ſi quid in re commodata per dolum aut culpam admiſerit (de ſeruo enim tractari nihil poteſt, cum quo ſcilicet nulla actio eſſe poteſt, quandiu ſeruus eſt *l. cum ſeruo 107. de regul. iur.* neque ex antegeſto poſt ademptam libertatem *tot. titul. Cod. an ſeruum ex ſuo fact. poſt manum. ten.* ita & patrem & dominum actione commodati de peculio teneri æquum eſt ex dolo filiifamilias vel ſerui: nec enim ea res auget condemnationem, vt propter dolum illum vel culpam filiifamilias aut ſerui ſupra quantitatem peculij teneantur *l. ſi quis adfirmauit 9. alias l. ſi oleum. §. hac de dolo actio. ſupr. de dolo.* Porrò ſi ex dolo aut culpa filiifamilias vel ſerui tenetur pater aut dominus actione de peculio, quantò magis filiumfamilias teneri æquum eſt ex dolo proprio, cùm bonæ fidei actio eſt? *leg. 1. §. filiumfamilias. infr. depoſit.* non quaſi propter dolum illum pater aut dominus fiat commodatarius, ſed quia tantò plus in peculio eſſe intelligitur *l. 5. l. in bona fidei 36. infr. de pecul.* commodati enim actio bonæ fidei eſt. Nempe qui filiofamilias aut ſeruo commodat, licet cum eo ſolo contrahat, cui commodat, duos tamen ſibi obligat, eum quidem cum quo contrahit in ſolidum, ſeruum quidem naturaliter, filium autem ciuiliter, patrem verò vel dominum de peculio, vt diximus ad §. *præcedent. ex l. ſi quis 44. infr. de pecul.* Non tamen tenetur pater vel dominus etiam de culpa propria, ſed tantùm de dolo: id enim eſt quod Vlpianus ait, *ſed ipſius quoque domini vel patris fraus duntaxat venit,* vt Accurſius bene explicat in verb. *duntaxat,* ex *dict. l. in bona fides 36. l. depoſiti 38. eodem tit.* Idem in actione pignoratitia iuris eſt, vt ex Iuliano Vlpianus hîc ſcribit. Patris enim vel domini dolus ſolus auget peculium non culpa *d. l. 5. in princip. eod. tit. de pecul.*

6 ¶ Non poteſt condemnari id, quod vſu conſumitur: niſi fortè ad pompam, vel oſtentationem quis accipiat.

*Ad §. vlt. Non poteſt.*

RAT. DVBIT. Etiam ea, quæ vſu conſumuntur, ſunt in hominum commercio, adeò vt eorum quoque vſusfructus legari & conſtitui poſſit *leg. 1. & tot. tit. ſupr. de vſufruct. earum rerum quæ vſu conſum.* Atqui commodatum eſt, ex genere ac numero eorum contractuum, qui ad commercium vtiles ac propemodum neceſſarij ſunt, cùm in commodato verſetur beneficium *l. in commodato 17. §. ſicut infr. hoc tit.* beneficio autem adfici hominem intereſt hominis, vt eleganter Papinianus ait in *l. ſi venditor 6. §. 1. infr. de ſeru. exportand.* Ergo etiam id quod vſu conſumitur, commodari poteſt.

DEC. Ex contractu commodati eadem res reſtituenda eſt, quæ fuit commodata, cùm nemo rem ſuam commodando transferat eius dominium, at neque poſſeſſionem *l. rei commodatæ 8. & ſequ. infr. hoc titul.* ad vſum enim duntaxat & quidem certum ac limitati temporis fit commodatum *dict. §. ſicut.* Atqui id quod vſu conſumitur tale eſt, vt non poſſit idem reddi, cùm vſus eius conſiſtat in abuſu. Nec remedio locus eſſe poteſt, interponendæ cautionis, per quam fit vt huiuſmodi rerum quæ vſu conſumuntur, etiam vſusfructus conſtitui poſſit. Id enim authoritate Senatuſconſulti inductum eſt, de quo in *l. 1. & ſeqq. ill. tit. de vſufruct. earum rerum quæ vſu conſum.* Senatuſconſultum autem de vſufructu, & vſu tantùm earum rerum locutum eſt, non etiam de commodato: nec quemadmodum vtilitatis gratia induci potuit & debuit, vt vſufructu legato earum rerum quæ vſu conſumuntur, proprietas ipſa in legatarium transferatur, iſque non idem quod accepit, ſed tantundem reſtituere teneatur *l. ſi vini 7. eod. ill. tit.* ita & inducendum fuit vllo caſu, vt rei commodatæ proprietas in commodatarium transferatur *dict. l. rei commodatæ.* Certum igitur eſt, quod Vlpianus hîc ſcribit, non poſſe commodari id quod vſu conſumitur, niſi fortè, inquit, ad pompam vel oſtentationem eiuſmodi rerum commodatum fiat, quo caſu commodatarius iſtis rebus ſic vtitur, vt eas non conſumat, nec proinde eadem ipſa rerum corpora, quæ in commodatum accepit, reſtituere prohibetur. Itaque nihil in eo fit contra naturam & ſubſtantiam commodati. Quod autem hîc de commodato dicitur, etiam de precario dicendum videtur. Iiſdem enim ferè iuris regulis commodatum & precarium conſiſtunt: niſi

quod

quòd commodatum ſit ad certum vſum certo tempore limitatum, precariũ verò nullo certo tempore concluditur, ſed reuocabile eſt ad nutũ concedẽtis. Quæ res facit, vt earum reũ, quę vſu conſũmuntur, difficilius permitti poſſit precarium, quàm cõmodatum, vt ſcripſimus ad *l.1.§.1.ſup.* quia neq; precariũ contractus eſt, ſicuti cõmodatum. Ex quo apparet, quàm verũ ſit quod ſcripſimus in poſtrema parte *Chiliad. de error. pragm.* veſtimenta precariò dari non poſſe, ne importuna & intempeſtiua precarij reuocatione incommodato afficiaturis, qui veſtimenta precariò accepit. Neq; verò in eo abſurdi quicquam eſt, quamuis cõmodari veſtimenta poſſint, *l. ſi vt certo 5. §. quinimò 8. in fin. infr. hoc tit.* quia non ſicuti precarium ita & commodatum ad nutum concedentis & intempeſtiuè reuocari poteſt l. *in commodato 17. §. 1. inf.* Sunt enim vtiq; ex earum rerum numero, quæ vſu non tam conſumuntur, quàm deteriores fiunt. Planè ſicuti ad pompam & oſtẽtationem commodari poſſunt etiam illa, quorum vſus in abuſu conſiſtit, ita & ad pompam atque oſtentationem precariò dari veſtimenta poſſe non negauerim.

4. CAIVS libro 1. de verborum obligationibus.

SÆpe etiam ad hoc commodantur pecuniæ, vt ditis gratia numerationis loco intercedant.

*Ad l. Sæpe etiam 4.*

RAT. DVB. Pecuniæ ſunt etiam ex earum rerum numero, quæ vſu conſumuntur l.2. *l. hoc Senatuſconſultum 5. & paſſ. ſupr. de vſuf. ear. rer. quæ vſu conſum.* Ergo nec earum commodatum poteſt conſiſtere, niſi ad pompam & oſtẽtationem, vt ſcriptum eſt in 5. *vl. leg. præced.* DEC. Non poſſunt quidem commodari pecuniæ in eum vſum, per quem conſumantur, ſed in eum caſum & vſum, in quem non conſumantur, poſſunt. Non autem cõſumuntur, ſi quando ſic cõmodantur, vt dicis gratia numerationis loco intercedant, puta ſi quis rem emerit, nec de ſuo habeat, vnde ſoluat precium. Nam cùm rei venditæ dominium, non aliter in emptorem transferatur, quàm ſi precium ſolutum ſit, aut alitèr eo nomine ſatisfactum l. *quod vendidi 19. l. vt res 53. inf. de contr. empt.* intereſt plerumque emptoris habere pecuniam præſentem ſaltem ex cauſa commodati, quam ex cauſa mutui non æquè facilè habere poſſet, vt numerationis loco eam exhibeat venditori, id eſt, vt dici poſſit, & videri eam numeraſſe ad rei venditæ dominium acquirendum. Quamuis enim eandem pecuniam venditor ſubinde reddat emptori, vt eandẽ reſtituere commodanti poſſit, ſatisfactum tamen eſt ſolemnitati legis duodecim tabularum, quæ nec aliud exigit, niſi vt venditor fidem habuerit de precio *d. l. quod vendidi §. vendita Inſtit. de rer. diuiſ.* Idque eſt quod Caius ſignificat his verbis, *dicis gratia*, quod Græci exprimũt his verbis *νόμου χάριν*, aut aliter quod malo *λόγου χάριν*, id eſt, verbi gratia, vt poſſit quis dicere ſe pecuniam numeraſſe, quomodo bene Cuiacius explicat *lib. 10. Obſer. cap. 37.* quamuis ea numeratio ſimulata ſit. Non enim omnis ſimulatio deceptio eſt, quoties ſc. aut lex aut perſona, quæ contrahit ea ſimulatione contenta eſt, vt in exemplo ſupradicto iũct l *ſi vſuſfructus 66. infr. de iur. dot.* Alioqui plus valere debet quod agitur, quàm quod ſimulatè cõcipitur, vt eſt in rubrica Codicis, & ſimulata pro infectis haberi debent *l. ſi ex pretio 6. C. ſi cer. petat.* ſic in *l. 1. §. excuſantur 34. infr. de SC. Silan.* ait Vlpianus eos ſeruo Senatuſcõſulto illo excuſari, qui auxiliũ tulerunt ſine dolo malo. Nam ſi finxit ſe auxilium ferre vel dicis gratia tulit, nihil ei inquit, cõmentum hoc proderit. Eodem ſenſu ſcripſit Modeſtinus, puritatis gratia peti tutorem, qui perfunctoriè petitur, vt poſſit dicere is qui petiit ſe petiiſſe, in *l. 2. §. 1. inf. qui pet. tutor.* Malè vulgò pro *dicis* legitur hîc *ditis* quaſi pro *diuitis* quomodo Accurſius & Bartolus interpretantur. Malè item alij, vt Alciatus *lib. 4. diſpunct. cap. 15. dantis. gratia* Vide hîc diligentem adnotationem doctiſſimi Dionyſij Gothofredi.

5. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

SI, vt certo loco, vel tempore reddatur commodatum, conuenit: officio iudicis ineſt, vt rationem loci, vel temporis habeat.

*Ad l. Si vt certo loco 5.*

RAT. DVB. Quod certo loco dari debet, nec peti alio loco poteſt, niſi per actionem arbitrariam nec alio loco præſtari inuito creditore *l. 1. l. penult. ſupr. de eo quod cert. loc.* Conuẽtiones enim dant legem cõtractibus *l. 1. §. ſi conuenit 6. inf. depoſit. l. in conuentionalibus 52. de verb. obligat.* Ergo ſi cõmodatum ea lege factum ſit, vt certo loco vel tempore reddatur, eo ipſo loco & tempore omnimodo reddendũ eſt, vt proinde nil neceſſe ſit dicere, rationem loci vel temporis habendam eſſe, ſi agatur commodati. Proprium enim eſt actionis arbitrariæ, vt in ea rationẽ loci officio iudicis haberi oporteat.

DEC. Quod facit officium & arbitrium iudicis in actione arbitraria, idipſum facit ratio bonæ fidei & æquitatis in bonæ fidei iudiciis: quia tantundem in bonæ fidei iudiciis officium iudicis valet, quantum in ſtipulationibus nominatim eius rei facta interrogatio *leg. quia tantundem 7. ſupr. de negot. geſt. leg. quero 54. infr. locat.* Atquin actio commodati bonæ fidei eſt, vt ſæpius diximus ex *leg. 3. §. in hac ſupr. hoc tit. §. actionum Inſtit. de action.* Ergo ſi conuenerit, vt certo loco reddatur commodatum, poterit tamen vbique peti per actionem commodati æquè ac per arbitrariam, ſed ita vt etiam vtilitas loci æſtimanda ſit, vel pro actore, ſi per reum ſteterit, quominus ſuo loco commodatum redditum ſit, vel pro reo, ſi per actorem *leg. in bona fidei 7.* vbi diximus, *iunct. l. 2. § nunc de officio ſupr. de eo quod cert. loco.* Temporis alia ratio eſt: vtilitas enim temporis venit etiam in ſtrictam actionem *leg. quod ſi Ephesi 4. ſupr.* Quanto magis in actionem bonæ fidei?

1 ¶ Si quis hac actione egerit, & oblatam litis æſtimationem ſuſceperit: rem offerentis facit.

*Ad §. 1. Si quis hac actione.*

Rat. dvb. Commodatum non eſt titulus habilis ad transferendum dominium, adeóque nec ad transferendam poſſeſſionem *l. rei commodata* 8. *& ſeq. infr.* Commodatarius enim non ſuo nomine poſſidet, ſed commodantis *l. 3. §. ſed ſi is qui 20. infr. de acquir. poſſ.* Ergo etiamſi is qui commodauit agens actione commodati æſtimationem litis conſecutus ſit, non ideò rei commodatæ dominium in commodatarium transtuliſſe videri poteſt.

Dec. Litis æſtimatio præſtita ſimilis eſt emptioni, facitque emptionem *leg. 2 §. vltim & l. 3 infr. pro emptor. l ſi ſeruus 21. §. & ideò de euict leg ſed etſi res 9. §. 1. ſupr. de publican. leg ſi propter 22. infr. rer. amot.* Atqui emptionis titulus habilis eſt ad transferendum dominium *leg nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* adeò vt lex duodecim tabularum emptionis verbo alienationem omnem complexa ſit *l ſtatuliberi à cæteris 29. §. vltim. infr. de ſtatulib.* Ergo quemadmodum is cui res aliqua vendita eſt & tradita, fit dominus, ſi modò precium ſoluerit, aut aliter eo nomine ſatisfecerit *§. vendita Inſtit. de rer. diuiſ. l quod vendidi 19. l. vt res 53. de contr. empt.* ita & eum qui rem commodatam accepit, & commodati actione conuentus litis æſtimationem præſtitit, fatendum eſt dominum effici, quia non ex commodati titulo, ſed ex noua emptionis cauſa rem nunc habet, ita vt neque traditione noua indigeat, cùm iam ei res tradita ſit à domino, quod ſufficit, quamuis tradita ſit, ex cauſa commodati *d. l. 3. leg ſi quis rem 20. & ſequent. de acquir. poſſ ff. leg. non ſolum 35. § 1. de vſucap. §. interdum 44. Inſtit. de rer. diuiſ. leg qua ratione 9 § interdum*, ex quo locus ille ſumptus eſt *de acquir. rer. domin.* Quare non probo quod Accurſius & Bartolus hîc docent, ita demum commodatarium oblata litis æſtimatione fieri dominum, ſi res commodata præſens ſit ex *leg. eius rei 46. & ſequent. ſupr. de rei vindicat.* Tum enim præſentiam rei exigimus, cùm traditio nulla præceſſit à domino facta: quomodo contingit, cùm quis rem ſuam, nec à ſe vnquam traditam vindicat à poſſeſſore: nimirum quia titulus emptionis quantumuis iuſtus ſit, non ſufficit ad transferendum dominium, niſi ſecuta demum traditione *dict. §. vendita dict. leg quod vendidi 19. d. contr. empt. l. traditionibus 20. Cod. de pact.* Non poteſt autem traditio fingi interueniſſe, niſi eo demum caſu, quo vera interuenire potuiſſet, non autem potuiſſet tradi res abſens, quia traditio facti eſt *l. conſilio 7. §. vlt. infr. de curat. furioſ.* Ergo nec haberi pro tradita, ne plus poſſit fictio in caſu ficto, quàm veritas in caſu vero *l. ſi is cuius 14. in fin. ſupr. de interrog. in iur. faciend.* At res quæ iam ſemel tradita eſt, quamuis commodati non emptionis titulo non indiget vt iterum tradatur, nec vt pro tradita habeatur, cùm verè tradita ſit, ſed tantùm, vt cùm tradita ſit ex vna cauſa, videatur tamen tradita ex alia: quod ipſum ſola iuris poteſtate fit, nec rei præſentiam requirit. Vide *leg. ſi rem 62. infr. de euict.* Planè ſi non apparentis rei commodatæ nomine commodatarius aut condemnetur, aut litis æſtimationem offerat, æquum eſt commodantem cauere commodatario, vt repertam rem dominus ei præſtet *l. is qui 13. in princip. l. in commodato 17. §. vlt. infr. hoc tit.* adeóque ei actionibus ſuis cedere, quãuis commodatarius dolum malum admiſerit, vt benè hîc notat Accurſius ex *leg. in depoſiti 12. infr. de re iudic.*

2 ¶ Nunc videndum eſt, quid veniat in commodati actione: vtrum dolus, an & culpa, an verò & omne periculum. Et quidem in contractibus interdum dolum ſolum, interdum & culpam præſtamus: dolum in depoſito. nam, quia nulla vtilitas eius verſatur, apud quem deponitur, meritò dolus præſtatur ſolus: niſi fortè & merces acceſſit [a]: tunc enim (vt eſt conſtitutum) etiam culpa exhibetur. aut ſi hoc ab initio conuenit [b], vt & culpam, & periculum præſtet is, penes quem deponitur. Sed vbi vtriuſque vtilitas vertitur, vt in empto, vt in locato, vt in dote, vt in pignore, vt in ſocietate: & dolus & culpa præſtatur. Commodatum autem plerumque [c] ſolam vtilitatem continet eius, cui commodatur, & ideo verior eſt Quinti Mucij ſententia exiſtimantis & culpam præſtandam, & diligentiam.

*Ad §. 2. Nunc videndum.*

Rat. dvb. Culpa cuique ſua nocere debet non alteri, ſicut factum cuique ſuum & ſua cuique mora *l. factum 155. leg in condemnatione 173. §. pen. de regul. iur.* Quod enim quis ex culpa ſua damnum patitur nec ſentire videtur *l. quod quis 203. eod.* Ergo indiſtinctè dicendum eſt, ex contractu quolibet præſtandam eſſe culpam non minùs quàm dolum, non adhibita diſtinctione illa, quæ hîc adhibetur: an dantis duntaxat, an verò ſolius accipientis, an denique vtriuſque gratia contractus fiat: maximè verò ſi bonæ fidei contractus proponatur: nec enim bona fides, id eſt, æquitas patitur, vt culpa vlla ſit impunita, multo minùs verò vt culpa vnius noceat alteri, cui nihil imputari poteſt. Dec. In contractibus omnibus, etiam bonæ fidei, non minùs quàm in ſtipulationibus, ſequimur ſemper id quod actum eſt, etiamſi dictum non ſit *l. ſemper in ſtipulationibus 34. de regul. iur.* Pleraque enim tacitè aguntur, quæ non dicuntur *leg. pen. infr. de euict.* imò etiam nonnulla interdum extra id quod actum eſt, vt in *leg. is qui 13. in fin. infr. hoc tit.* Atqui in contractibus qui fiunt gratia dantis tantùm, vt in depoſito, aliud ſanè agitur, aliud verò in iis

qui

qui fiunt gratia ſolius accipientis, vt in commodato, aliud denique in iis, qui gratia vtriuſque. Nam cùm dantis ſolius gratia contractus ſit, an non eſſet iniquum culpam præſtari ab eo, qui in culpa non eſſet, ſi non contraxiſſet, neque rurſum contraxiſſet, ſi non alij, cum quo contraxit, magis quàm ſibi proſpicere voluiſſet? Niſi fortè velis officium ei ſuum pro culpa obiicere, quaſi non debuerit alterius gratia contrahere, potius quàm ſua, quod eſſet ridiculum *l. ſi ſeruus 61. § quod verò de furt.* Nemo enim alteri poteſt imputare factum, ex quo ipſe lucrum ſentiat *l. ſi extraneus 13. l. cùm in fundo 78. § quod ſi mulier infr. de iur. dot.* Neque ſanè alienas vtilitates ſequi aut ambire ſuo periculo quiſquam cogitur. Planè dolum præſtare debet etiam is, qui ſolius dantis gratia contraxit, vt depoſitarius, quia dolus impunitus manere nunquã debet *l. procurator 11. § 1 inf. de doli mali except.* Nec ſi expreſſa conuentione placuerit, vt dolus non præſtetur *leg. 1. § illud non probabis infr. depoſ.* vbi ratio redditur, quia hæc conuentio contra bonam fidem eſt, & contra bonos mores. Quamuis placeat valere conuentionem, ne depoſiti agatur, quę in effectu idipſum continet, ne dolus præſtetur *l. ſi vnus 27. § illud nulla ſup. de pact.* nimirum in hoc caſu, vt & in aliis pleriſq; expreſſa nocent, non expreſſa non nocẽt, vt habet iuris regula. Non autem quemadmodum bonæ fidei dolus opponitur, ita etiam culpa, ſed diligentiæ, vt in quo gradu negligentiæ quiſque eſt, in eodem gradu ſit culpæ, nihil enim vetat eſſe quem in culpa, & nihilominus probum virum. Eſt autem triplex gradus culpæ, latæ, leuis & leuiſſimæ, ſicuti tres ſunt gradus diligentiæ, exactiſſimæ, cui opponitur culpa leuiſſima, exactæ, cui opponitur leuis, & minimæ aut nullius omnino diligentia, cui lata culpa, vt ſcripſimus in *Error. 1. decad.* 76. E contrario ſi contractus celebratus ſit gratia ſolius accipientis, vt euenit in commodato, id agi tacitè intelligitur, vt qui accipit, teneatur de omni culpa, quia omnem diligentiam præſtare debeat. Nec enim de eo poteſt is conqueri, qui totum commodum ex contractu ſentit, vt ad quem totum commodum pertinet, etiam totum pertineat incommodum *l. ſecundùm naturam 10. de regul. iur.* Neque ferendus eſt, qui lucrum quidem ex contractu captat, damnum autem ſubire recuſat *leg. vnic. § pro ſecundo Cod. de caduc. tollend.* Conſequens igitur eſt, vt ſi gratia vtriuſque celebratus ſit contractus, quod euenit regulariter, vt in emptione, locatione, dote, pignore, & ſocietate (ſi modò æquè principaliter, non ſi ex poſtfacto & per accidens, vt in *leg. ſi quis nec cauſam 4. leg. rogaſti 11. ſupr. de reb. credit.*) non tantùm dolus præſtandus ſit, ſed etiam culpa, nec ea tantùm lata, quæ etiam dolo æquiparatur, ſed etiam leuis, quæ media eſt inter latam & leuiſſimam, non tamen leuiſſima: quia & hoc quoque agi tacitè intelligitur. Qua enim fronte diligentiam exactiſſimam ab aduerſario deſideraret is, cuius etiam gratia initus contractus fuerit? Et ita ex hoc §. explicandum eſt quod ſcribitur in *leg. contractus 23. infr. de regul. iur.* Eadem diſtinctio & iuris ratio locum habet in quaſi contractibus, vt tutelæ & negotiorum geſtorum.

a *Niſi fortè & merces acceſſit.* Rat. dvb. Commodatum gratuitum eſſe debet §. *item is cui in fin. Inſtit. quib. mod. re contr. oblig.* Alioqui degenerat in locationem, ſi merces accedat, vt ibidem ſcriptum eſt. Eademque ratio eſt depoſiti *l. 1. § ſi quis ſeruum 9. inf. depoſ.* Ergo ſiue de commodato agatur, ſiue de depoſito, vt in hoc §. non poteſt locum habere exceptio hæc *niſi merces acceſſit.*

Dec. Merces, quæ locationis ſubſtantiam conſtituit, & quæ propriè merces appellatur, conſiſtere debet in pecunia numerata, ſicut & precium, quod conſtituit ſubſtantiam emptionis *leg. 1. de contrah. empt. leg. 1. de rerum permutat.* Hæc autem exceptio intelligenda eſt de mercede, quæ impropriè ſit merces, & quæ conſtituta ſit in alia re, quàm in pecunia numerata, vt in *dict. § ſi quis ſeruum.* Id enim duntaxat agit Vlpianus in hoc §. vt diſtinguat, an depoſitum factum ſit gratia ſolius deponentis, an verò etiam gratia depoſitarij, cui pro cuſtodia rei depoſitæ aliquid extra pecuniam numeratam datum vel promiſſum ſit, vt priore caſu dolus ſolus præſtandus ſit, poſteriore verò etiam culpa *leg. qui mercedem 40. infr. locat.* Quamquam vix eſt, vt hoc fiat, quin contractus depoſiti tum quoque cùm in contractum locationis degenerare non poteſt, in aliuum tamen contractum innominatum degeneret, ex quo naſcatur actio præſcriptis verbis, potius quam depoſiti, vt in *dict. § ſi quis ſeruum*, vbi tamen adhibetur diſtinctio, ſecundùm quam hic verſiculus intelligi proculdubio debet. Iunge § *nunc videndũ 11. ver. rem tibi dedi inf.*

b *Aut ſi hoc ab initio conuenit.* Rat. dvb. Conuentio in contractu appoſita non valet, ſi ſit contra naturam contractus *leg. vbi ita donatur 27. infr. de mort. cauſ. donat. leg. cùm precario 12. infr. de precar.* Atqui eſt ex natura actionis depoſiti, vt in ea dolus ſolus præſtandus ſit, quia contractus depoſiti ſit gratia ſolius deponentis, non etiam depoſitarij, vt proximè diximus. Ergo etiamſi ab initio conuenerit, vt culpam quoque præſtare depoſitarius debeat, dicendum eſt, nullius momenti eſſe pactionem, quaſi naturæ depoſiti contrariam. Idémque multo magis dici poteſt, ſi conuenit, vt non modò culpam, ſed etiam periculum omne depoſitarius præſtet. Id enim eſt contra iuris regulam, quæ periculum caſuum fortuitorum à nemine vult præſtari *dict. leg. contractus 23. in fin. de regul. iur.* cùm ad dominum potius pertinere debeat *leg. quæ fortuitis 6. leg. pignus 9. Cod. de pignorat. action.* vt ſua cuique res pereat, non alteri. Priuatorum autem pactiones legum authoritate cenſeri nec poſſunt, nec debent *leg. vltim. inf. de ſuis, & legit. leg. 3. Cod. de collat. leg. hereditas 5. Cod. de pact. conuent. tam ſup. dot.*

Dec. Contractus ex conuentione legem accipiunt, vt eſt in regula vtriuſque iuris & ciuilis & Pontificij, *cap. contractus de regul. iur. in 6. leg. 1. § ſi conuenit infr. depoſit.* legem, inquam, id eſt, naturam, quamuis non ſubſtantiam. Ergo ſi quid ab initio conuenerit, etiam contra naturam contractus ratum id habendum eſt, dum ne contra ſubſtantiam *l. pacta conuenta 72. inf. de contra. empt.* Multum enim differt natura cuiuſque contractus à ſubſtantia. Natura verſatur circa præſtationes, quæ ſua ſponte veniunt ex contractu, vt in *d. l. pacta & d. § ſi conuenit*, & hoc §. ſubſtantia verò circa ea quæ eſſentiam contractus conſtituunt, vt alibi ſcripſimus, & ſcribemus *ad d. l. pacta conuenta*, contra interpretationem Cuiacij ad illum locum. Quamquam ſi verum amamus, cùm conuenit in depoſito, vt non tantùm dolus, ſed etiam culpa, adeoque periculum ipſum præſtetur, pactum hoc non tam contra quàm præter naturam contractus eſt. Quod longè

eſt diuerſum, ſicut & contra leges quid fieri aut pręter leges *l. necnon 28. §. quoad eius ſupr. ex quib. cauſ. maior.* Et ſanè cùm fiant contractus omnes gratia contrahentium, æquum eſt, in contractibus omnibus inſpici quod actum eſt, ac multo magis quod dictũ eſt, quandoquidem de eo quod actum, nec dictum eſt, dubitari probabiliter poteſt. an actum ſit, non etiam an actum ſit, quod expreſsè dictum eſt *l. ſemper in ſtipulationibus 34. de regul. iur.* Quorſum enim verba, niſi vt mentem & animum dicentis ſignificent? *leg. Labeo 2. infr. de ſupell. legat. leg. ille aut ille 25. §. cùm in verbis de legat. 3.* Quid enim conuenientius naturali æquitati, quàm pacta ſeruare? *l. 1. ſupr. de pact.* quid contra grauius, quàm fidem frangere? *l. 1. ſupr. tit. prox.* dummodò ſcilicet pacta neque contra leges ſint, neque contra bonos mores, neque contra Senatuſconſulta *l. iuris gentium 7. §. ait prætor ſupr. de pact. l. pacta quæ contra 6. C. eod. d. l. vlt. de ſuis & legit. d. l. 3. C. de collat. d. l. hereditas 5. C. de pact. conuent. l. 1. §. illud non probabis infr. depoſ.*

a *Commodatum autem plerumque.* Rat. dub. Commodatum ſemper gratuitum eſſe debet, vt ſuprà diximus ex §. *item is cui Inſtit. quib. mod. re contr. oblig.* Ergo ſemper fit gratia ſolius commodatarij. Dec. Aliud eſt commodatum eſſe gratuitum, aliud verò fieri cauſa tantùm commodatarij. Gratuitum eſſe cùm dicimus, excludimus mercedem, ne commodatum degeneret in locationem, aut in alium contractum innominatum: ſed nihil vetat eſſe gratuitum, & tamen fieri gratia vtriuſq; & commodantis & commodatarij. Quid enim ſi equum tibi commodauero, vt eo vtaris ad negotiationem mihi & tibi commouem? Imò verò, quod magis eſt, interdum fit commodatum gratia ſolius commodantis, quo caſu dolus ſolus à commodatario præſtatur, vt & à depoſitario §. *planè interdum,* vbi exempla ponuntur *infr. hac lege.* Extra hos caſus, id eſt, ſi neque ſolius commodantis, neque vtriuſque gratia commodatum ſit, ſed ſolius cauſa commodatarij, præſtare debet commodatarius non modò culpam, ſi quid fortè fecerit in re commodata quod non debuerit, ſed etiam diligentiam, & quidem exactiſſimam, vt nihil omittat ex iis quæ diligentiſſimus paterfamilias facere debuit, *d. §. item is cui quib. mod. re contr. oblig.* Nec enim ſufficit ei diligentem eſſe ad eum modum quem hominum natura deſiderat *l. quod Nerua 32. infr. depoſit.* cùm teneatur de omni culpa etiam leuiſſima, cui opponitur, vt diximus, exactiſſima diligentia, quæ tamen in hoc §. dicitur ſimpliciter diligentia, vt & in *d. l. contractus 23. de reg. iur.* quia ſicuti culpam ſimpliciter cùm dicimus, leuem intelligimus, quæ oppoſitam habet exactam diligentiam, ita & cùm poſt nomen culpæ ponunt Iureconſulti nomen diligentiæ, & exactiſſimam diligentiam intelligunt, quæ leuiſſimæ culpæ opponatur. Scripſimus in *Error. 1. decad. 76.*

3 ¶ Et ſi fortè res æſtimata data ſit, omne periculum præſtandum ab eo, qui æſtimationem ſe pręſtaturum recepit.

*Ad §. 3. Et ſi fortè res æſtimata.*

Rat. dub. Cuiuſque rei periculum pertinet ad dominum *l. quæ fortuitis 6. l. pignus 9. C. de pignor. act. l. contractus 23. in fin. de regul. iur.* Atqui dominium rei commodatæ nunquam pertinet ad commodatarium, in quem ſcilicet neque dominium, neque poſſeſſio ex commodati titulo transferri poteſt *l. rei commodatæ 8. & ſeq. infr. hoc tit.* Vnde eſt quod etiam rem alienam commodare poſſumus *leg. commodare 15. & ſeq. eod.* Ergo quamuis res commodata æſtimata data ſit, non ideò tamen periculum pertinere debet ad commodatarium, quandoquidem non eo minùs res manet commodata quòd æſtimata ſit, cùm æſtimatio non tollat, nec mutet contractum, cui adiicitur *leg. cùm duobus 52. §. damna infr. pro ſocio.* Neque verò valet conuentio, vt quis de omni caſu fortuito teneatur niſi ſpecialiter caſus expreſſi ſint, de quibus teneri quis velit *l. ſed et ſi quis 4. §. quæſitum ſupr. ſi quis caution.* Nec rurſum quęlibet ęſtimatio facit emptionem, vt conſtat ex *l. 1. §. vlt. infr. de æſtimat. act. l. cùm duobus 52. §. ſed vtrum & §. damna infr. pro ſocio. l. plerunq. 10. in princip. & §. vlt. cum l. ſeq. infr. de iur. dot. l. ſi inter 21. C. eod. l. ſi gratuitam 17. in fin. de præſcript. verb.* Sanè cùm æſtimatio facit emptionem, nemo dubitat, quin tranſeat periculum in accipientem *l. quæro 54. §. vlt. & l. 3. infr. locat. l. quoties 16. de iur. dot. l. æſtimatis 50. infr. ſolut. matr. l. vnic. §. cùmque ex ſtipulatu Cod. de rei vxor. act.* Quia & per emptionem tranſit et periculum in emptorem *l. neceſſario 8. infr. de peric. & commod. rei vendit. l. 1. C. eod. §. cùm autem Inſtit. de empt. & vendit.* dummodò certa ſit æſtimatio *l. quædam 96. §. ſi tibi de legat. 1.* quia & precium certum eſſe debet ad conſtituendam emptionem §. *precium Inſtit. de empt. & vendit.* Atqui cùm res commodata traditur æſtimata, certum eſt non ideò fieri ex commodato emptionem, ſed manere contractum commodati. Ergo nec idcirco tranſit omne periculum in commodatarium, niſi id expreſsè dixerit, vt in §. *præcedente.* præſertim cùm poſſit imputari commodanti, cur non dixerit legem apertiùs, ex regula *leg. veteribus 39. ſupr. de pact. l. Labeo ſcripſit 21. infr. de contr. empt.* Dec. Æſtimationis proprium illud eſt, vt faciat emptionem, niſi cùm aut voluntas contrahentium repugnat, aut natura negotij. Voluntas contrahentium repugnat, quoties conuenit, vt eadem ipſa res quæ æſtimata eſt, aliquando reddatur, vt in ſpecie *dict. leg. ſi inter 21. C. de iur. dot. l. æſtimatis 50. infr. ſolut. matrim.* Tunc enim apparet ideò factam æſtimationem, ne ſi ſpecies aliqua fuiſſet diminuta aut perdita alio precio quàm quo taxata fuerat, repoſceretur, vt ſcriptum eſt in *dict. leg. ſi inter.* Ex quo loco apparet non magis reddi poſſe deterioratam rem quàm perditam, cùm nec videatur reddi res, quæ deterior redditur *leg. 3. §. ſi reddita ſupr. hoc tit. leg. 1. §. ſi res depoſita 16. infr. depoſit. dict. leg. 1. §. vltim. de æſtimat. act.* niſi cùm conuenit, vt eadem ipſa corpora, quæ æſtimata ſunt, omnimodo reddantur, vt in *dict. leg. ſi inter.* ac proinde verum eſſe quod nos docuimus *lib. 7. Coniect. cap. 5.* legendum eſſe *nec* pro *&* in *leg. ſanè 11. infrà eod. ill. tit. de iur. dot.* Pendet enim lex illa ex §. *vltim. legis præcedentis*, vbi proponebantur res in dotem datæ æſtimatæ, ſed eo pacto adiecto, vt vel eædem res, vel earum precia redderentur. In quo euidenter errat Bartolus, diſtinguens rem peremptam à deteriorata, quaſi deteriorata res poſſit reddi, non etiam illa, quæ perempta eſt. Quod certè falſum eſt: cuius enim periculo res pereunt, eius quoque periculo deteriores fiunt *dict. leg. cùm dotem & dict. leg. 1. §. vltim. de æſtimat. action.*

& d. l.

*& d.l.ſi inter.* Sed ignoſcendum eſt Bartolo, quem corrupta illius legis lectio fefellit. Repugnat etiam interdum naturę negotij, ne æſtimatio poſſit facere emptionem: vtputa ſi ſocietatis contrahendæ cauſa ſint data paſcenda pecora, eáque æſtimata. Non enim poſſunt ideò videri vendita, cùm per ſocietatem id agatur, vt dominium communicetur, per emptionem verò vt transferatur: ideóque pro ſocio actio durat, ſi quid fortè dolo malo, aut culpa eius acciderit, qui æſtimatum pecus accepit: alioqui ſi pecus æſtimatum latrocinio aut incendio perierit, commune damnum erit *d. l. cùm duobus §. damna pro ſocio*. Repugnat etiam naturæ negotij & contrahentium voluntati, vt æſtimatio faciat emptionem, quoties facta eſt in ordine ad alium contractum, puta ſi quid æſtimatum tibi dedero vt alij vendas. Implicat enim vt vendidiſſe tibi videar eam rem quam dedi tibi æſtimatam, vt alij vendas. In qua ſpecie variis diſtinctionibus opus eſt, de quibus in *d.l.ſi quis nec cauſam 4. & d.l.rogaſti 11.ſupr.de reb.credit.* vbi diximus, *& in d.l.ſi gratuitam 17. §. 1. infr. de praſcript. verb.* Nec valde diſſimile eſt quod Bartolus adfert ex *leg. ſeruos 36.ſupr.famil. erciſc.* Seruos inter coheredes tẽpore diuiſionis æſtimatos non emendi, ſed diuidendi animo preciis adſcriptos videri: ideóque ſuſpenſa condicione mortuos tam heredi quàm fideicommiſſario deperiiſſe. Precium enim ſerui cùm non ſit hereditarium, vt benè docet Bartolus, non poteſt in diuiſionem venire. Quid ergo ſi natura contractus talis ſit, vt dominium pro parte transferatur in accipientem, & pro parte non transferatur, vt in ſocietate? Reſpondet Bartolus pro ea parte pro qua transfertur dominium, tranſire periculum in accipientem, pro alia verò parte non tranſire, *dict. l. cùm duobus 52. §. ſed vtrum & §. damna.* Niſi de eo contractu agatur in quo ex natura contractus veniat etiam culpa leuiſſima, quo caſu facit æſtimatio vt veniat caſus fortuitus, ne alioquin æſtimatio nihil operetur, vt poſt Accurſium Bartolus argumentatur ex *l.ſi quando 109.de legat.1.* Nam ſi ex contractus natura veniat tantùm culpa leuis, nihil addit æſtimatio, niſi vt veniat etiam leuiſſima, vt idem Accurſius, & poſt eum Bartolus putat, exiſtimans hanc eſſe rationem propter quam Vlpianus in hoc §. ſcribit, in commodato, ſi res æſtimata data ſit, omne periculum venire, id eſt, etiam caſus fortuiti, quia & nulla æſtimatione facta veniret leuiſſima quoque culpa, non quaſi æſtimatio potuerit transferre periculum ex eo contractu, ex cuius natura eſt, vt dominium non transferatur. Aliud ergo eſt transferri dominiũ, aliud verò transferri periculum. Ex commodato enim nunquam transfertur dominium, id eſt, ne quidem, facta æſtimatione, transfertur tamen omne periculum ſi facta æſtimatio ſit, vt conſtat ex hoc §. *& ex dict.l.1.§.vlt.de aſtimat.action.d.l.plerunque in princip.& §.vlt.& d.l.quoties 16.infr. de iur.dot.* Mihi tamen videtur Vlpianus in hoc §. aliud quiddam ſentire. Tractat enim de eo commodatario, qui non modò rem commodatam acceperit æſtimatam, ſed etiam eius æſtimationem reſtituturum ſe receperit, ac proinde qui, ſi rem ipſam commodatam vellet reddere, quamuis incorruptam, non eſſet audiendus, quandoquidem nulla hîc electio eſt, quæ aut commodanti, aut commodatario dari poſſit, promiſſa ſimpliciter æſtimationis reſtitutione. Fatendum igitur eſt, hoc caſu transferri ex commodato dominium propter æſtimationem, quæ haud dubiè facit emptionem, nec alia de cauſa transfert omne periculum in commodatarium, quàm quia id omnino conſequens eſt tranſlationi dominij, quamuis contra naturam ſimplicis commodati ſit, vt ex eo dominium transferatur. Itaque non poſſum probare quod Accurſius noſter verba illa, *omne periculum*, de omni culpa interpretatur, aut quod eòdem recidit, de omni periculo, quod ex culpa proueniat, ad excluſionem caſus fortuiti, qui tamen ſolus meo iudicio his verbis ſignificatur. Nec ſimile eſt quod Accurſius adfert ex *l.litis 37.§ ſi pecunia ſupr. de negot.geſt.* vbi nulla æſtimatio facta proponebatur, nec fieri poterat, cùm de nominibus à negotiorum geſtore contractis ageretur. Nec rurſus quod eſt *d.l. 1. §. vlt. de aſtim. act.* vbi quod dicitur de periculo propter æſtimationem præſtando, non ad culpam reſtringendum eſt, vt Azo credidit, ſed de caſu fortuito intelligendum, ſecundùm veriorem Ioannis interpretationem, quam eo loco Accurſius refert. Neque obſtat, quod in §. ſequenti ſubiicitur de caſu fortuito per commodatarium non præſtando. Id enim ad initium huius §. referendum eſt, in quo dictum eſt, præſtandam à commodatario culpam & diligentiam, non ad poſteriorem huius §. ſententiam, in qua agitur de re æſtimata, idque per modum exceptionis. Nos quidem iſtas ſententias per §§. cum Gothofredo diſtinximus commodioris explicationis gratia, ſed tamen magis probamus, vt ab illis verbis, *commodatum autem*, vnicus ſit & continuatus §. vſque ad verba illa, *ſed an etiam hominis*, quamuis Bartolus quoque nouum §. inchoet ab illis verbis, *quod verò ſenectute*, & alium ab iis, *cuſtodiam planè*, quod & nos ſequemur.

4 ¶ Quod verò ſenectute contigit, vel morbo, vel vi latronum ereptum eſt, aut ſi quid ſimile accidit: dicendum eſt, nihil eorum eſſe imputandum ei, qui commodatum accepit: niſi aliqua culpa interueniat. proinde & ſi incendio, vel ruina aliquid contigit, vel aliquod damnum fatale: non tenebitur, niſi fortè, cùm poſſit res commodatas ſaluas facere [a], ſuas prætulit.

*Ad §. 4. Quod verò ſenectute.*

RAT. DVB. Tractamus de commodato, quod factum ſit gratia ſolius commodatarij, de quo in *verſic. commodatum ſupr.* Ergo quemadmodum ob eam cauſam tenetur commodatarius de omni culpa etiam leuiſſima, ita & de caſu fortuito videtur teneri debere, præſertim ſi res commodata erepta ſit vi latronum, ne alioqui commodantis officium ſit ei damnoſum, cùm ſi rem ſuam non commodaſſet, ea vi latronum erepta commodatario non fuiſſet *leg. ſi ſeruum 61. §. quod verò infr. de furt.* Aliud ſanè eſt de damno, quod vel morbo vel ſenectute hominis commodati contigit, quippe quod æquè penes commodantem contigiſſet etiamſi commodata res non fuiſſet. DEC. Caſus fortuiti quos nullum humanum conſilium prævidere aut



Digitized by Google

impedire poteſt à nullo præſtantur *l. contractus 23. in fin. de reg. iur. l. ſi merces 25. § vis maior infr. locat.* Ergo neque à commodatario præſtandi ſunt, cui ſcilicet nihil imputari poteſt, ne quidem culpa leuiſſima, potiúſque imputari poteſt ei qui commodauit, cur non proſpexerit poſſe damna iſta fatalia euenire, ſi talia ſint quæ occaſione commodati euenire potuerint, etiamſi non aliter fuerint euentura *arg. l. ſi quis domum 9. §. 1. verſ. idem quærit infr. locat.* Magis enim caſibus, quàm mandato imputari iſta oportet *l. inter cauſas 26. § non omnia infr. mandat. l. ſi res pupillaris 50. infr. de admin. tutor. l. in rebus 18 infr. hoc tit. l. quæ fortuitis 6. C de pignor. act.* Parum enim proficit cuſtodia aduerſus vim maiorem ſiue diuinam, ſiue humanam *l. ad eos 19. infr. hoc tit. l. ſi ea res 31. infr. de act. empt.*

a *Niſi fortè cùm poſſet res commodatas ſaluas facere.*

RAT. DVB. Omnes ſibi malunt benè eſſe quam alteri, & naturale cuiuſq; votum eſt, vt res ſuas malit ſaluas eſſe quam alienas, excipitur ſolus ſeruus de quo ſcriptum eſt plus eum diligere dominum ſuum quam ſeipſum debere *l. 1. §. iuxta hoc 28. infr. de SC. Silan.* Nihil ergo poteſt imputari commodatario, ſi in caſu incendij, ruinæ, vel naufragij cùm poſſet res commodatas ſaluas facere, ſuas prætulit. DEC. Etiamſi quis ad eum modum quem hominum natura deſiderat, diligens ſit in commodato conſeruando, niſi tamen ad ſuum modum etiam in commodato curam præſtet, fraude non caret. Nemo enim ſalua fide minorem alienis quàm ſuis rebus diligentiam præſtare poteſt, inquit eleganter Celſus in *leg. quod Nerua 32. infrà depoſit.* Ergo ſi commodatarius cùm poſſet res commodatas ſaluas facere, ſuas prætulit, teneri eo nomine commodati actione debet, non quaſi ex culpa, ſed quaſi ex dolo. Ideóque in depoſiti actione in quam ſolus venit dolus, idem iuris eſt *d. l. quod Nerua.* Sic dicimus non eſſe audiendum tutorem, ſi dicat ideò ceſſaſſe pecuniam pupillarem, quòd idonea nomina non inuenerit, ſi arguatur eo tempore ſuam pecuniam bene collocaſſe *l. tutor ſecundùm dignitatem 13. §. 1. infr. de admin. tutor.* Hic quærit Accurſius, quid ſi res commodata erat vilis pretij, res verò commodatarij erant precioſæ? Et reſpondet, quod & Bartolus probat, non teneri hoc caſu commodatarium, quia & diligens quilibet paterfamilias hoc feciſſet, id eſt, precioſiores vilioribus in iis conſeruandis prætuliſſet. Idémque ait ſi res commodatæ & commodatarij fuerint æqualis valoris ex *leg. in rebus 18. in princip. infr.* Ego verò neutrum probare poſſum, quia minorem diligentiam in alienis rebus conſeruandis præſtat commodatarius qui ſuas præfert, licèt precioſiores, quàm in ſuis, quod tamen ſalua fide facere non poteſt, *dict. leg. quod Nerua.* Et quamuis veriſſimum ſit diligentiſſimum quemque patremfamilias electurum conſeruationem rerum magis precioſarum potiùs quàm viliorum, id tamen intelligi debet cæteris paribus, non ſunt autem cætera paria cùm ſit comparatio inter res commodatas & proprias commodatarij, quia, vt diximus, minorem diligentiam præſtaret commodatarius in rebus commodatis, quàm in ſuis, ſi commodatas res quamuis viliores, poſtponeret ſuis, tametſi precioſioribus. Nam in pari cauſa periculi minorem diligentiam præſtat alienis rebus conſeruandis hoc ipſo, quod non præſtat maiorem, cùm non poſſit præſtare parem, ſi, quod in facto ponimus, alias conſeruet, alias verò perire patiatur. Idémque multo certiùs dici poteſt, ſi paris ſint valoris. Planè ſi ponas fuiſſe commodatas res à duobus, electio erit commodatarij, cui gratificari malit, & cuius res ſaluas eſſe maluerit, non adhibita diſtinctione illa, vtrum res conſeruatæ precioſiores fuerint an viliores, quia non ſicut maiorem alienis rebus conſeruandis diligentiam commodatarius debet quàm ſuis, ita & dici poteſt maiorem eum diligentiam debere ad vnius ex commodatoribus, quàm ad alterius res conſeruandas: nimis enim durum eſt, ſi cùm vtriuſque commodatoris res ſaluas facere non poſſet, elegerit alterius res præferre, tali electione crimen eum contraxiſſe dicamus exemplo eius quod ſcriptum eſt in *leg. 3. §. ſi cùm omnes in fin. infr. de SC. Silan.*

5 ¶ Cuſtodiam planè commodatæ rei etiam diligentem debet præſtare.

*Ad §. 5. Cuſtodiam.*

Additur hic ſine §. ſiue verſiculus ad interpretationem eius quod in §. proximo dictum eſt, quod ſenectute contigit, vel morbo, vel vi latronum ereptum eſt, aut ſi quid aliud ſimile acciderit, nihil eorum eſſe imputandum ei, qui commodatum accepit: idémque dicendum eſſe, ſi incendio, vel ruina, vel naufragio fatale aliquod damnum contigerit. Non enim id tam generaliter accipiendum eſt, vt ſi quid eorum quæ ſupradicta ſunt, acciderit ob non præſtitam à commodatario tantam diligentiam quantam debuit, non debeat ille teneri eo nomine, cùm ad exactiſſimam diligentiam præſtandam teneatur, quia ſcilicet in commodato ſolius commodatarij vtilitas verſatur, vt diximus in §. 1. *verſ. commodatum ſupr. l. ſi ſeruus 61. §. circa commodatam infr. de furt.* Quòd ſi non præſtiterit exactiſſimam diligentiam, negari non poteſt, quin ſit in culpa ſaltem leuiſſima. Ergo cùm in hac ſpecie culpa præcedat caſum, æquiſſimum eſt teneri commodatarium, etiam de caſu fortuito, qui vtique non contigiſſet, ſi diligens cuſtodia in conſeruanda re commodata præceſſiſſet. Idque eſt, quod paullo antè Vlpianus dixerat, *Niſi aliqua culpa interueniat.* Paria enim ſunt culpam aliquam interuenire commodatarij, & diligentem ab eo cuſtodiam non præſtari. Ergo ratio dubitandi ad hunc verſiculum illa eſt, quòd nec commodatarius, nec alius quiſquam de caſu fortuito teneatur *d. §. prox. ſupr. l. contractus 23. in fin. de regul. iur.* Sed decidendi illa, quòd aliud dicendum ſit, quoties culpa præcedit caſum. Nempe cùm culpa illa ordinata eſt ad eum caſum qui poſteà contigit. Hoc enim addendum neceſſariò eſt, vt alibi ſcripſimus ex *§. ſed interdum infr.*

6 ¶ Sed, an etiam hominis commodati cuſtodia præſtetur, apud veteres dubitatum eſt. nam interdum & hominis cuſtodia præſtanda eſt: ſi vinctus cõmodatus eſt, vel etiam eius ætatis, vt cuſtodia indigeret. certè ſi hoc actum eſt, vt & cuſtodiam is, qui rogauit, præſtet: dicendum erit, præſtare.

*Ad §. 6. Sed an etiam hominis.*

Rat. dvb. Cōmodatarius tenetur præſtare diligentem cuſtodiam, & exactiſſimam diligentiam in re commodata, vt proximè diximus. Ergo & in homine cōmodato, cùm non minus homines, id eſt, ſerui, quàm aliæ res commodari poſſint. Computātur enim ſerui inter alias res mobiles, quæ ſunt in noſtro patrimonio, adeòque inter res mobiles *l. 3. §. Nerua filius infr. de acquir poſſ.* quarum cuſtodia multo exactior neceſſaria eſt *l. ſi rem mobilem 47. eod.* Dec. Differentia hæc eſt inter hominem & cæteras res mobiles, quòd cæteræ res cura & diligentia poſſeſſoris cuſtodiendæ ſunt: at homo ſeipſum cuſtodit, adeò vt nec ſui furtum facere poſſit, nec aut ſuam, aut aliarum rerum domini ſui poſſeſſionem interuertere *l. rē quæ nobis 15 in fin. eod.* Nihil ergo eſt quod imputari commodatario poſſit, ſi commodatum ſeruum minus diligēter cuſtodierit, niſi fortè commodatus fuit vinctus, quòd fugę ſuſpectus eſſet domino, aut ſi eius ætatis fuit, vt cuſtodiri deberet propter ſuſpectos mores adoleſcentiæ, qui prudēti cuilibet vix poſſunt eſſe non ſuſpecti. Culpa enim nec leuiſſima eſt commodatarij, ſi non vinciat ſeruum commodatum quem dominus vinxerat, aut minus diligenter cuſtodiat eum quem commodator diligentius cuſtodiebat *l. ſi à bonæ fidei 21. ſupr. de rei vindic.* Idque etiamſi in commodato contrahendo nihil dictum ſit de præſtanda cuſtodia. Quanto magis ſi expreſſim ita conuenerit, vt in homine commodato cuſtodiam præſtare debeat commodatarius? Parum enim refert an expreſsè quid agatur, an tacitè. Et quamuis dici ſoleat expreſſionem eorum quæ tacitè inſunt, nihil operari, vt eſt in vulgari noſtrorum brocardico, ſemper tamen tutius eſt id exprimere, de quo alioquin dubitari poſſet, an tacitè ineſſet, vel ob hoc ſaltem ne qua dubitationis ſuperſit occaſio *l. quæ dubitationis 81. de reg. iur.* & ne poſſit obiici commodanti, quòd legem apertius dicere potuerit & debuerit ex regula *l. veteribus 39. ſupr. de pact. l. Labeo 21. inſt. de contr.* Nec enim poteſt vis expreſſi minui, ex eo quod tacitè ineſt, niſi eùm expreſſa nocent, non expreſſa non nocent, quod in propoſito non contingit.

7 ¶ Sed interdum & mortis damnum ad eum, qui commodatum rogauit, pertinet. nam ſi tibi equum commodauero, vt ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris: commodati teneberis. idem erit & in homine. Planè ſi ſic commodaui, vt ad bellum duceres: meum erit periculum. Nam & ſi ſeruum tibi tectorem commodauero, & de machina ceciderit, periculum meum eſſe Namuſa ait. ſed ego ita hoc verum puto, ſi tibi commodaui, vt & in machina operaretur. cæterum ſi, vt de plano opus faceret, tu eum impoſuiſti in machina, aut ſi machinæ culpa factū eſt minus diligenter non ab ipſo ligatæ, vel funium, perticarúmque vetuſtate: dico periculum, quod culpa contigit rogantis commodatum, ipſum præſtare debere. nam & Mela ſcripſit, ſi ſeruus lapidario commodatus ſub machina perierit, teneri fabrum commodati, qui negligentius machinam colligarit.

*Ad §. 7. Sed interdum.*

Rat. dvb. & decin. ad hunc §. eadem eſt, quæ ad *§. cuſtodiam 5. ſupr.* Videbatur enim caſus fortuitos non debere ad commodatarium pertinere, quippe quem æquum ſit teneri quidem de omni culpa etiam leuiſſima, ſed non de caſu fortuito, quē diximus toties à nemine præſtari *leg. contractus 23. in fin. de regul. iur. l. quæ fortuitis 6. C. de pignorat. action.* Sed fallit ea regula quoties culpa præcedit caſum, ſi modò commiſſa ſit in ordine ad illum caſum & caſus ille ob eam culpam contigerit, vt hîc Bartolus benē notat ex *l. non omne 38. infr. de ſtatulib. d. ſi alius 7. §. eſt & alia infr. quod vi aut clam.* (alioqui non tenetur de caſu niſi culpa caderet in delictum circa rem ipſam vt in *l. ita vulneratus 51. ad leg. Aquil.* non circa vſum rei *l. qui furtum 16. ſupr. de condict. furt.* niſi culpa caderet in moram, vt in *l. quod te 5. ſupr. de reb. cred. leg. ſi ex legati 23. de verb. oblig.*) Tunc enim non tam videtur teneri de caſu quàm de culpa quæ caſui cauſam vel ſaltem occaſionem dedit. Idque generale eſt in omnibus, qui alioquin de caſu fortuito non tenerentur, vt conſtat ex legibus quas hîc Accurſius adducit, id eſt, ex *l. in rebus 18. §. 1. infr. hoc tit. l. videamus 11. §. 1. infr. locat. l. 2. §. vis fluminis ſupr. ſi quis cantion. leg. in his rebus 56. in princip. inf. ſolut. matr.* Excipiuntur tantùm duo caſus de quibus in *l. vlt. §. pen. & vlt.* vbi dicemus *infr. ad leg. Rhod. de iact.* Ibi enim caſus contigiſſet, etiamſi culpa nulla præceſſiſſet, vt & in *d. l. 7. §. eſt & alia quod vi aut clam.* Adfert autem Vlpianus in hoc §. tria huius propoſitionis exempla. Primum eſt, ſi equum tibi commodauero, vt ad villam duceres, tu ad bellum duxeris. Idémque erit in homine. Etſi enim caſu fortuito acciderit poſtea, vt equus vel homo meus in bello perierit, culpa tamē tua præceſſit caſum, cùm re commodata aliter vſus ſis quàm quomodo vti debueras, adeò vt eo nomine etiam furti obligeris, vt ſcriptum eſt in *§. prox. ſeq.* Nam ſi commodaſſem tibi equum, vel hominem ſic, vt ad bellū duceres, nemo dubitaret, quin meum deberet eſſe periculum, quia proſpicere debueram euenturum facilè, vt in bello equus vel homo periret *l. ſi quis domum 9. §. 1. verſic. idem quærit leg. item quæritur 13. §. ſi quis ſeruum infr locat.* Quemadmodum & ſi ſeruum meum tectorem tibi commodauero, & is de machina ceciderit, periculum meum eſſe conſtat. Sed hoc ita, inquit Vlpianus, ſi tibi eum commodaueram ad hoc, vt in machina operaretur, alioqui ſi vt de plano opus faceret, tu eum impoſuiſti in machina, aut ſi factum id ſit culpa machinæ non ſatis diligenter à te ligatæ, vel funium perticarúmque vetuſtate, periculum tuum eſſe debet non meum, quia culpa tua damnum cōtigit, & ea culpa caſum præceſſit. Eſtque hoc ſecun-

dum exemplum. Tertium huic ſimile eſt, ſi ſeruus lapidatio commodatus ſub machina perierit. Teneri enim faber debet actione commodati, quia negligentius machinam colligauit.

8 ¶ Quinimò & qui aliàs re commodata vtitur, non ſolùm commodati, verùm furti quoque tenetur, vt Iulianus libro vndecimo digeſtorum ſcripſit. Denique ait[a]: ſi tibi codicem commodauero, & in eo chirographum debitorem tuum cauere feceris, egóque hoc interleuero: ſi quidem ad hoc tibi commodauero, vt caueretur tibi in eo: teneri me tibi contrario iudicio. ſi minus, neque me certioraſti ibi chirographum eſſe ſcriptum, etiam teneris mihi (inquit) commodati: immò (ait) etiam furti: quoniam aliter re cõmodata vſus es, quemadmodum qui equo, (inquit) vel veſtimento aliter, quàm commodatum eſt, vtitur, furti tenetur.

*Ad §. Quinimò 8.*

RATIO DVB. Qui habet rem commodatam domino, habet eam ex voluntate domini, à quo ſuit ipſi tradita. Eſt enim commodatum ex eo genere contractuum, qui re perficiuntur *§. item is cui Inſtit. quib. mod. re contr. oblig.* Atqui furtum eſt contrectatio rei alienæ inuito domino *l. 1. infr. de furt.* Ergo non poteſt commodatarius facere furtum rei commodatæ *arg. leg. de eo 63. in fin. infr. de donat. int. vir. & vxor.* niſi fortè repoſcenti domino recuſet eam reſtituere, quomodo de depoſitario ſcriptum eſt in *l. ſi quis inficiatus 13. in princip. & §. 1. infr. depoſ.* DEC. Commodatum eius naturæ eſt, vt ſemper fiat ad certum vſum, & ad certum tempus, in quo potiſſimum differt à precario, vt diximus ad *l. 1. §. 1. in fin ſupr.* Ergo quemadmodum commodatarius habet pro ſe voluntatem domini commodantis, quatenus vtitur re commodata ſecundùm domini voluntatem, ita ſtatim atque excedit vſum & tempus à commodante præſtitutum, incipit facere non modò præter, ſed etiam contra domini voluntatem, qui præſcribendo certum vſum, certúmque tẽpus, hoc ipſo videtur prohibuiſſe, nè in alium vſum, aut in aliud tempus commodata res retineretur *arg. l. cùm prætor 12. ſupr de iudic.* Facit ergo furtum hoc caſu commodatarius, tanquam contrectans rem inuito domino. Cùm enim de furto agitur, inuitum accipimus dominum, non tantùm ſi contradicat, ſed etiam ſi nõ conſentiat, nec aliud in depoſitario iuris eſt *leg. qui furtum 16. ſupr. de condiction. furt. l. qui iumenta 40. l. ſi pignore 54 in princ. & §. 1. l. qui re 76. infr. de furt.* vbi tamen exceptio additur, niſi exiſtimauerit ſe non inuito domino id facere, quod & ſcriptum eſt in *§. placuit Inſt. de oblig. quæ ex delict. naſc.* nempe quia furtum ſine affectu furandi committi non poteſt, vt ibidem ſcriptum eſt. Planè poteſt commodatarius eſſe in culpa, ſi nullam cauſam habuerit exiſtimãdi dominum fuiſſe permiſſurum, vt in alios vſus, aliúdve tempus commodatum traheretur *d. l. qui re.* Sed ea ratio nõ facit illum furem, at potius vt actione commodati eo nomine teneatur. Iunge *l. qui ſeruum 34. §. 1. infr. de oblig. & act.*

a *Denique ait.* Eſt hæc illatio ex ſententia præcedente, eandémque proinde recipit dubitandi & decidendi rationem. Nam ſi tibi codicem commodauero, & in eo debitorem tuum chirographo cauere feceris, egóque hoc chirographum interleuero, diſtinguendum neceſſariò eſt, an tibi codicem commodauerim ad hoc, vt caueretur tibi, an non. Priore caſu non teneris mihi neque directa commodati actione, neque furti, quia vſus es re commodata eo modo quo vti potuiſti, & debuiſti: ego verò teneor tibi cõtraria actione commodati, quòd chirographum debitoris tui interleuerim, quia licèt codex meus manſerit, & quilibet rei ſuæ moderator ſit & arbiter *vulgat. l. in re mandata 21. C. mandat.* beneficio tamen quod à me per commodatum acceperas, adiuuari debuiſti non decipi *l. in commodato 17. §. 1. infr.* Poſteriore autem caſu ſi me inſcio nec certiorato chirographum in meo codice ſcribi feceris, quod ego poſteà interleuero, non ſolùm non teneor tibi contraria commodati actione, ſed & tu mihi directa commodati actione teneberis, & furti, quoniam negari non poteſt, quin meo codice aliter vſus ſis, quàm quo debuiſti *d. l. qui furtum 16. ſupr. de condict. furt. d. l. qui re 76. infr. de furt.* quemadmodum, inquit Vlpianus ex Iuliano, qui equo vel veſtimento aliter quàm commodatum eſt, vtitur, etiam furti tenetur *l. qui iumenta 40. l. ſi pignore 54. §. 1. eod.* Eſt autem hic locus notandus, vt probemus etiam veſtimenta commodari poſſe. Etſi enim ſunt ex earum rerum numero, quæ vſu conſumuntur, quæ commodari poſſe idem Vlpianus noſter negat in *l. 3. §. vlt. ſupr.* niſi ad pompam & oſtentationem, non tamen conſumuntur tam citò aut tam facilè, vt in breue tempus, & in breuem vſum commodari non poſſint: nam neque tam vſu cõſumuntur quàm deteriora fiunt, quomodo fierent etiam non vſu: in eóque differunt à cæteris rebus quarum vſus nullus ſine abuſu eſſe poteſt, cuiuſmodi ſunt frumentum, vinum, oleum & alia his ſimilia. Neque tamen conſequens eſt, vt etiam precariò dari veſtimenta poſſint, ob eam diſſimilitudinis rationem, quam attulimus ad *dict. l. 3. §. vlt. ſupr.* Non poſſum tamen prætermittere ſuſpecta mihi videri verba illa huius *§. ibi chirographum eſſe ſcriptum*, non enim certiorationem requirit Vlpianus ad excuſandum me, vt non tenear tibi cõtraria actione commodati, quòd interleuerim, ſed potiùs ad excuſandum te, ne directa commodati & furti actione mihi tenearis, quòd in codice meo chirographũ ſcribi feceris me ignorante. Debuiſti ergo me certiorare, cùm ſcripſiſti in codice, non autem ibi ſcriptum fuiſſe poſtquàm me ignorante ſcripſiſti. Quod non fuit obſeruatum ab imperito interprete qui ea verba addenda putauit ad interpretationem illorum præcedentium *neque me certioraſti*, quæ ſic accipienda ſunt, ſcilicet cùm ſcriberes.

9 ¶ Vſque

9 ¶ Vſque adeò autem diligentia in re commodata præſtanda eſt, vt etiam in ea, quæ ſequitur rem commodatam, præſtari debeat. vt puta equam tibi commodaui, quam pullus comitabatur. etiam pulli te cuſtodiam præſtare debere, veteres reſponderunt.

*Ad §.9.Vſque adeò autem.*

RAT.DVB. Non alia de cauſa commodatarius diligentiam & quidem exactiſſimam præſtare debet in re commodata, quàm quia commodata eſt, idque ad ſolius commodatarij vtilitatem *§.nunc videndum ſupr.leg.ſi ſeruus 61. §. circa commodatum infr. de furt.* Atqui commodato ſeruo, non ideò veſtis eius commodata videri poteſt, nec commodata equa pullus & equuleus, qui eam ſequitur. Ergo nec veſtimentorum ſerui, nec pulli cuſtodiam præſtare tenetur is qui non niſi ipſius ſerui, aut iumenti commodatarius eſt.

DEC. Non eſt ſeparanda res commodata ab eo quod rei commodatæ ſequela eſt, quia id actum inter contrahentes intelligitur, vt quod ex re commodata vel precariò data natum eſt, in eâdem cauſa habeatur *l.quamuis 10. infr. de precar.* Idémque de veſtibus ſerui commodati iuris eſt, nec enim nudus ſeruus commodatus fuit, quamuis veſtes non ſint commodatæ *l eum qui 14. §.non ſolùm 15. infr. de furt.* ſicuti nec depoſitæ, cùm ſeruus depoſitus fuit *l.1. §. qua depoſitis infr. depoſit.* Eandem igitur diligentiam præſtare commodatarius debet in ſequela rei commodatæ, quam in re commodata. Nam & regulare eſt quod Accurſius hîc notat, vt idem iuris ſit in acceſſorio quod in principali ex *l.cuicunque 5.§. item fideiuſſori inſr.de inſtit.action.l.1.§.ſi ciſta infr. depoſit. leg. ſed & ipſi 4.§.vlt.ſupr.Nau. caupon ſtabul.* Malè tamen Accurſius in hanc rem citat *§.ſi me rogaueris infr.* Ibi enim ponit Vlpianus ſeruum cum lance commodatum, ergo & lancem cum ſeruo. Nos autem tractamus de ea re quæ non ſit commodata, ſed tantùm ſequela rei commodatæ. Malè item opponit quod ſcriptum eſt in *dict.l.1.§.qua depoſitis inf. depoſ.* ea quæ depoſitis rebus accedunt non eſſe depoſita. Nam nec dicimus ea quæ rebus commodatis accedunt, commodata eſſe, ſed in iis eandem diligentiam, quam in re commodata præſtari à commodatario debere. Quod in depoſito non ſimiliter tractari poteſt, quia non ſicuti commodatarius, ita & depoſitarius cuſtodiam vllam præſtare debet, ſed dolum duntaxat, niſi aliud conuenerit *dict. leg. 1. §. ſi conuenit.* In eo tamen ſimile eſt depoſitum commodato, quòd quæ accedunt commodato, non magis poſſunt videri commodata, quàm depoſita illa, quę rei depoſitæ accedunt, nec proinde actio commodati magis quàm depoſiti ad ea ſeparatim extenditur, niſi quòd pertinet ad cuſtodiam rei commodatæ præſtandam.

10 ¶ Interdum planè dolum ſolum in re commodata, qui rogauit, præſtabit: vt puta ſi quis ita conuenit: vel ſi ſua duntaxat cauſa commodauit, ſponſæ fortè ſuæ, vel vxori, quo honeſtius culta ad ſe deduceretur: vel ſi quis ludos edens prætor ſcenicis commodauit, vel ipſi prætori quis vltro commodauit.

*Ad §.Interdum planè 10.*

RAT.DVB. Differentia illa eſt inter commodatum & depoſitum, quòd in depoſito ſolus dolus præſtatur, in commodato verò etiam culpa quælibet adeóque leuiſſima, quia in depoſito ſola deponentis vtilitas vertitur, in depoſito autem ſolius depoſitarij *§ nunc videndum ſupr. leg. ſi ſeruus 61. §. circa commodatum infr. de furt. l.contractus 23.de reg iur.* Ergo non poteſt recipi in commodato, quod in depoſito, vt dolus præſtetur ſolus: ſicut enim diuerſi contractus ſunt, & diuerſæ naturæ, ita diuerſas habere debent præſtationes. DEC. Vbi eadem ratio eſt, ibi ius idem eſſe debet *l.illud 32. ad l. Aquil.* Atqui ratio propter quam in depoſito ſolus dolus præſtatur, nō alia eſt, quàm quia depoſitum ſit gratia ſolius deponentis. Ergo & in commodato idem dicendum eſt, ſi quãdo fiat gratia ſolius commodantis. Quod etſi rarò, interdum tamen poteſt contingere, vt in exemplis quæ hic Vlpian. adfert, ſi quis fortè ſponſę ſuæ vel vxori commodauerit, quò honeſtius culta ad ſe deduceretur. Vel ſi quis prætor ludos edens (ſic enim legendum eſt, non vt mepré apud Accurſium *ludos ſedens*) ſcenicis commodauit, vel ſi quis prætori ipſi commodauerit. Ergo ſi commodatum, nec ſolius commodantis, nec ſolius commodatarij, ſed vtriuſque gratia factum ſit, media via erit ſequenda, vt neque dolum ſolum præſtare commodatarius debeat, neque diligentiam exactiſſimam, ſed culpam leuem, multo magis latam ex regula *dict. §.nunc videndum ſupr. iunct. leg. eum qui 10. §.1. & leg. in rebus 18. in princip. infr.* Alius caſus eſt, ſi conuenerit, vt in commodato ſolus dolus præſtetur. Valet enim conuentio, & dat legem contractui, ſicut è contrario valet conuentio in depoſito, vt depoſitarius etiam culpam præſtet *leg.1. §. ſi conuenit infr.depoſit.* Excipitur tamen contractus dotalis, in quo non poteſt cõuenire maritus, vt dolum ſolum præſtet: idque propter vtilitatem nubentium, vt idem Vlpianus noſter ex Pomponio ſcribit in *leg. Pomponius 6. infr. de pact. dotal.* id eſt, quia per eiuſmodi pactionem fieret deterior condicio dotis ex culpa mariti, quod non ferendum, quamuis de periculo citra culpam contingente, quod alioquin eſſet mariti, conuenire poſſit, vt periculum ad mulierem nō ad maritum ſpectet, quemadmodum in eadem lege ſcriptum eſt. Periculi enim appellatione ſignificatur caſus fortuitus, non culpa *§. & ſi fortè*, vbi diximus *ſupr.*

11 ¶ Nunc videndum, in quibus ſpeciebus commodati actiò locum ha-

beat.& eſt apud vet.res de huiuſmodi ſpeciebus dubitatum. Rem tibi dedi, vt creditori tuo pignori dares. dediſti. non repignoras, vt mihi reddas. Labeo ait, commodati actionem locum habere. quod ego puto verum eſſe, niſi merces interuenerit [a]: tunc enim vel in factum, vel ex locato & conducto agendum erit. Planè, ſi ego pro te [b] rem pignori dedero tua voluntate, mandati erit actio.

*Ad §. 11. Nunc videndum.*

RAT. DVB. Rei alienæ pignus non valet *tot. tit. Cod ſi res alien. pignor. dat. ſit leg & quæ nondum* 15. §. *quod dicitur infr. de pignor.* Atqui ex commodato nec dominium transfertur, nec poſſeſſio in commodatarium *leg. rei commodata* 8. *& ſeq. infr. hoc titulo.* Ergo non poteſt locus eſſe quæſtioni quæ proponitur in hoc §. *de re commodata*, quam commodatarius pignori dederit. DEC. Etiam res aliena pignori dari poteſt, dummodò detur domino conſentiente *leg. 1. vltim. & paſſ. dict. tit. Cod. ſi res alien. pignor. dat. ſit leg. aliena* 10. *infr. hoc titulo.* Atqui ponimus in hac ſpecie dominum conſenſiſſe, & rem ſuam tibi commodaſſe, vt eam creditori tuo pignori dares. Pignus ergo valet, alioqui non modò pignus non valeret, ſed etiam tu furti tenereris, ſi rem tibi commodatam inſcio domino pignori dediſſes, quia in aliam rem vſus eſſes, quàm in quem vſum tibi fuit commodata §. *quinimò*, vbi diximus *ſupr.* Igitur ſi rem meam tibi commodauerim, vt eam creditori tuo pignori dares, & dederis, nec tamen eam luas, & repignores vt mihi reddas, Vlpianus probat Labeonis ſententiam exiſtimantis commodati actionem mihi contra te hoc nomine dandam eſſe, quod & ſcriptum eſt in *leg. penult. Cod. eod.* RAT. DVB. Eſt, quia tu eam dediſti pignori mea voluntate. Non poſſum ergo recuſare quominùs obligata maneat, nec enim ideò videri potes in dolo aut in culpa eſſe, quòd eam non repignores, cùm pecuniæ numeratio, quæ ad luitionem neceſſaria eſt, non ſemper ſit in expedito *leg. ſi dubitet* 10. *in princip. infr. de fideiuſſ.* Commodatarius autem non tenetur niſi de dolo & culpa, vt diximus in præcedentibus. Sed decidendi illa eſt, quòd non ſit domini pignus luere, ſed debitoris qui pignus dedit, & qui pecuniam debet, pro qua pignus datum eſt. Satis enim commodatario eſt, quod ex re aliena & commodata fructum illum volente domino perceperit, vt rem pignori dederit. Fructus enim rei eſt vel pignori dare licere *leg. vltim. infr. de vſur.* Et cùm rem meam tibi commodaui, vt eam pignori dares, ſicuti hoc ipſo te obligaſti ad eius reſtitutionem, ita & ad pignoris luitionem, ſine qua fieri nequit, vt rem auferas creditori, nec proinde vt eam non repignoratam mihi reſtituas. An ergo ſtatim contra te potero agere commodati? Accurſius negat poſſe me agere, niſi poſteaquàm res mea diu ſteterit pignorata, exemplo eius quod de fideiuſſore ſcriptum eſt in *leg. Lucius* 38. §. 1. *infr. mandat. & in leg. ſi pro ea contra quam* 10. *Cod. mandat.* Proximè enim accedit hæc ſpecies ad ſequentem, in qua mandati agendum eſt, non commodati. Mallem diſtinguere cum eodem Accurſio ad *leg. penul Cod. hoc titul.* an luitio ſit facilis, necne: nam ſi facilis eſt, bona fides non patitur, vt longior fiat mora commodanti, ſi verò difficilis ſit, non eſt vtique præcipitandus commodatarius ad luitionem, ne beneficium, quod in eum collatum eſt, trahatur ad ipſius iniuriam & incommodum *leg. in commodato* 17. §. *ſicut infr. hoc titulo.* Non tamen video, quis huic quæſtioni locus eſſe poſſit, ſi verum eſt, vt eſt, quod Paulus ait in *dict. leg. in commodato* §. 3. commodatum ita fieri debere, vt in certos vſus certúmque tempus conſtituatur, ante quod intempeſtiuè reuocari non poſſit, in quo maximè differt à precario, quod quandocunque ad nutum concedentis reuocari poteſt *leg. 1. 2. & paſſ. infr. de precar.* Conſequens enim eſt, vt cum tibi rem meam commodaui ad hoc, vt eam creditori tuo pignori dares, debuerim adiicere tempus commodato intra quod tempus eam rem mihi reſtitueres. Quo facto nullus dubitationi ſupereſſet locus, quin eo tempore præterito poſſem agere commodati ſiue pignus lueres, aut luere poſſes, ſiue non, quia non datur actio commodati, vt luas, ſed vt, quia non reſtituis mihi rem commodatam, condemneris eo nomine quanti mea intereſt, vt ræçam difficultatem explicandæ pecuniæ non poſſe commodatarium excuſare à mora, quia recedit ab impedimento naturali, reſpicítque duntaxat ad facultatem & incommodum perſonæ, vt eleganter ſcriptum eſt in *l. continuus* 137. §. *illud infr. de verb. oblig.* Sanè ſi cùm rem meam commodarem tibi, vt eam pignori dares, nullum tempus ei reſtituendæ præſcripſerim, magis eſt, vt arbitrio iudicis certum tempus præſtituatur ea qualitate perſonarum, & quantitate debiti æſtimandum, intra quod ſi res non reſtituatur, commodatarius condemnetur. Nam in bonæ fidei iudiciis, cuiuſmodi eſt iudicium commodati, multa arbitrio iudicis committuntur, quæ alioqui certam iuris regulam aut rationem ex verbis contractus nullam habent *leg. 3. §. heres in fin. ſupr. leg. 1. in princip. infr. de vſur. l. quia tantundem* 7. *ſupr. de negot. geſt.* Quamquam videtur Vlpianus noſter in ſequentibus aliud quiddam ſentire, cùm ait, abeſſe culpam à te videri ſiue iam ſolueris pecuniam, ſiue ſoluere ſis paratus, vt ſignificet à contrario ſenſu, ſi neque iam ſolueris, neque ſoluere ſis paratus, culpam à te non abeſſe: diſtinctione non adhibita, an luendi pignoris facultatem habeas necne: nam nec debueras rem meam in commodatum accipere, vt eam pignori dares, ſi præuidebas difficilem tibi quandoque fore pignoris luitionem. Itaque omni caſu in culpa es ſi neque luas, neque luere ſis paratus. Culpa autem vel minima ſufficit ad inducendam actionem commodati, nec ſanè diligentiſſimi patrisfamilias eſt, rem aliquam ſiue ſuam, ſiue alienam pignori dare, quam luere poſteà non poſſit. Neceſſe enim eſt ſequi vel diſtractionem pignoris, vel dominij impetrationem.

a *Niſi merces interuenerit.* RAT. DVB. Etiam in commodato, vt & in depoſito poteſt interuenire merces, ſaluo contractu ſaluáque actione commodati & depoſiti §. *nunc videndum* 2. *ſupr. leg. 1.* §. *ſi quis ſeruum infr. depoſit.* Ergo inepta hæc exceptio eſt.

DEC. Varijs modis poteſt accidere, vt merces in commodato vel depoſito interueniat, aut propriè quatenus conſiſtit in pecunia numerata, & tunc degenerat commodatum, vel depoſitum in locationem

tionem & conductionem, aut impropriè quatenus conſiſtit in alia re quæ ſit loco mercedis, & eo caſu cenſetur contractus innominatus, ex quo non niſi in factum actio naſci poteſt, aut denique magis propriè in alia re, quæ nec merces ſit, nec loco mercedis, puta ſi ſerui commodati vel depoſiti cibaria præſtentur commodatario vel depoſitario, vt in *d. §. ſi quis ſeruum*, vbi hæc diſtinctio apertè ponitur in depoſito, quæ & perinde locum habet in commodato. In propoſita autem ſpecie ponendum eſt, interueniſſe mercedem altero ex duobus prioribus modis, non tertio: & ideo aut locati actionem competere, aut in factum & præſcriptis verbis non commodati, iunge quæ ſcripſi ad *d. §. nunc videndum, verſ. niſi fortè & merces acceſſit.*

c *Planè ſi ego pro te.* RAT. DVB. Cùm ego rem meã pro te do pignori, videor eam tibi commodare. Quid enim referre poteſt, an eam dẽ pro te pignori, an tibi commodem vt despignori? Ergo & hoc in caſu quemadmodum in ſuperiore danda mihi eſt contra te actio commodati, non mandati.

DEC. Non poteſt locum habere actio commodati, vbi nullum eſt commodatum, ſicuti neque actio mandati ſi mandatum nullum interuenerit *l. ex mandato 20. §. 1. infr. mandat.* Actiones enim nominatæ nonniſi à contractibus nominatis habere nomẽ poſſunt, contractus autem omnes æſtimandi ſunt ex modo & forma ineundi *l. ſi procuratorem 8. in princ. eod tit. l. 1. § ſi ſeruum 30. infr. depoſit. leg. non tantùm 12. de SC. Maced.* Atqui in propoſita ſpecie commodatum nullum interceſſit, ſed mandatum potius tuum cũ voluntate tua rem meam pro te pignori dederim. Nam ſi is qui ſciens patitur quid fieri, hoc ipſo mãdare videtur *l. qui patitur 18. mandat.* multo magis ille, cuius expreſſa voluntate facit alius id quod alioqui facturus non eſſet. Eſt enim mandatum ex eo genere contractuum, qui nudo conſenſu perficiuntur, ac proinde nuda etiam voluntate *l. 1. eod.* Ergo cùm pro te rem meam pignori dedi tua voluntate, perinde eſt, ac ſi mandaſſes mihi, vt eam pro te darem pignori. Et conſequenter mandati actio mihi contra te eſt, non cõmodati. Nec eſt quod cum Accurſio præſentiam tuam hac in re exigamus, quaſi alioqui futurum ſit vt mandati actio dari non debeat, ſed negotiorum geſtorũ *d. l. ex mandato §. 1.* Præſentiam .n. ideò exigimus, vt de tacita voluntate, tacitóque mandato conſtare poſſit, non etiam cũ de voluntate expreſſa conſtat, quamuis mandatum non ſit expreſſum. Neq; actio negotiorũ geſtorum datur vnquam contra eum, qui negotia ſua ab alio geri ſciuit, & voluit, ſed contra eum duntaxat qui ignorauit *l. 2. ſupr. de neg. geſt.* Alioqui actio mandati cum actione negotiorum geſtorum contra eandem perſonam concurreret, quod fieri nunquam poteſt, cùm actio mandati ſit ex contractu, negotiorum autem geſtorum ex quaſi contractu, cui locus nullus eſſe debet, cùm ex contractu agi poteſt.

12 ¶ Idem Labeo rectè dicit, ſi à me culpa abſit repignerandi, creditor autem nolit reddere pignus, competere tibi ad hoc duntaxat commodati, vt tibi actionẽ aduerſus eum præſtem. Abeſſe autem culpa à me videtur [a], ſiue iam ſolui pecuniam, ſiue ſoluere ſum paratus. Sumptum planè litis [b], cæteráque, æquum eſt, eum agnoſcere, qui commodatum accepit.

*Ad §. 12. Idem Labeo.*

RAT. DVB. Commodatarius non tenetur præſtare niſi dolum & culpam *§. 2 ſupr.* Ergo ſi ab eo abſit omnis culpa etiam leuiſſima, non poteſt contra eum commodati actio dari. Atqui abeſt ab eo omnis culpa, ſiue iam ſoluerit creditori ſuo, cui rem cõmodatam pignori dedit, ſiue ſoluere ſit paratus, vt ſequitur in hoc §. Ergo nulla contra eum commodati actio dari poteſt, ne quidem ad hoc vt cõmodatori præſtet actionem pignoratitiam, quam habet aduerſus creditorem nolentem accipere ſolutionem & pignus reddere *l. item liberatur 6 §. 1. inf. quib. mod. pign. vel hypoth ſoluit. l. ſi rem alienam 9. §. vlt. infr. tit prox.* DEC. Non debet commodatarius ex beneficio cõmodantis fieri locupletior cum ipſius cõmodantis iactura *vulg. l. nam hoc natura 14. ſupr. de condict. indeb. l. iure natura 206. de regul. iur.* Fit enim commodatum ad hoc, vt ex eo commodatarius beneficium accipiat, non etiam vt acquirat ſibi contra alium actionem. Atqui fit locupletior is, cui noua aduerſus aliquem actio quæritur *leg. ſi quid poſſeſſor 31. in princip. ſupr. de hered. petit.* Ergo æquum eſt, commodatarium qui rem commodatam pignori dedit, tum quoque cùm ab eo culpa omnis abſuit, id eſt, cùm repignorare voluit, creditor autem pignus reddere recuſauit, commodati actione nihilominus teneri, ad hoc ſaltem vt actionem pignoratitiam quam contra ſuum creditorem habet, commodatori præſtet, idque ex iuris regula, quæ habet, quoties quis alicui tenetur ob id ſolùm quòd contra alium habeat actionem, liberari eum cedẽdo actione, & actionis delegationem pro iuſta præſtatione eſſe, vt loquitur Papinian. in *l. quod debetur 51. infr. de pecul. l. cùm in plures 60. §. veſtimenta infr. locat. l. eleganter 24. § ſi vendiderit infr. tit. prox. d. l. ſi quid poſſeſſor.* Cui enim non æquum videatur, id ſaltem præſtare commodatarium, quod ſine diſpendio ipſius cõmodatarij futurum ſit? *leg. in creditore 38. in fin. infr. de euict.* Non eſt contrarium, quod idem Vlpianus noſter ſcribit in ſimili, vt videtur ſpecie in *l. petenti 27. infr. tit. prox.* domino rerum pignoratarum propriam actionem aduerſus ſuum creditorem, qui alij creditori eas pignori dederat, competere, non ad cedendas actiones, ſed ad hoc, vt à pignoris nexu liberatæ res tradantur. Non enim ibi erat ſine culpa creditor, qui eas res pignori dederat, cùm neque ſoluiſſet pecuniam, neque ſoluere paratus eſſet creditori, cui eas pignori dederat. Mirum igitur non eſt, teneri illum propria actione, id eſt, commodati, vt puto, ex hoc §. nec liberari eum ceſſione actionis, quod malè Azo credidit, ſed teneri ad id omne quod ex ea cauſa intereſt domini, cùm ſit ipſe in culpa. Itaque conuenit illa lex cum hoc §.

a *Abeſſe autem culpa à me videtur.* RAT. DVB. Pecuniæ numeratio non ſemper eſt in expedito *l. ſi dubitet 10. in princ. inf. de fideiuſſ.* Ergo poteſt abeſſe culpa à cõmodatario, etiã ſi neque ſoluerit, neque ſoluere ſit paratus, dũmodò pecuniã in promptu non habeat, nec facilè poſſit inuenire creditorem *arg. l. ſciendum*

at.*infr. de vſur.* Dec. Commodatarius tenetur præſtare diligentiam exactiſſimam, vt diximus ad §. *nũc videndum ſupr.* & niſi præſtet, in culpa eſt, cùm ſolius cõmmodatarij gratia hîc contractus fiat. Atqui non præſtat diligentiam exactiſſimam, ſi neque ſoluat, neque ſoluere paratus ſit, vt rẽ cõmodatam à ſe datam pignori repignoret: cùm difficultas cõquirendæ & explicandæ pecuniæ recedat ab impedimento naturali, & ad facultatẽ incõmodúmq; perſonæ reſpiciat *l. continuus 137. § illud infr. de verb. oblig.* Ergo in culpa eſt, ſi neque ſoluit, neq. ſoluere paratus eſt, ſi verò vel ſoluit, vel ſoluere paratus eſt, extra culpã eſt, nec proinde ad aliud tenetur, quàm vt quas habet contra ſuũ creditorẽ præſtet actiones, vt proximè diximus. Qui enim paratus eſt ſoluere pro eo habendus eſt, ac ſi ſoluiſſet, & pignus hoc ipſo liberatũ intelligitur ſiue in iudicio ſiue extra iudicium oblatio facta ſit *l. ſi rem 9. §. vlt inf. tit.* vt ſcilicet poſſit exinde agere pignoratitia, non tamen vt ſit liberatus citra obſignationem. Iunge quæ ſcripſi ad §. proximè præcedentem.

b *Sumptum planè litis.* Rat. dvb. Ceſſio actionum fieri ſolet & debet eo æquitatis colore, quòd æquum ſit creditorem id ſaltem præſtare, quod ſine ipſius diſpendio futurum eſt *l. in creditore 58. in fin. infr. de euict.* Ergo cùm commodatarius in ea ſpecie, quã nunc tractamus, liberetur cedendo & præſtando actionẽ, quam contra creditorem ſuũ pignoratitiũ habet, non eſt cogendus ſumptum litis, cæteráque agnoſcere litis, & actionis incõmoda. Dec. Factũ cuiq. ſuum nocere debet non alteri *leg factum 155. de regul. iur.* Atqui ponimus rem commodatam fuiſſe datam pignori ab ipſo commodatario, non à commodatore, quamuis ex commodatoris voluntate, voluntas enim illa eo tantùm pertinet, vt nexu pignoris res commodata obſtringi poſſit, non antẽ vt commodator ipſe rem ſuam pignori dediſſe videatur. Ergo ſi quos ſumptus litis fieri neceſſe ſit, vt neceſſe eſt, in exercenda actione pignoratitia quam commodatarius commodatori præſtiterit, eos commodatarium agnoſcere æquum eſt, vt quemadmodum actionem, ita & factum ſuum præſtet *arg. leg. pen. infr tit prox. l. de ſuo 9. infr. mandat.* Nam neque ob hoc ſolùm tenetur commodatarius in hac ſpecie præſtare actionem, quòd eam habeat, vt in *d. l. in creditore & l. quod debetur 51. inf. de pecu.* ſed quia facto ſuo rei commodatæ poſſeſſionem cõmodatori ſubtraxerit, dando eã pignori pro ſuo debito ſuo creditori. Simile quiddã eſt in *l. nam & Seruius 21. §. vlt. ſupr. de neg. geſt.* Eſſet autẽ iniquiſſimum commodatorem ex ſuo beneficio incõmodum illud reportare, vt alienã litem ſuo ſumptu ac periculo exercere ac perſequi cogeretur: neque verò bona fides hoc patitur cuius præcipua ratio habenda eſt in cõtractib. bonę fidei, qualis eſt contractus cõmodati. Itaq. non poſſum probare, quod quidã notant, aliud eſſe in contractu depoſiti, cùm æquè ſit ille bonæ fidei. Nam quod ſcriptum eſt in *l. ſi in Aſia 12. §. 1. inf. depoſ.* audiendũ eſſe eum qui depoſuit, ſi depoſitũ alibi factũ Romam perferri velit, dũmodo ſuis ſumptibus, ſuóque periculo, ad eum caſum non pertinet, in quo res depoſita in aliũ locũ tranſlata ſit facto depoſitarij, & ex ipſius contractu in alienas manus peruenerit, à quibus poſtea ſine actione auelli non poſſit, vt in ſpecie huius §. Eſt igitur hoc ius cõmune in omnib. bonæ fidei iudicijs, vt ſcriptum eſt in *d. l. ſi in Aſia §. 1.* vbi additur, in actione quoq. ad exhibendum idem iuris eſſe, quamuis non ſit illa bonæ fidei, ſed arbitraria: quod & idem Vlpianus noſter ſcribit in *l. ſed etſi 11. §. 1. ſupr. ad exhib.*

13 ¶ Si me rogaueris, vt ſeruum tibi cũ lãce commodarẽ, & ſeruus lancẽ perdiderit: Cartilius ait, periculum ad te reſpicere: nam & lancem videri commodatam. quare culpam in eam quoque præſtandam. planè ſi ſeruus cum ea fugerit [a], eum, qui commodatum accepiſſet, non teneri: niſi fugæ præſtitit culpam.

*Ad §. 13. Si me rogaueris.*

Rat. dvb. Factum & culpam ſerui tui æquius eſt tibi nocere, quàm mihi, cùm ſis dominus, & nihil mihi poſſit imputari, niſi illud fortè, quòd ſeruum tuum à te in commodatum acceperim, quod tamen eſſet ridiculum dicere, quia ſi te rogaui, vt mihi commodares, potuiſti tu beneficium recuſare, quod conceſſum fraudi & damno eſſe mihi non debet. Ergo etiamſi te rogauerim, vt ſeruum tuum mihi cum lance commodares, ſi tamen ſeruus tuus lanceam perdiderit, periculum ad te non ad me reſpicere debebit. Dec. Qui rogat ſeruum cum lance ſibi commodari, etiam lancem non minus quã ſeruum in commodatum accipit. Quid enim refert an ſeruum cum lance, an ſeruum & lancem ſibi commodari quis rogauerit? *l. Titia textores 36. § nihil diſtat l. ſi quis inquilinos 112. §. ſi ita legatum de legat. 1.* Ergo in lance commodata culpam & diligentiam præſtare debet, nonminus quã in ſeruo, ac proinde ita lancem cuſtodire, vt ſeruus eam perdere culpâ ſuâ non potuerit, cùm etiam in re non commodata, quæ tamen rei commodatæ ſequela & acceſſio ſit, idem iuris obtineat *§. vſque adeò ſupr.*

a *Planè ſi ſeruus cum ea fugerit.* Rat. dvb. Etiamſi commodatarius fugæ ſerui cauſam non præſtiterit, non tamen caret culpa, qui in cuſtodiẽda lance diligentiam exactiſſimam præſtare debuit. Poterat autem ita cuſtodire, vt non eſſet in poteſtate ſerui etiam fugientis lancem ſubripere aut perdere. Ergo etiamſi fugæ culpam non præſtiterit, perinde tamẽ pro lance commodati actione teneri debet. Dec. Qui ſeruum cum lance commodauit, vtrumque non ſeparatim, ſed coniunctim commodaſſe intelligitur, nec proinde imputare commodatario poteſt, cur lancem apud ſeruum reliquerit. Ergo ſi cõmodatarius fugæ ſerui culpam non præſtiterit, nihil eſt quod imputari ei poſſit, etiamſi ſeruus cum lance fugerit, quemadmodum è contrario ſi fugæ culpam præſtiterit, etiam in lance culpam præſtitiſſe credendus eſt, quamuis non ideò ſeruo lancis cuſtodiam commiſiſſe videatur, vt Bart. ad §. *ſeq.* ſcribit. Igitur aliud eſſet ſi dominus ſeruum & lancem ſeparatim, diuerſiſque contractibus, & temporibus commodaſſet.

14 ¶ Si da

Digitized by Google

14 ¶ Si de me petiiſſes, vt triclinium tibi ſternerem, & argentum ad miniſterium præberem, & fecero: deinde petiſſes, vt idem ſequenti die facerem, & cùm commodè argentum domum referre non poſſem, ibi hoc reliquero, & perierit: qua actione agi poſſet, & cuius eſſet periculum? Labeo de periculo ſcripſit, multum intereſſe, cuſtodem poſui, an non. ſi poſui: ad me periculum ſpectare. ſi minùs, ad eum, penes quem relictum eſt. ego puto, commodati quidem agendum: verùm cuſtodiam eum præſtare debere, penes quem res relictæ ſunt: niſi aliud nominatim conuenit.

*Ad §. 14. Si de me petiiſſes.*

Rat. dvb. Qui poſuit cuſtodem, hoc ipſo videtur onus & periculum cuſtodiæ ſibi impoſuiſſe, & commodatarium, ad quem alioqui cuſtodia pertinebat, ab eo periculo liberaſſe *arg. l. ſi ſoluturus 39. in fin. de ſolut. l. quarundam 49. infr. de acquir. poſſ. l. vltim. verſ. etſi quidem C. de pact. conuent. tam ſupr. dot.* ex qua lege noſtri probare ſolent expreſſam prouiſionem hominis facere, vt ceſſet tacita prouiſio legis. Qui verò cuſtodem non poſuit, reliquit onus cuſtodiæ & periculi in diſpoſitione iuris communis. Ergo in propoſita ſpecie ſi à me petieris vt triclinium tibi ſternerem, & argentum, id eſt, ſupellectilem argenteam ad triclinij miniſterium præberem, id eſt, vt benè Accurſius explicat, commodarem, & ego fecero, deinde petieris vt idem ſequenti quoque die facerem, & cùm commodè argentum referre domū non poſſem, ibi id reliquero, & perierit, ſi quæratur, cuius ſit periculū, bona eſt diſtinctio Labeonis, vt ſi poſuerim cuſtodiam, ad me periculum pertineat: ſi minùs ad commodatarium penes quem argentum relictum eſt. Dec. Multùm intereſt, an cuſtos apponatur ab initio an ex poſtfacto: ſi ab initio, cuſtodiæ onus & conſequenter periculum in ſe recipit qui cuſtodem apponit *d. l. ſi ſoluturus & dict. l. quarundam l. ſi ego 9. §. vlt. infr. de iur. dot. l. dominus horreorum 55. infr. locat. l. vlt. §. 1. ſupr. naut. caupon. ſtabul.* ſed ſi ex poſtfacto, non item. Non enim tam facilè eſt alicui exonerare ſe cuſtodia, qua iam eſt oneratus, quàm ſi nondum ea oneratus ſit; ſicuti facilius cuique eſt, non incidere in obligationem quàm vbi inciderit, ab ea ſe liberare. Quid enim vetat cuſtodem adiici cuſtodiæ, quàm alius præſtare debet, vt res tanto meliùs & certiùs cuſtodiatur? Nempe ſi res cui cuſtos datur, penes eum relinquatur, qui cuſtodiam præſtare iam anteà debuerat: alioqui ſi ab eo auferatur, vt ſoli committatur cuſtodi, nullam exinde cuſtodiam præſtare is debet, qui ante debuerat, quaſi re iam reddita, vt non inſubtiliter Bartolus ad hunc §. diſtinguit *ex l. eum qui 10. §. vlt. & l. ſi merces 12. in princ. infr. hoc tit. iunct. l. 3. § ſi reddita ſupr.* Exēplū eſt accōmodatum quod idē Bart. adfert, ſi quis familiam ſuam miſerit ad cuſtodiendos carceres. Non enim idcirco commentarieſis liberatur, quominùs cuſtodiam carcerum æquè ac anteà præſtare teneatur. Aliud eſt ſi commodatus ſit ſeruus cum re aliqua, vt in ſpecie *§. præcedentis.* Non enim ideò videri poteſt ſeruus cuſtos datus rei, cum ipſo commodatæ. Ideóque ſeruanda ſunt ea, quę diximus ad *§. ſuperiorem.* Planè in dubio non eſt credendus is qui cuſtodem appoſuit id egiſſe, vt eum qui alioqui cuſtodiam præſtare debuerat, ab ea cuſtodia liberaret, vt & idem Bartolus concludit ex *l. pen. ſupr. Vſufr. quemadm. caueat.* Ex his intelligimus verum eſſe quod Azo contra Ioannem ſenſit, reprehendi ab Vlpiano diſtinctionem Labeonis circa periculum rei commodatæ, de quo ſolo dubitari poterat. Etſi enim duplex quæſtio propoſita fuerat: prima de actione quæ in hac ſpecie competere poſſit, ſecunda de periculo rei commodatæ: attamen quod ad primam attinet, non magis Labeo, quàm Vlpianus dubitauit commodati actionem competere (fuerat enim argentum ſanè commodatum ad vſum triclinij, non locatum, cùm nulla merces interueniſſet) ſed quod ad periculum tantummodò ſpectat, diſſentit Vlpianus à Labeone, concludens indiſtinctè argenti commodati periculum ſiue cuſtos à commodatore ex poſtfacto poſitus ſit, dum ne ab initio ſiue poſitus non ſit, ad commodatarium pertinere, apud quem res argenteæ commodatæ remanſerunt: quaſi poſito cuſtode, vt vtriuſque diligentia melius res cuſtodirentur, nō autem vt commodatarij diligentia cum cuſtodis cura & diligentia commutaretur. Neque verò quod ad augendam cuſtodiæ ſecuritatem factum eſt, vt commodatori prodeſſet, eidem nocere debet ad minuendam commodatarij obligationem *l. legata inutiliter 14. de adim. legat.* Alia ſanè quæſtio eſt de periculo, alia de cuſtodia rei *l. ſi rem 18. in princ. aliàs l. ſi gratuitam 17. §. Papinianus infr. de praſcript. verb.*

15 ¶ Si duobus vehiculum commodatum ſit, vel locatum ſimul: Celſus filius ſcripſit libro ſexto digeſtorum, quæri poſſe, vtrùm vnuſquiſque eorum in ſolidum, an pro parte teneatur? & ait, duorum quidem in ſolidum dominium[a], vel poſſeſſionem[b] eſſe non poſſe, nec quemquam partis corporis dominum eſſe: ſed totius corporis pro indiuiſo pro parte dominium habere. vſum autem balnei quidem, vel porticus, vel campi vnius cuiuſque in ſolidum eſſe. neque enim minùs me vti, quòd & alius vteretur, verùm in vehiculo commodato[c] vel locato, pro parte quidem effectu me vſum habere, quia nō omnia loca vehiculi teneam, ſed eſſe verius[d] ait, & dolum, & culpam, & diligentiam, & cuſtodiā in totum me præſtare debere, quare duo quodammodo rei habebuntur[e]. & ſi alter conuentus præſtiterit, liberabit alterum, & ambobus competet furti actio.

*Ad §. vlt. Si duobus vehiculum.*

Rat. dvb. Cùm duobus vehiculum commodatum aut locatum eſt ſimul, id eſt, eodem contractu vel dominium rei conſideramus, vel poſſeſſionem, vel vſum rei commodatæ: ſed dominium vel poſſeſſionem, certum eſt neque dominium, neque poſſeſſionem eiuſdem rei poſſe penes plures eſſe in ſolidum: non poſſeſſionem, quæ facti & corporis eſt, non magis, quàm vt in quo loco ego ſto, tu ſtare poſſis *l.3. §. ex contrario infr. de acquir. poſſ. l. duo in ſolidum 19. infr. de precar.* Id enim fieri non poſſet citra penetrationem dimenſionum, quam impoſſibilem eſſe aiunt & conſentiunt philoſophi. Ergo nec dominium, quoniam dominia cœperunt à naturali poſſeſſione *l.1. de acquir. poſſeſſ.* Quanquam cùm de commodato tractatur, fruſtra eſt de dominio aut poſſeſſione quærere, cùm rei commodatæ neque dominium neq; poſſeſſio in commodatarium tráſferatur *l. rei commodata 8. & ſeq. infr. hoc tit.* Si verò vſum inſpicimus rei commodatæ, qui vſus proculdubio transfertur in commodatarium, cùm non poſſit fieri commodatum niſi in certum vſum, certúmque tempus, conſtat non eo minùs quidem vti quem re commodata, quòd eadem re etiam alius vtatur, vt dici ſolet de vſu balnei, vel porticus vel campi, ſed tamen in effectu vnumquemque ex cõmodatariis, non niſi pro parte vſum vehiculi habere, quandoquidem necumuia vehiculi loca occupat. Ergo non poteſt eorum vnuſquiſque in ſolidũ teneri actione commodati, ſed pro parte duntaxat: nec proinde poſſunt videri duo eſſe rei debendi. Tum enim fiunt duo, rei debendi cùm ſinguli in ſolidum obligantur, & omnium par & vna eſt obligatio *l.1. 2. & paſſ. infr. de duob. reis.* Conſequenter dicendum eſt, neque culpam neque diligentiam præſtari in ſolidum à ſingulis debere. Prius enim eſt vt quis ſit commodatarius in ſolidum, quàm vt culpam & diligentiam in re commodata præſtare in ſolidum debeat. In cóque errauit ſanè Bartolus, diſtinguens obligationem priuatiuam, vt vocat, quæ ad rei commodatæ reſtitutionem pertinet, ab obligatione ſecundaria, quæ contrahitur ratione doli, vel culpæ: exiſtimans Vlpiani & Celſi in hoc §. ſenſum illum eſſe, vt in obligatione priuatiua quilibet ex commodatariis teneatur pro parte tantùm, quia in ſolidum ad eos peruenire non poteſt: in obligatione verò ſecundaria quilibet teneatur in ſolidum, quia pro parte delinqui non poſſit. Verius enim eſt, quod vult Accurſius commodatarios plures teneri ſingulos in ſolidum actione commodati, & ad rem reſtituendam & ad culpam atque diligentiam præſtandam: quamuis ſi res commodata non reſtituatur, æſtimatio condemnationis, quam in pecunia numerata fieri neceſſe eſt, inter eos pro partibus virilibus diuidatur: quomodo in pluribus depoſitariis ſcriptum eſt in *l. ſi duo 22. in fin.* vbi Marcellus diſertè ſcribit, ſicuti in ſolidum quiſque ex depoſitariis dolo facit, ita niſi pro ſolido rem nõ poſſe reſtitui, & niſi integræ rei reſtitutione eum cum quo actum eſt, liberari non poſſe. Nec quod ad ſingulos commodatarios res commodata peruenire in ſolidum non poſſit, quod Bartolus obiicit, ad rem facit. Nam imò verò poteſt peruenire ad vnũquemque in ſolidum, quantum ad vſum, licèt non quantum ad dominium, & poſſeſſionem. Hoc verò ſufficit, cùm, vt diximus in commodato, neque dominium tráſferatur neque poſſeſſio, ſed tantùm vſus, qui tertiam quandam ſpeciẽ cõſtituit, vt notat Accurſius, à dominio & poſſeſſione differentẽ. Ergo decidendi ratio eſt, quia etiam ex cõmodato & depoſito, & locato, vt ex aliis ferè omnibus contractibus ſicuti duo rei debendi conſtitui poſſunt *d. l. ſi duo l. eandem 9. infr. de duob. reis l. item quæritur 13. §. duo rei infr. locat.* ita & quaſi correi. Nec tãtum ſi hoc nominatim actum ſit, vt malè requirit Accurſius (id enim tantũ obtinet in iis qui per ſtipulationẽ aut aliter correi debendi verè fiunt) ſed etiamſi id actum non ſit vt correi fierent, quia ex natura negotij ſtatim id agi intelligitur, vt ſint quaſi correi, cùm rei reſtitutio fieri pro parte non poſſit, vt diximus. Atqui obligatio correorum debendi eius conditionis eſt, vt ſingulos in ſolidum teneat, præbeatq; cõtra ſingulos actionẽ in ſolidum. Fatendũ igitur eſt cõmodati & locati actiones in ſolidum competere aduerſus vnũquemque eorum, qui vehiculum cõmodatò acceperunt aut cõduxerunt, ideóque ſi quis eorũ dolum aut culpam contraxerit, teneri eum in ſolidũ debere, non tam quòd pro parte delinqui non poſſit, vt vult Bartolus, etſi hoc quoque verum eſt *dict. l. ſi duo depoſit.* quàm quia reſtituendi obligatio cùm tota facti ſit, indiuidua eſt, vt eadem lex probat, & *l.1. §. ſi apud duos eod. tit.* Scilicet cùm non diuiſum commodatum, nec diuiſa locatio fuit, ſed pluribus ſimul & coniunctim facta vt in *l. ſi diuiſa 13. C. de locat.* ne poſſit dubitari quin commodator vel locator omnium fidem ſimul ſecutus ſit, & ſingulorum intuitus perſonam, vt Marcellus loquitur in *l. cùm apparebit inf. eod. tit. locat.* Quod quemadmodum non eſt præſumendum quoties id quod à pluribus præſtandum eſt, diuiſionem recipit, vt precium, quod à pluribus emptoribus debetur, aut merces, quæ à pluribus conductoribus (quod vtrumque conſiſtit in pecunia numerata) niſi de eo appareat, vt ſcriptum eſt in *d. l. cùm apparebit.* ita cum de reſtitutione agitur, quæ ſemper indiuidua eſt, & quidem rei indiuiduæ, cuiuſmodi eſt vehiculum, non relinquitur locus quæſtioni voluntatis an id actum ſit, vt duo fierent correi debendi, qui nec niſi in ſolidum obligari potuerant *l. ſtipulationes non diuiduntur 72. l. in executione 85. iunct. l. 4. §. Cato de verb. oblig.* Et in hoc rurſum errauit Bartolus, benè verò ſenſit Accurſius. Nec me monet argumentum quo Bartolus vtitur ex *l.3. §. heres ſupr.* cùm ait, obligationem ad rem commodatam reſtituendam diuidi inter plures commodatarij heredes pro hereditariis portionibus, quaſi eadem iuris ratio faciat, vt æquè diuidi debeat inter plures commodatarios. Eſto enim, quod vult Bartolus, vt idem iuris eſſe debeat in pluribus commodatariis, quod in pluribus vnius commodatarij heredibus (quamquam nec admitti hoc poteſt, cùm plures commodatarij poſſint eſſe, & ſint correi debendi, & ſint ſemper quaſi correi non etiam plures vnius commodatarij heredes, quia lex ſola 12. tabul. facit eos debitores non propria conuentio,) attamen in hoc etiam errat Bartolus, quod putat, commodati, aut locati actionem ad hoc dari, vt res commodata vel locata reſtituatur. Quod certè non ita eſt. Datur enim ad id quod intereſt commodatoris, aut locatoris, ſi non ante acceptum iudicium, aut ſaltem ante condemnationem res commodata vel locata reſtituatur, & quidem cum omni eo quod actoris intereſt, ſi reus litem ſecum conteſtari paſſus ſit, adeóque moram extra iudicialem ante litem conteſtatam contraxerit; à quo nimirum tempore

conſtat

conſtat id quod intereſt ex bonæ fidei iudiciis deberi, vt & vſuras & fructus, cæteráſque ſi quæ aliæ ſunt acceſſiones *l. mora 32. §. in bonæ fidei l. videamus 38. § antepen. iunct. l. 34. & ſeq. infr. de vſur.* Hoc ergo dicimus, obligationem rei commodatæ reſtituẽdæ quæ plures commodatarios tenet, aut plures heredes vnius commodatarij, eſſe indiuiduam, quod ad ipſos attinet, & quod ad rem ipſam reſtituendam, quia non niſi in ſolidum reſtitui res poteſt *d. l. ſi duo*, adeò vt nec quæſtioni locus fieri poſſit, an aliquis eorum pro parte reſtituendo, pro parte liberetur, actionem verò, quæ commodatori contra eos competit ob nõ factam commodati reſtitutionem, & ad id quod intereſt, cuius æſtimatio ſemper pecuniaria, ac proinde diuidua eſt, diuidi in tot partes quot ſunt perſonæ commodatariorum, aut heredum vnius commodatarij, niſi cùm vnus ex commodatariis aut ex heredibus totius rei reſtituendæ facultatem habet: quo caſu dicimus arbitrio iudicis conuenire, vt in ſolidum eum condemnet, quaſi cuius ſolius contumacia locum faciat condemnationi *d. §. heres.* Neque de hoc aut dubitat, aut quærit hoc loco Vlpianus, ſed de eo tantùm, an & dolum & culpam & diligẽtiam & cuſtodiam in re commodata præſtare in ſolidum ſinguli commodatarij debeant, vt etiamſi alter tantùm in dolo vel culpa vel negligentia fuerit, alter tamen æquè conueniri eo nomine poſſit, ac ſi dolum ipſe aut culpam aut negligentiam admiſiſſet, id enim propriè eſt, obligatos eſſe illos in ſolidum, ex vnius ſcilicet ſiue dolo ſiue culpa ſiue negligentia alios quoque teneri, & quidem in ſolidum *dict. l. 1. §. ſi apud duos & d. l. ſi duo infr. depoſit.* Fefellit Bartolum, vt & cæteros interpretes, quòd commodati obligationem ab actione commodati non diſtinxit: obligatio non niſi rei reſtituendæ eſt, ſed actio non ad reſtitutionem rei datur, ſed ad æſtimationem eius quod intereſt, ſi res commodata nõ reſtituatur. Rurſum obligatio rei cõmodatæ reſtituendæ naſcitur ex ipſo cõtractu, qui traditione perficitur, non expectato dolo aut culpa cõmodatarij: ſed actio non naſcitur, niſi ex dolo & culpa aliqua, ſaltem leuiſſima: qua ceſſante, nulla certè commodati actio eſt, quæ exerceri poſſit. Itaque nihil aliud eſt quærere vtrum commodatarij ſinguli actione commodati in ſolidum teneãtur, quàm hoc ipſum quærere, an ob dolum, aut culpam vnius ex commodatariis; alius conueniri actione commodati poſſit. In eóque rurſum errauit Bartolus, quòd ſicut obligationem commodati ab actione non diſtinxit, exiſtimans vtramque ad rei commodatæ reſtitutionem pertinere, ita commodati actionem quam ille nouo & prudentibus inuſitato nomine ſecundariam vocat, à cuſtodia & periculo rei commodatę ſeparauit, quaſi alius commodati actione teneatur, quàm qui aut dolum aut minorem quàm debuit negligẽtiam in re conſeruanda præſtitit, de illo ſiquidem loquimur, qui rẽ commodatam penes ſe non habeat, nec proinde ipſius reſtituendæ facultatem, & qui tamẽ actione commodati ſola teneatur. Nam ſi rem habeat, nec velit eam reſtituere, cùm poſſit, quia dolo non caret, facitque furtum, exinde ſe obligat condictione furtiua, quomodo de depoſitario ſcriptũ eſt in *l. ſi quis infitiatus 13. §. 1. infr. depoſit.* At ſi rem ſine dolo malo, vlláq; culpa amiſerit, nulla actione tenetur, ne quidẽ cõmodati, & obligatio, qua priùs tenebatur ad rei reſtitutionẽ, hoc ipſo fit inefficax, cùm res citra dolum & culpam commodatarij amiſſa eſt, tãquã nihil ſit quod reſtitui poſſit aut debeat, vel cuius æſtimatio iure eius quod intereſt, præſtanda ſit.

a *Duorum quidem in ſolidum dominium eſſe non poſſe.* RAT. DVB. Rectè dicimus eum fundum totum noſtrum eſſe, & in ſolidum, cuius nullam partem alius dicere poſſit ad ſe pertinere *l. rectè dicimus 25. de verb. ſignific.* Atqui poteſt fundus & alia res quælibet ita communis eſſe duorum, vt neuter poſſit in eo fundo vel in ea re partem vllam, quæ ſua ſit, demonſtrare. Ergo poteſt eiuſdem fundi aut alterius rei dominium ad plures in ſolidum pertinere.

DEC. Plures domini eiuſdem rei dominium pro indiuiſo habentes, iuris tantùm intellectu non etiam diuiſione corporis partes obtinent, inquit Papinianus in *l. Mæuius 66. §. duorum de legat. 2.* Nec quiſquam eorum dominus eſt partis corporis, ſed totius corporis pro indiuiſo dominium pro parte habet, vt eleganter ac ſubtiliter ex Celſo Vlpianus hîc loquitur. Ergo verum eſt plures eiuſdem rei dominos in ſolidum eſſe non poſſe: quod & ſcriptum eſt in *l. de hereditate 19. §. pater infr. de caſtrenſ. pecul.* Ratio illa eſt, quam ſuprà attulimus, quòd dominia rerum à naturali poſſeſſione cœperunt *l. 1 inf. de acquir. poſſ.* Duo autem ſimul poſſidere non poſſunt, vt mox dicemus, non magis quàm fieri illud poteſt, vt in quo loco ego ſto, tu ſtare videaris *l. 3. §. ex contrario eod. tit.* ne alioqui danda ſit & admittenda penetratio dimenſionum. Nec rurſum poſſit quis pro dubitandi ratione obiicere, poſſe plures in ſolidum vti balneo, vel portico, vel campo Martio. Earum namque rerum, & ſi quæ aliæ ſunt eiuſdem generis, quæ ſunt vniuerſitatis, neque dominium habemus, neque poſſeſſionem, ſed vſum duntaxat: quem plurium eſſe vtique nihil prohibet, cùm non eo minùs iis rebus vti quis poſſit, quòd alius iiſdem vtatur, quomodo & in vehiculo pluribus commodato contingit, vt ſcriptum eſt in hoc §. quando ſcilicet vehiculum adeò ſpatioſum eſt, & non omnia loca vehiculi occupent ſinguli: alioqui pluribus ſimul & in ſolidum commodari vehiculum non poſſet: quo tamen etiam caſu alia ratio eſt vehiculi, alia balnei, porticus, & campi Martij, vt Ioannes hîc benè notat ex hoc textu in *verſ. Verum in vehiculo.* Denique non obſtat ſuperioribus quod nonnulli obiiciunt, poſſe pecuniam pluribus in ſolidum dari mutuam *l. ſi non ſinguli 5. C. ſi cert. petat.* cùm tamen ex mutuo dominium transferatur. Id enim non ad ius acquirendi dominij pertinet, quaſi ſingulis debitoribus in ſolidum acquiratur, ſed ad cauſam contrahendæ obligationis, vt perinde ſinguli quaſi correi in ſolidum obligentur, ac ſi ſinguli facti eſſent in ſolidum domini pecuniæ creditæ.

b *Vel poſſeſſionem.* RAT. DVB. Poteſt fieri vt duo eandem rem in ſolidum poſſideant, vnus iuſtè, alius iniuſtè *l. 3 in princ. inf. vti poſſidet* vnus naturaliter, alius ciuiliter *l. & habet 15. §. eum qui infr. de precar. l. 1. §. quod vulgò & ſeq. de vi & vi armat. l. naturaliter 12. in pr. l. poſſeſſio 49. iunct. l. pen. de acq. poſſ.* Ergo non eſt abſolutè verũ, quod hic Vlpianus ſcribit eiuſdẽ rei poſſeſſionem penes duos in ſolidum eſſe non poſſe.

DEC. Poſſeſſio ſiue à pedum poſitione, ſiue à ſedibus dicta ſit, æſtimatur ex naturali cuiuſque rei occupatione & adprehenſione *leg. 1. eodem titul.* magis enim facti eſt, quàm iuris *dict. l. 1. § ſi vir vxori eod. l. denique 19. ſuprà ex quibus cauſ. maior* licèt pluſimùm ex iure mutuetur *dict. l. poſſeſſio in princip. & § 1.* Atqui non poteſt fieri, vt in quo loco ego ſto, tu quoque ſtes, aut in quo ſedeo, tu ſedeas, quoniam alioqui daretur penetratio, dimenſionum,



Digitized by Google

cùm ego totum meum locum occupem, tu ſimiliter tuum totum. Ergo fieri nequit vt duo in ſolidum rem eandem poſſideant. Ne quidem cum illa diſtinctione, vt poſſideat vnus iuſtè, alius iniuſtè, quoniam in cauſa poſſeſſionis non multùm intereſt iuſtè quis poſſideat, an iniuſtè, vt contra Sabinum & Trebatium Labeo iam olim diſputauit, cuius ſententiam Paulus refert, & probat in *l.3. §.ex contrario eod.tit. de acquir.poſſ.* Ex quo loco euidenter apparet diſſenſiſſe in hac quæſtione Iureconſultos veteres, nec minùs Paulum cuius ea lex eſt, ab Vlpiano in *dict.l.3. in princ. vti poſſid.* quamuis Iulianus, qui Sabinianus fuit, Sabini ſententiam magis probaſſe videatur in *l. duo in ſolidum 19. infr. de precar.* vbi cùm ait duos in ſolidum precario habere non magis poſſe quàm duos in ſolidum vi aut clam poſſidere, propterea quòd neque iuſtæ neque iniuſtæ poſſeſſiones duæ concurrere poſſint, oſtendit euidenter ſe non dubitare, quin poſſit iuſta poſſeſſio vnius cum alterius iniuſta poſſeſſione concurrere. Nec pugnat quod Vlpianus, qui æquè Sabinianus fuit, negat in hoc §. poſſeſſionem penes duos eſſe in ſolidum poſſe. Obſeruandũ enim eſt referri tantùm Celſi ſententiam, qui fuit Proculianus, quique ideò ſupradictam Sabini ſententiam & diſtinctionem non admittebat, aut ſi quis Vlpiani quoque ſententiam hanc eſſe velit, accipere eam debebit iuxta Sabini opinionem ac diſtinctionem. Quare nec illorum diſtinctio probanda eſt, qui naturalem quidem & corporalem poſſeſſionem fatentur penes duos eſſe non poſſe, ſed ciuilem poſſe, ciuilem eam appellantes quæ animo retinetur, non corpore. Etſi enim verum eſt ſolo animo retineri poſſeſſionem, quamuis ſolo animo acquiri non poſſit, certum tamen eſt tandiu animo eam retineri quandiu ab alio non eſt corpore occupata, adeò vt ſufficiat poſſeſſorem ſuſpicari, poſſe ſe repelli ab eo qui ingreſſus eſt poſſeſſionem corpore *l. ſi id quod 25. §. vlt. iunct. l. clam poſſidere 6. §. qui ad nundinas de acquir. poſſ.* Eſtque error non leuis magnorum interpretum exiſtimantium ciuilẽ poſſeſſionem eam dici quę animo ſolo retinetur. Naturalis enim & corporalis illa eſt, quæ corpore quæſita retinetur ſolo animo quandiu is, qui animo poſſidet, in ea cauſa eſt, vt naturalem & corporalem quoties volet adprehendere ac nãciſci poſſit. Cæterùm ciuilis poſſeſſio ea dicenda eſt, quæ non ſolo corpore conſiſtit, ſed etiam iure, vt loquitur *l. nemo ambigit 10. C. eod. tit.* vbi dicitur poſſeſſionis duplicem eſſe rationem, vnam, quæ iure conſiſtit, aliam, quæ corpore. Eſt igitur ciuilis ea demùm quæ iuſta eſt, vt quæ titulum habet & bonam fidem, quæque ſola prodeſt ad vſucapionem. Naturalis verò quatenus ciuili opponitur, ea tantùm quæ eſt iniuſta, qualis eſt poſſeſſio furis, & prædonis. Nam cùm poſſidere nihil aliud ſit, quàm ſibi habere, & animo domini, vt Theophilus diffinit in Inſtitutionibus, negari non poteſt quin fur & prædo verè poſſideãt, quamuis iniuſtè cum animo domini rem teneant. Vnde eſt quod etiam interdicta omnia habent, quæ veris poſſeſſoribus dantur *l.1. §.vlt. & l.2. infr. Vti poſſid. l. ſi alius 7. §. belliſſimè. Quod vi aut clam l. 3. §. cum igitur de vi & vi armat.* Id enim eſt quod dici ſolet, etiam prædonem ſi ſpoliatus ſit, reſtituendum eſſe aduerſus prædonem *cap. in literis Ext. de reſtit. ſpolia.* Non tamen poteſt ciuilis eſſe illorum poſſeſſio, cùm ſit iure improbata: ideòque naturalis dicitur, quia ciuilis nec eſt, nec eſſe poteſt. Alio tamen ſenſu ſunt qui naturaliter poſſidere dicantur, qui proculdubio verè nõ poſſident, ac proinde nec iuſtè nec iniuſtè, quia ſibi non habent, nec animo domini, vt colonus, emphyteuta, depoſitarius, cõmodatarius, fructuarius, & alij ſimiles, qui in poſſeſſione eſſe veriùs dicuntur quàm poſſidere, quod longè aliud & diuerſum eſt *l. ſi quis ante 10. infr. de acq. poſſ. l.3. §. creditores Vti poſſid. l. cùm legatorũ 12. Quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eat. l. certè 6. §. is qui rogauit infr. de precar.* Et tamen dicũtur poſſidere naturaliter *l. communis 7. §. neque colonus ſupr. Commun. diuid. l.3. §. vlt. & l.4. ſupr. ad exhib. l. naturaliter 12. in princ. infr. de acq. poſſ.* id eſt reuera, & facto ipſo, quia incumbunt naturaliter poſſeſſioni *d.l.3. §.vlt.* quomodo dicimus, naturaliter aperiri tabulas teſtamenti, & naturaliter clauſas eſſe in *l.3. §.aperire autem infr. de SC. Silan.* & licère contrahentibus in emendo & vendendo naturaliter ſe decipere *l. in cauſa 16. §. idem Pomponius ſupr. de minor.* Itaq; opponitur hæc naturalis poſſeſſio, quæ propriè poſſeſſio non eſt, veræ poſſeſſioni tã naturali quàm ciuili, non quomodo naturalis vera & própria, ſoli ciuili. Ex his intelligimus non magis ciuilem poſſeſſionem ſolam penes duos in ſolidum eſſe poſſe, quàm naturalem ſolam ſiue propriam ſiue impropriam, quandoquidem ciuilis ſola nulla eſt, id eſt, quę non etiam naturalem comitẽ habeat, & quæ non inceperit à naturali & corporali. Nulla enim ſolo animo acquiritur nec ſine aliquo actu corporali, quamuis corpore quæſita etiam ſolo animo retineatur, vt diximus, quod cùm accidit, nõ fit poſſeſſio ex naturali ciuilis, vt plerique putãt, ſed remanet & conſeruatur, qualis anteà fuit, id eſt, & naturalis ſimul, & ciuilis, ſi iuſta fuit, aut naturalis tantùm, ſi iniuſta dummodò vera. Nam quæ naturalis impropriè dicitur, ea cùm verè poſſeſſio non ſit, nec acquiritur animo nec retinetur, ſed tantùm corpore, vnde & à noſtris aſinina detentio dicitur, quamuis non ſine animo eius deferendæ amittatur *l. ſi de eo fundo 40. §.1. de acquir. poſ. l. vlt. C. eod.* Planè ſi poſſeſſio ciuilis ea dicenda eſſet, quę ſolo animo retineretur, non negarem fore, vt plures ciuiliter poſſidere poſſent. Quid enim prohibet quominùs plures eodem tempore animum habeant eandem rem poſſidendi? Etſi namque poſſidere eſt ſibi & animo domini habere, vt ex Theophilo diximus, nec plures eandem rem habere poſſunt iure dominij, non eo tamen magis prohibentur animo domini habere, cùm aliud longè ſit habere dominium, aliud verò habere animum tenendi rem iure domini, vt in fure ac prædone manifeſtum eſt. Sed hæc de poſſeſſione ad hunc locum notaſſe ſufficiat, licèt Accurſius noſter multas alias de poſſeſſione quæſtiones hîc congerat, quæ ad loci huius explicationem nil pertinent, & de quibus propriùs erit dicendi locus ad *tit. de acq. poſ.* ſi Rationalia noſtra eò vſque producere, quod diffidimus, licebit.

e *Verùm in vehiculo commodato.* RAT. DVB. Vſum balnei, vel porticus, vel campi Martij vniuſcuiuſque in ſolidum eſſe, ideò dicimus, quia verum eſt non eo minùs vti me his rebus, quòd alius iiſdem vteretur, vt proximè Vlpianus ex Celſo ſcripſit. Atqui eadem ratio in vehiculo pluribus commodato aut locato habet locum: nec.n. eo minùs vtor vehiculo, quòd etiam alius illo vtatur, quia neuter noſtrũ vehiculi loca omnia tenet, nec alius aliũ in vſu impedit. Ergo nulla inter vehiculũ commodatũ aut

loca-

locatum & ſupradictas res differentia hac parte dari poteſt, nec proinde in vehiculo magis quàm in aliis rebus dicendum eſt, prò parte tantum in effectu alterum ex commodatariis, vel conductoribus vſum habere. Dec. Diſtinguendum neceſſariò eſt, an vehiculum, quod commodatum vel locatum proponitur, eius ſit ſpatij & latitudinis, vt eius vſus æquè commodus pluribus eſſe poſſit, an non. Priore caſu certè non video, quænam differentia inter vehiculum & alias res hac parte eſſe poſſit, hoc eſt, quantum ad vſum vnicuique ex commodatariis aut conductoribus tribuendum in ſolidum; ſed poſteriore caſu euidens differentia, & differentiæ ratio eſt, quia licèt vnus ex commodatariis, qui ſolus vehiculo vtitur, non omnia vehiculi loca occupet, tantum tamen ex vehiculo occupat, quantum faciat ne alius commodatarius eodem vehiculo æquè vti poſſit. Itaque effectu ipſo pro parte tantùm vtitur vehiculo, quia non toto vtitur licèt ſolus vtatur. Dices nec in totum porticu vel balneo vel campo Martio vti eum qui ſolus vtitur, & tamē in ſolidum vti eum non pro parte, ſed reſpondendum eſt, balneum, porticum, campum Martium & alias huiuſmodi res quæ ſunt vniuerſitatis, quod ad proprietatem & poſſeſſionem eſſe ſingulorum ex vniuerſitate, quod ad vſum, hoc ipſo quod ſunt vniuerſitatis. Quod non ſimiliter de vehiculo vel commodato, vel locato dici poteſt.

d *Sed verius eſt.* His verbis reſpondet Vlpianus ad quæſtionem quæ propoſita fuerat in illis præcedentibus, *vtrum vnuſquiſque eorum in ſolidum an pro parte teneatur*, vt bene notat Accurſius. & nos ſuprà explicauimus. Perinde enim eſt, quod Vlpianus ait, & dolum, & culpam, & diligentiam in totum me præſtare debere, ac ſi ſcriberet me commodati actione in ſolidum teneri. Sequitur,

e *Quare duo quodammodo rei habebuntur.* Rat. dub. Correi debendi verè ſunt, qui ex contractu ſiue commodati, ſiue ex alio quolibet ita ſunt obligati vt eorum vnuſquiſque in ſolidum teneatur *l. 2. & 3. l. eandem 9. & paſſ. inf. de duob. reis.* Atqui cùm duobus vehiculum commodatum eſt, vnuſquiſque eorum & culpam & diligentiam & cuſtodiam præſtare in totum debet, vt proximè Vlpianus ex Celſo ſcripſit. Ergo habendi ſunt verè duo correi non quodammodo, vt lex ait, quę dictio & nota eſt improprietatis. Dec. Non ſunt verè correi debendi niſi de quibus actum eſt, vt correi fierent *l. 3. in princ. eod. tit.* adeoque nec ſi id actum niſi nominatim dictum ſit, ſi ad Iuſtiniani conſtitutionem Nouellam reſpicias, quæ eſt 99. *de duob. reis*, nec ſufficit ad duos pluréſve correos conſtituendos, vt ſinguli in ſolidum ſint obligati. Quid enim ſi, vt ait Bartolus, deducta ſit in obligationem res indiuidua? Nemo dubitat, quin ſinguli in ſolidum teneantur, nec eo magis tamen ſunt correi debendi *l. rem hereditariam 65. inf. de euict. l. 2. §. ſi tamen hominem de verb. obligat.* In propoſito autem, cùm duobus vehiculum commodatum vel locatum eſt, ſinguli quidem in ſolidum tenentur, ſed non alia de cauſa, quàm quia reſtituendi obligatio indiuidua eſt. Non ergo verè correi ſunt, ſed tantùm quaſi correi, & quodammodo duo rei, vt Vlpianus hîc loquitur. Nec quiſquam putauerit ſine effectu eſſe hanc differētiam: in iis enim qui ſunt ita obligati, vt in ſolidum teneantur propter obligationis naturam indiuiduam, nec tamen ſunt correi; non obtinent ea quæ ſpecialiter in correis debendi conſtituta ſunt, quale illud eſt, vt pactum vni factum proſit alteri, aut vt mora vnius noceat alteri *l. 2. l. pen. & paſſ. de duob. reis.* Habent tamen multa cum correis debēdi communia, & illa maximè quę in hoc §. addit Vlp. vt ſi alter conuentus præſtiterit in ſolidum quanti actoris intereſt alterum liberet, quem tamen ex eo ſolo quòd conuentus ipſe eſſet, liberaret, ſi duo correi debendi proponerentur, *d. l. 2. de duob. reis.* Sola enim petitione, & electione vnius, alter olim liberabatur citra ſolutionem. Quod Iuſtinianus noſter primus correxit in *l. vlt. C. de fideiuſſ.* item vt ſi furtum vni factum ſit, ambobus competat furti actio, quaſi facto ambobus furto, ita tamen vt alterutro agente, alteri tollatur furti actio. Fit enim primi occupātis vt dicemus ad *l. ſeq.* quamquam etſi malit is qui commodauit, ipſe agere contra furem, Iuſtinianus id ei permiſit in *l. vlt. in princ. C. de furt. §. quæ de fullone Inſtitut. de oblig. quæ ex delict. naſcunt.* In duobus depoſitariis idem iuris eſt, non enim electione, ſed ſolutione liberantur *d. l. 1. §. ſi apud duos infr. depoſit.* vbi additur, ſi ambo dolo fecerint, & alter id quod deponentis intereſt, ſolidum præſtiterit, non eſſe alterum conueniendum, exemplo, inquit Vlpian. duorum tutorum, quòd ſi alter vel nihil vel minùs facere poſſit, ad alium peruenietur. Idémque eſt, etſi alter dolo non fecerit, & idcirco ſit abſolutus. Nam & hoc caſu ad alium peruenietur. Quæ omnia cùm in duobus correis diuerſa ſint, apparet duos commodatarios rectiùs comparari duobus tutoribus, quàm duobus correis *l. 1. § nunc tractemus & ſeqq. l. ſi ex duobus 15. infr. de tutel. & ration. diſtr.* & ideò benè Vlpianum hîc ſcripſiſſe addita nota improprietatis, eſſe & illos quodammodo duos reos. Aliud eſt, ſi pluribus commodata ſit res aliqua vel apud plures depoſita *communi periculo vt in l. rem mihi 21. §. 1. infr. hoc tit.* Faciunt enim hæc verba vt eorum quiſque pro ſua tantum parte teneatur, & vt periculum, quod commune eſſe non cuiuſque proprium debet, diuidatur.

6. Pomponius libro 5. ad Sabinum.

VT alterutro agente, alterius contra furem tollatur.

*Ad l. Vt alterutro 6.*

Rat. dub. Nemo poteſt facto ſuo tollere alteri actionem *l. Grauius 71. §. penult. infr. de fideiuſſ. l. ſi Sticham 8. §. vlt. infr. de nouat.* vt neque exceptionem *l. vlt. ſupr. de pact.* Atqui cùm eadem res pluribus ſimul commodata eſt, ſi eius rei furtum factum ſit, competit ambobus furti actio, vt proximè dictum eſt. Ergo etiamſi alteruter eorum furti agat, actionem tamen alteri competentem non ideò adimere ei poteſt. Dec. Plures commodatarij, quibus eadem res ſimul commodata eſt, quodammodo duo rei habentur *§. vlt. l. prox. ſupr.* Atqui ex pluribus correis debendi vnius factum alteri pręiudicat *l. pen. inf. de duob. reis*, & qui prior actionem communem occupat, eam facit totam ſuam & alij correo adimit *l. 2. l. 3. §. 1. eod.* Ergo & in propoſito caſu idem dicendum eſt, quia, vt ait Accurſius, cum vtrique in

ſolidum ex eadem cauſa deferatnt furti actio, alteri per alterum præiudicari neceſſe eſt: ne alioquin eueniat, vt ex vna eadémque cauſa pluribus quis in ſolidum condemnetur, quod iniquum eſſet. Nam pluribus quidem teneri ex vna eadémque cauſa in ſolidum quis poteſt, at pluribus condemnari non poteſt. Simile quiddam eſt in *l. ſi Titius 9. de verb. oblig.*

7. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

VNde quæritur, ſi alter furti egerit, an ipſe ſolus debeat commodati conueniri? & ait Celſus: ſi alter conueniatur, qui furti non egit, & paratus ſit periculo ſuo conueniri alterum, qui furti agendo lucrum ſenſit ex re commodata: debere eum audiri, & abſolui.

*Ad l. Vnde quæritur 7.*

RAT. DVB. Vtrumque verum eſt, plures commodatarios, quibus eadem res in ſolidum & ſimul commodata eſt, & dolum & culpam & diligentiam & cuſtodiam præſtare ſingulos in ſolidum debere, & ambobus furti actionem, ſi res furto ſubtracta ſit, contra furem competere *§. vltim. l. ſi vt certo 5. ſupr.* Suntque propoſitiones iſtæ omninò diuerſæ & ſeparatæ, cùm aliud longè ſit agere vna actione, & alia actione conueniri, aliud actorem, aliud verò reum eſſe. Ergo quamuis alter commodatariorum ſolus contra furem egerit furti, non eſt tamen bona conſecutio, vt alter conueniri non poſſit, qui furti non egit, aut vt ſi conueniatur, & paratus ſit periculo ſuo conuenire alterum, qui furti agendo lucrum ſenſit ex re commodata, debeat ipſe audiri & abſolui: nam nec in duobus correis debendi id obtineret, qui ſola quidem electione liberantur inſpecto iure vetere, ſi alter eorum conueniatur, at non item ſi alteruter eorum agat contra tertium, quamuis agendo tantum conſecutus ſit quantum neceſſe eſt ad dimittendum communem creditorem. Accidit enim hoc ab extrinſeco, nec obligationis correorum naturam & ſubſtantiam ab initio certa lege conſtitutam immutare ex poſtfacto poteſt *arg. l. vero procuratori* 12. *§. penult. infr. de ſolut.* Id enim eſt quod Iulianus dicebat, caſus aduentitios non eſſe computandos *l. Iulianus 6. infr. Qui & à quib. manum. liber. non fiunt.* Quamuis in pluribus confideiuſſoribus aliud ſit, vt conſtat ex *l. ſi dubitet* 10. *in princ. infr. de fideiuſſ.* Ideò fortaſſe quòd fideiuſſores pro alio teneantur, correi verò ſinguli quiſque pro ſeipſo. DEC. Plures commodatarij habentur quidem pro correis in quibuſdam *d. §. vlt. l. 5. ſupr.* ſed non in omnibus, magíſque comparandi ſunt pluribus tutoribus, vt ſcriptum eſt in *l. 1. §. ſi apud duos infr. depoſit.* Atqui in pluribus tutoribus ita obſeruatur, vt is qui tutelam geſſit, atque ita locupletior ex tutela factus eſt, prior conueniatur, deinde ſi aut nihil aut minus præſtare poſſit, ad alium perueniatur *d. l. 1. §. nunc tractemus & ſeqq. infr. de tutel. & ration. diſtrah. & tit. Cod. ſi tutor. vel curat. non geſſer.* Ergo & in pluribus commodatariis idem iuris eſſe debet, vt qui ex iis prior furti egit, atque ita per actionem furti lucrum ex commodato ſenſit, prior quoque commodati actione conueniatur, ſi modò paratus ſit pati, vt ſuo periculo id fiat. Et hoc ex ſumma æquitate, quæ in iudicio commodati, quod bonæ fidei eſt, maximè dominatur. Quid enim aliud eſt quod patere poſſit is, qui commodauit, niſi vt pleniſſimam indemnitatem in ſolidum conſequatur? Satíſque ei eſſe debet quod electione pauperioris non amittit ſuam actionem, quomodo amitteret ſi plures commodatarios pro veris debendi correis haberet: ne quidem iure nouo. Dedit enim Iuſtinianus correis beneficium diuiſionis duntaxat, ſi modò ſint ſoluendo, non vt alius ante alium conueniri debeat, nec ſi tota pecunia ad alium peruenerit. Non enim verum eſt, quod tamen quidam putant, pro fideiuſſore habendum eum ex correis ad quem pecunia peruenit, vt pluribus docuimus *lib. 11. Coniectur. cap. 1. ex l. ſi non ſinguli 5. & l. ſi in rem 12. Cod. ſi cert. petat. & l. propter 4. Cod. de duob. reis. iunct. Auth. hoc ita eod. tit.* Nec poſſum probare, quod Bartolus tentat, beneficium hoc diſcuſſionis generale eſſe in correis omnibus, ſiue conſtituantur ex conuentione, ſiue, vt ipſe loquitur, ex quadam neceſſitate, vt in pluribus tutoribus & commodatariis, vt ſi quis petat correum, ad quem pecunia peruênit, priorem conueniri ſuo periculo, ſit audiendus. Quaſi contraria procedant, cùm vnus ex correis ſimpliciter petit actionem diuidi, aut alium correum conueniri, non allegato eo quòd pecunia ad alium ſolum peruenerit, & quòd ſuo periculo conueniri eum velit. Repugnat enim natura obligationis correorum, quæ vnumquemque ipſorum obligat in ſolidum ex propria ſua, non ex alterius perſona. Quod in pluribus tutoribus, quorum alter ſolus tutelam geſſit, diuerſum eſt, & in pluribus fideiuſſoribus, ad quorum alterum pecunia peruenit. Etſi autem Accurſius & Bartolus notant duplicem eſſe legis huius lectionem, & in quibuſdam libris legi *conuenire*, in aliis verò *conueniri*, apertum tamen eſt vitioſam eſſe priorem, & retinendam poſteriorem. Sequentia enim omnia ſunt de commodatario conuento non conueniente: nec facilè reperias in libris noſtris ſic loqui prudentes, vt *conuenire* dicant pro *agere*, niſi ſubiecta in accuſatiuo perſona quam conuenire actor poſſit, aut velit. Vt taceam quod Bartolus ipſe contra priorem lectionem obiicit, non poſſe quemquam ſine actione experiri *l. ſi pupilli 6. §. vlt. ſupr. de negot. geſt.* niſi contra ſeipſum *l. quoties 9. §. & generaliter inf. de admin. tutor.* Quod & Bartolus ipſe fateri cogitur, eum ſcilicet ex pluribus commodatariis, qui prior conuentus eſt, non ideò poſſe agere contra alium commodatarium, niſi ceſſa ſibi priùs actione ab eo qui commodauit, cuius tamen ceſſionis nulla hîc ab Vlpiano fit mentio.

1 ¶ Sed

1 ¶ Sed ſi legis Aquiliæ aduerſus ſocium eius habuit commodator actionem: videndum erit, ne cedere debeat: ſi fortè damnum dederit alter, quod hic, qui conuenitur, commodati actione ſarcire compellitur. nam & ſi aduerſus ipſum [a] habuit Aquiliæ actionem commodator, æquiſſimum eſt, vt commodati agendo, remittat actionem. niſi fortè quis dixerit: agendo eum ex lege Aquilia, hoc minùs conſecuturum, quàm ex cauſa commodati conſecutus eſt, quod videtur habere rationem.

*Ad §.1. Sed ſi legis.*

*Actione commodati reſarcire compellitur.* Rat. dub. Ad eos qui ſeruandum aliquid conducunt, aut vtendum accipiunt, damnum ab alio iniuria datum pertinere non debet. Qua enim cura vel diligentia conſequi poſſumus, ne alius iniuria nobis damnum det: inquit Iulianus in *l. ad eos 19. infr.* Ergo ex pluribus commodatariis ſi vnus damnum dederit, alius actione commodati id reſarcire non compellitur.

Dec. Multum intereſt, an ab extraneo damnum iniuria detur, an ab alio commodatario. Priore caſu obtinet ſententia & ratio Iuliani: poſteriore verò non item, quia commodatarij plures quibus eadem res ſimul commodata eſt, duo rei quodammodo habentur *l. 5. §. vlt ſupr.* Ex duobus autem reis factum vnius alteri nocet *l. penult. infr. de duob. reis.* præterquàm quod ad moram *l. mora 32. §. penult. de vſur.* Et ita benè hîc Accurſius. Etſi poteſt etiam dici ſupradictam Iuliani ſententiam non omnimodò veram eſſe, ſed à Marcello notatam fuiſſe, & Marcelli notam ab Vlpiano noſtro probatam in *l. ſed de damno 41. infr locat.*

a *Nam etſi aduerſus ipſum.* Rat. dub. Actio commodati eſt ex contractu, & merè rei perſecutoria: Actio autem legis Aquiliæ eſt ex delicto & pœnalis *l. inde Neratius 9. hanc actionem ſupr. ad leg. Aquil.* Ergo ſi commodatarius ipſe damnum iniuria dederit, ita vt & commodati & legis Aquiliæ actione teneatur, non eſt cogendus, vt commodati agendo remittat ei actionem legis Aquiliæ. Nec enim vna actio debet aliam conſumere ſiue ipſo iure, ſiue ope exceptionis, cùm diuerſam habeant naturam, & ad diuerſos tendant effectus.

Dec. Nunquam æquum eſt, vt ſiue vna eadémque actione ſiue pluribus actor bis idem conſequatur, ne quidem à diuerſis perſonis *l. ſi quis dolo 51. in fin. de re iudic.* multò minus ſi ab eodem debitore *l. bona fides 57. de regul. iur.* Atqui actiones hæ & commodati & legis Aquiliæ, quamuis diuerſas cauſas & origines habeant, ad eundem tamen finem tendunt, ſcilicet ad rei perſecutionem, non ad vindictam *l. qui ſeruum 34. §. vlt. infr. de obligat. & action.* Niſi quod actio legis Aquiliæ continet æſtimationem quanti plurimi eo anno aut triginta diebus proximis res fuit, quo reſpectu dicitur pœnalis actio, qualis non eſſet, ſi nunquam ſupra damnum lis æſtimaretur *§. his autem verbis 9. Inſtit. de leg. Aquil.* Ergo æquiſſimum eſt, vt commodator agendo commodati remittat actionem legis Aquiliæ, id eſt, caueat ſe non acturum lege Aquilia. Quo facto agere poſtea non poterit, quia remittentibus actiones ſuas regreſſus ad eas nunquam dandus eſt *l. quæritur 14. §. ſi venditor infr. de ædilit. edict.* Quòd ſi actionem legis Aquiliæ actor non remiſerit, ſed commodati actione expertus, non tamen ſolidum, quod actione commodati debebatur, conſecutus ſit, non equidem prohibebimur vti actione legis Aquiliæ ſibi adhuc competente, & quam non remiſerit, ſed tamen ita vt agendo ex lege Aquilia hoc minus conſequatur, quàm ex cauſa commodati conſecutus eſt, ad finem ſc. eius quãtitatis, quam actione commodati iure eius quod intereſt, cõſequi debuiſſet. Ita enim locus hic intelligi debet, ne cũ vulgo interpretũ exiſtimes ſupereſſe integram legis Aquiliæ actionem, pro eo quod ex repetitione triginta dierũ plus eſt in actione legis Aquiliæ, quàm in actione cõmodati, in quam ſcilicet æſtimatio quanti plurimi nũquam venit, ſed tantùm vtro tempore pluris res fuit, aut moræ, aut rei iudicandæ *l. 3. §. in hac* vbi diximus *ſup. hoc tit. iunct. l. 3. §. ſi per venditorem & l. ſi ſterilis 21. §. cùm per venditorem inf. de action empt.* Si enim actor actione commodati ſit conſecutus totum id quod per eam actionem cõſequi potuit, & debuit, non ideò poterit iterum agere ex lege Aquilia prætextu eius quod in actione illa plus eſt, quàm in actione commodati ex triginta dierum repetitione, quia quod ex hac cauſa venit in actionem legis Aquiliæ, extra cauſam ſimpli eſt, & ſimplo accedit quo ſubducto nec acceſſio locum habere poteſt *dict. l. qui ſeruum §. vlt. de oblig. & action.* vbi proculdubio legendum eſt, vt vulgo retenta negatione *non remanere*, non autem affirmatiuè, vt in Florentinis, licèt Florentinam lectionem magis probet Cuiacius *libr. 3. obſeruat. cap. 25.* Qua negatione retenta, & illa quoque retinenda eſt, quæ legitur in poſtremis illis verbis legis *locum non habet.* Et ratio qua mouetur eo loco Paulus, hanc & lectionem & interpretationem omnino probat: nam cùm id quod ex repetitione triginta dierum per legem Aquiliam debetur, nihil niſi pœna & acceſſio ſit, acceſſorium autem ſine ſuo principali ſubſiſtere non poſſit, ex vulgata iuris regula conſequens omninò eſt, vt extincto principali per ſolutionem, quam actio commodati extorſerit, acceſſio locum habere amplius non poſſit. Atque ita hi loci conciliandi ſunt, quæ vna eſt ex conciliationibus Accurſij, non quomodo Ioannes, Azo, Martinus, Bartolus, & alij conciliandos crediderũt. Neque verò exiſtimandum eſt, Vlpiani ſententiam in hac lege illam eſſe, vt damnum quod ex repetitione triginta dierum debetur in actione legis Aquiliæ peti vnquam poſſit, poſteaquàm actum eſt commodati, ſed hanc potius, vt quod ſimplo defuit in executione actionis commodati, id per actionem legis Aquiliæ adhuc exigi poſſit ad finem vſque ſimpli. Quemadmodum dicimus eum qui furti egit, in duplum poſſe quidem etiam vi bonorum raptorum agere, ſi fur etiam raptor idem ſit, ſed ita vt condemnatio non poſſit quadruplum excedere, *l. ſi quis egerit 88. inf. de fur.* quoniam ea furti grauiſſima pœna eſt etiam manifeſti, quale ſemper illud eſt quod à raptore committitur. Alioqui de-

buerat Vlpianus hîc ſcribere poſt actionem commodati propoſitam ſemper & omnimodo legis Aquiliæ actionem ſupereſſe, cùm certiſſimi iuris ſit, in actionem commodati nunquam venire damnum ex triginta dierum repetitione: nec poteſt videri actor minùs conſecutus actione commodati qui tantum conſecutus eſt, quantum ex actione commodati ſperare maximè potuit *l. non poteſt videri* 117. *de verb. ſignific.* Contrà verò minus conſecutus dici poteſt, qui nihil prorſus conſecutus eſt *l. minus ſolutum* 32. *l. verbum amplius* 82. *l. ſi ita à te* 150. *eod. tit. ſignific.* Difficilius illud videtur, quod ſcriptum eſt in *l. ſi is cui* 71. *de furt.* ſi is cui commodata res erat, furtum ipſius admiſerit, agi quidem cum eo & furti & commodati poſſe, ſed ſi furti actum ſit, commodati actionem extingui, ſi commodati, poſſe actioni furti obiici exceptionem. Nam cùm actio furti ſit merè pœnalis, commodati verò merè rei perſecutoria, quid, obſecro, habent inter ſe commune, vt altera per alteram conſumatur ſiue ipſo iure, ſiue ope exceptionis? Qua de cauſa plerique coacti ſunt dicere poſt Accurſium & Bartolum, actionem furti eo loco dictam à Iauoleno pro condictione furtiua, vt idem ſit ſenſus Iauoleni qui Pauli in *dict. l. qui ſeruam* 34. *§ ſi is cui de oblig. & action.* vbi ait ille, ſi is cui rem commodauero, eam ſubripuerit, teneri quidem eum & commodati actione, & condictione, ſed alteram actionem perimere alteram aut ipſo iure, aut, quod eſt tutius, ope exceptionis. Quæ tamen interpretatio prorſus improbabilis eſt, cùm nuſquam auditum ſit, actionem furti pro condictione furtiua ſumi, cùm hæc ſit merè rei perſecutoria, illa verò pœnalis *l. ſi pro fure* 7. *§. ſuprà de condict. furt. l. ſi pignore* 54. *§ cùm furti infr. de furt.* vbi condictio & vindicatio hac parte æquiparantur, quod ad rei furtiuæ recuperationem attinet, ita vt non minus condictio quàm vindicatio ab actione furti ſeparetur. Dicendum igitur eſt, ſi furti actum fuerit, condictionem quidem furtiuam ſupereſſe ad rem perſequendam, ſed actionem commodati non ſupereſſe, quia actio illa ex bono & æquo eſt, vt & ceteræ actiones omnes quæ bonæ fidei eſſe dicuntur *§ in bonæ fidei Inſt. de action.* bonum autem & æquum eſſe deſinit, vt actione commodati quicquam conſequatur is, qui iam per occaſionem commodati duplum aut quadruplum conſecutus eſt, quemadmodum de actione iniuriarum ſcribit Paulus in *d. l. qui ſeruum* 32. *in princip.* Etſi enim quod per actionem furti commodator habuit, non ex commodato habuit, ſed ex furto, habuit tamen per occaſionem commodati, quia ſi non commodaſſet, furtum commodatarius non feciſſet: hoc verò ſufficit, vt commodati actionem prætereà ipſi dari æquum non ſit *arg. l. debitor* 59. *§. vlt. inf. ad SC. Trebell.* Comparata enim eſt actio commodati, vt ceteræ ferè omnes, non vt lucrum ex alterius iactura commodator conſequatur, ſed vt tantùm indemnis ſeruetur. Non idem eſt in actione furti, quæ, quoniam pœnalis tota eſt, nec niſi in pœnam & odium furis inducta, facilius admittit, vt actor lucrum ex damno furis ſentiat. Nam quod furi damnum eſt & pœna, totum id actori lucrum eſt. Inde igitur fit, vt ſi actione furti prius actum ſit, commodati actio extinguatur ipſo iure, non etiam actio furti, ſi prius actum ſit commodati, ſed tantùm per exceptionem. Cur verò per exceptionem, cum furti actio, vt diximus, tota ſit pœnalis? Nimirum quia nec illud æquum eſt, vt commodator plus conſequatur in effectu ob id ſolùm quod commodati prius egerit quàm ſi furti egiſſet. In eóque apparet quantum interſit, an furti actio cum bonæ fidei actione concurrat, qualis eſt actio commodati, an verò cum ea quæ ſit ſtricti iuris, puta cum condictione furtiua. Nam ſi cum actione bonæ fidei id obtinet, quod modò diximus, vt ei qui alia actione pœnali experiri volet, neceſſe ſit bonæ fidei actionem ante omnia remittere, aut ſi vtraque agere velit, non plus conſequi ex pœnali poſteriore, quàm quod minus ex priore conſecutus fuerit, ſi plus conſequi potuerit, & debuerit. Minus enim hîc intelligere debemus non ex comparatione alterius actionis plenioris, ſed relatione facta ad id quod ea priore actione amplius exigi potuit. Si verò concurrat actio furti cum condictione furtiua, neque perimit condictionem, neque per eam perimitur, ſiue ipſo iure, ſiue ope exceptionis *d. l. ſi pro fure §. 1. ſupr. de condict. furt. dict. l. ſi pignore* 54. *§ cùm furti infr. de furt.* quia non quid bona fides ſuadeat hoc caſu inſpiciendum eſt, ſed quid mera ſtrictáque iuris ratio ferat. Sed illud magis mirum eſt, ſi actio commodati cum furtiua condictione concurrat, cur non extinguatur altera per alteram ipſo iure, ſed ope tantùm exceptionis *dict. l. qui ſeruam §. ſi is cui de oblig. & action.* ſiue prius actione commodati ſiue furtiua condictione actum proponatur: cùm & actio commodati ſit bonæ fidei, quæ proinde perimi deberet per condictionem, ea qua commodator iam eſſet indemnitatem conſecutus, & rem ſuam recepiſſet, & vtraque nihil niſi meram rei perſecutionem contineat *l. in rebus* 18. *§. ſiue autem infr. hoc tit.* Niſi dicamus non negare Paulum in *dict. §. ſi is cui* perimi actionem commodati per condictionem & contra, ſed hoc tantùm adfirmare tutius eſſe, ſi quis dicat, liberari reum per exceptionem, ſcilicet doli, quoniam dolo facit, & eſt improbus, qui bis idem conſequi velit *l. ſi quis dolo* 51. *§. 1. in fin. infr. de re iudic.* Quiſquis enim liberatur ipſo iure, multo magis credendus eſt liberari per exceptionem: quemadmodum ſolemus dicere, cui damus actionem, multo magis dandam eſſe exceptionem *l. 1. §. is autem de ſuperfic. l. nullus* 156. *§. 1. de reg. iur.* Et cùm plerumque cōtingat, vt quis liberandus ſit per exceptionē, qui non ſit ipſo iure liberatus, quia facilius eſt, vt quis per exceptionem, quàm vt ipſo iure liberetur, cōſequens eſt, vt tutius ſit debitori dicere ſe liberatum per exceptionem, quàm ipſo iure: parum enim eſt, quod ipſo iure liberatus non ſit, ſi modò liberari poſſit per exceptionem: ſicuti nihil intereſt, an ipſo iure quis actionem non habeat, an talem habeat quæ per exceptionem ſummoueri poſſit *l. nihil intereſt* 112. *de regul. iur.* Solent autem prudentes, iique prudentiſſimè ſemper eam deliberationis & conſilij partem ſequi quæ tutior eſt, vt & cùm de actione danda diſputant, quæ vtrum competat, dubitari poſſit, quemadmodum in ſpecie *l. ſi gratuitam* 17. *l. Titius* 24. *& paſſ. infr. de præſcr. verb.* Quamquam dici etiam poteſt facilius eſſe, vt commodati actio perimatur ipſo iure per condictionem, quàm vt condictio per actionem commodati, quia cùm condictio ſit ſtricti iuris, non tam facilè tolli poteſt ipſo iure, ſed doli exceptio neceſſaria eſt, quæ non ſicuti bonæ fidei iudiciis, ita & ſtrictis ipſo iure ineſt. Idque ſuaderi poteſt ex eo quod idem Vlpianus noſter ſcribit in *l. ſed ſi ex cauſa* 47. *iunctis præcedentibus inf. Pro ſocio.* vbi cùm ſcriptum eſſet ab Vlpiano ſocium, qui celandi animo rem contrectauit, non ſolùm furti actione teneri, ſed etiam pro ſocio actione

obſtrictum

obſtrictum eſſe, nec alteram actionem tolli, idémque in omnibus bonę fidei iudiciis dicendum eſſe. Subiungitur ex eodem Vlpiano, ſi tamen ex cauſa furtiua condixero ceſſare pro ſocio actionem, vt intelligamus per condictionem furtiuam extingui ipſo iure actionem pro ſocio, quia bonæ fidei eſt, ideóque & in cæteris bonæ fidei iudiciis idem eſſe. Quid enim aliud eſt, ceſſare actionem pro ſocio quàm non competere? Scilicet, vt lex addit, niſi pluris mea interſit. Nam cùm in actione pro ſocio, vt & in cæteris bonæ fidei actionibus veniat id quod intereſt, quod non venit in ſtricta actione condictionis furtiuæ, bona fides non repugnat, imò ſuadet, vt quod pluris mea intereſt, poſſim perſequi per actionem pro ſocio, etiam poſt propoſitam furtiuam condictionem, idque conueniens eſt ei quod in hoc §. ſcribitur, licèt non de condictione furtiua loquatur, ſed de actione legis Aquiliæ. Sed ſi priùs egero actione pro ſocio, quamuis per eam conſecutus ſim omne id quod mea intereſt, nec proinde amplius quicquam conſequi poſſim per condictionem furtiuam, condictio tamen ipſo iure tolli non poteſt, quia ſtricti iuris eſt, nec in ea quid bonum & æquum ſit inſpicitur. Eſt igitur neceſſaria exceptio doli, ſi poſtquàm egero pro ſocio, condicam *dict. l. qui ſeruum* 34 *§ ſi is cui de obligat. & action.* Inde etiam eſt, quod ſocius qui rei communis furtum fecit, ſi actione pro ſocio conueniatur, ea ipſa actione conſequitur, id eſt, æquitate ipſius iudicij, vt in *l. in hoc iudicium* 14. *§. 1. commun. diuid.* vt ab altera actione, id eſt, à condictione furtiua liberetur, & alterutra actione contentus eſſe debeam *leg. ſed actione* 50. *infr. Pro ſocio.* Niſi quis dicat id fieri iure quodam ſpeciali actionis pro ſocio quæ ab aliis etiam bonæ fidei actionibus in eo diſſimilis eſt, quod non ſolum directa eſt ex vtraque parte, nulla contraria, ſed etiam eiuſdem nominis & iuris eſt, non minùs ex parte illius qui conuenitur, quàm ex parte eius qui agit, tanquam quæ ſit actio vtrique parti communis, & ex qua perinde actor ipſe condemnari poſſit, atque ſi à ſocio propria & ſeparata actione ſiue directa ſiue contraria conueniretur. Quod in commodati actione diuerſum eſt. Etſi enim commodator agendo commodati cogitur legis Aquilię exceptionem admittere, vt hîc ſcriptum eſt, id tamen fit ſola æquitate iudicij, quia bonæ fidei iudiciis doli exceptiones ipſo iure inſunt *l. ſed etſi* 21. *infr. ſolut. matr. l. huiuſmodi* 84. *§. qui ſeruum de legat.* 1. non per actionem ipſam commodati, quæ danda ſit commodatario, cui ſola contraria competit. Sed in actione pro ſocio ille ipſe qui conuenitur etiam agere intelligitur, quomodo in aliis actionibus vſuuenit, quæ ob eam cauſam mixtæ appellantur & duplices, quod in iis vterque actor ſit, vterque reus *l. in tribus* 13. *ſupr. de iudic. l. iudicium* 10. *ſupr. fin. regund. l. 2. §. 1. commun. diuid. l. actionis* 37. *§. 1. infr. de oblig. & action.* Hac tamen differentia, quod in duplicibus iudiciis vterque neceſſariò & actor & reus eſt, in actione autem pro ſocio poteſt ita quis eſſe actor, vt tamen non ſit reus, & ita reus, vt non ſit actor. Denique actio pro ſocio non tam mixta eſt quàm communis, quia & nominum rationem habet, & adiudicationes non admittit *l. ſi actum ſit* 43. *pro ſocio.* At Familiæ erciſcundę, communi diuidundo, & finium regundorum actiones mixtę ſunt, nõ communes. Ratio autem quam adfert Paulus in *d. l. ſed actione*, cur ſocius conuentus actione pro ſocio propter factum rei communis furtum eâdem actione

conſequatur, vt actor alterutra actione contentus eſſe debeat, illa eſt, quòd vtraque actio ad rei perſecutionem reſpiciat, non vt furti ad pœnam duntaxat. Iam enim dixerat Vlpianus in *dict. l. rei communis*, rei communis nomine cum ſocio & furti agi poſſe, & actione pro ſocio, nec altera actione tolli alteram, nimirum ipſo iure; ſed per exceptionem, ſi priùs actum ſit pro ſocio quàm furti, non etiam ſi priùs actum ſit furti quàm pro ſocio, tunc enim pro ſocio actio extinguetur ipſo iure, ſi Iauoleno credimus in *d. l. ſi is cui* 71. *de furt.* quæ alioqui cum Vlpiano conciliari meo iudicio nulla ratione poſſet. Niſi mallet quis cum Bartolo & vulgaribus aliis interpretibus actionem furti pro condictione furtiua interpretari apud Iauolenum, quod tamen ridiculum eſſe, nec vllo modo defendi poſſe iam diximus. Nam neque perpetuum eſt, vt cùm vtraque actio rei perſecutoria eſt, adeóque etiam vtraque bonæ fidei altera tollat alteram. Neque enim ſi actum ſit communi diuidundo ſtatim tolletur actio pro ſocio, cùm pro ſocio actio & nominum rationem habeat, quam non habet actio communi diuidundo, & adiudicationem non admittat, quam communi diuidundo actio admittit, ſed ſi poſtea pro ſocio agatur, hoc minus ex ea actione conſequetur actor, quàm ex priore actione conſecutus ſit, vt idem Vlpianus noſter ſcribit in *l. ſi actum ſit* 43. *pro ſocio.* Itaque quod vna actio rei perſecutoria tollat alteram ęquè rei perſecutoriam, non tam ex eo ſolo fit quòd vtraque ſit rei perſecutoria, vel bonæ fidei, quam ex eo, quòd vtraque ſit ęquè plena, nec vna plenior altera: alioquin ſi alterutra tantùm ſit bonæ fidei, ſola illa extinguetur, non extinguet alteram, quæ ſtricta eſt: extinguetur tamẽ non in totũ, ſed quatenus ex priore conſecutus eſt actor, ſed ſi plenior ſit, vt eſſe ſolent, quæ ſunt bonæ fidei, ſupererit illa quę bonæ fidei eſt, in eo quod plus continet quam prior ſiue vtraque ſit actio bonæ fidei, ſiue vna bonæ fidei, alia verò ſtricta. At ſtricta nunquam ipſo iure tollitur per priorem, ſed ope tantùm exceptionis, quia nec bonæ fidei rationem admittit nec plenior eſſe poteſt in eo quod actoris intereſt, quamuis cùm pœnalis eſt, vt furti actio pleniorem condemnationem habere poſſit, dupli ſcilicet vel quadrupli, aut ex repetitione triginta dierum, vel anni præteriti, vt actio legis Aquiliæ. Et ita quæſtionem hanc totam, quæ alioqui perdifficilis & perplexa ſatis eſt, concludendam eſſe arbitramur. Supereſt vt moneamus, malè Accurſium exiſtimare, non reſpõdiſſe Vlpianum ad quæſtionem, quæ propoſita fuerat in illis verbis, *videndum erit ne cedere debeat*, an ſcilicet ſocio debeat cedi actio contra ſocium, ex cuius facto conuenitur. Nam imò verò ſupradicta locutio eſt Iureconſulti modeſtè, vt ſolet magis quàm dubitanter ad propoſitam quæſtionem reſpondentis, & quidem affirmatiuè, cedi actionem debere, & reſponſionis huius adfirmatiuæ rationem ſtatim reddit illis ſequentibus verbis, *ſi fortè damnum dedit alter, quod hic, qui cõuenitur, commodati actione ſarcire cõpellitur*, vt in ſuperiorib. diximus. Eſt autẽ longè ineptius quod quidam putant, quos refert Bartolus, priorem illam reſponſionem corrigi in verſ. *niſi fortè quis dixerit*: cùm hic verſiculus referatur non ad id quod de cedenda actione priùs dictum fuerat, ſed ad id quòd proximè, æquiſſimum eſſe, vt commodator agendo commodati remittat actionem legis Aquiliæ, hoc ſenſu, vt in commodatoris cõtra ipſum commodatarium, qui rẽ commodatam ſie-

Digitized by Google

getit aut rupet it, arbitrio & electione ſit, vt prius agat commodati vel actionem legis Aquiliæ remittere, vel, ſi malit, lege Aquilia experiri, ſed hoc ita vt hoc minus conſequatur, quod ex cauſa commodati iam conſecutus eſt. Vtroque enim caſu res eodem recidit, vt non conſequatur actor ex duplici actione duplicem indemnitatem, ſed vnam duntaxat. Id enim eſt quod Vlpianus ſubiungit videri habere rationem: de cedenda namque actione iam ſatis ſententiam ſuam expoſuerat in verſic. *videndum erit*, vt diximus. Quod autem ſtatim ſequitur *nam etſi aduerſus ipſum habuit Aquiliæ actionem commodator* non aliò pertinet quàm ad confirmandum id quod proximè dictum fuerat, commodatorem debere ſocio quem conuenit legis Aquiliæ actione cedere aduerſus ſocium & cuius dolo aut culpa alius conuenitur. Eſt enim optima ratio propter quá id fieri debeat, quia etſi aduerſus eum ipſum commodati ageret, qui damnum in re commodata dediſſet, æquiſſimum eſſet actorem commodati agendo ipſi remittere legis Aquiliæ actionem: ne ſcilicet aliter poſito iure duplicem indemnitatem actor conſequeretur: quomodo conſequeretur etiam illo caſu, quo ageret aduerſus alterum ex correis actione commodati, ſi non ei cedere cogeretur actione legis Aquiliæ aduerſus alium cuius culpa damnum contigit, nam & illa actione legis Aquiliæ tantundem conſequeretur, quantum iam actione commodati fuiſſet conſecutus, & præterea quod in actione legis Aquiliæ amplius eſſet ex triginta dierum repetitione. Miror verò quod Bartolus poſt Accurſium, & poſt eos pleríque cæteri ferè omnes notant hîc de actione legis Aquiliæ, quod plus in ea eſt, quàm in actione commodati reſtringendum eſſe ad ſimplum illud quod per inficiationem priori ſimplo accedit, non quod ex repetitione triginta dierum. Etſi enim actio hæc ex earum numero eſt quæ per inficiationem creſcunt *l.4. Cod. de leg. Aquil.* non ideò tamen pœnalis dicitur, non magis quàm actio depoſiti, quæ perinde creſcit per inficiationem *§. ſed furti 26. Inſtit. de action.* & iudicati, & aliæ de quibus apud Paulum *lib.1. ſent. tit.19. §. vlt.* vbi Cuiacius, quæ tamen merè ſunt rei perſecutoriæ, nullomodo autem pœnales, ſed quoniam plerumque in ea lis ſupra damnum æſtimatur *§. his autem verbis Inſtit. de leg. Aquil.* Fit enim per accidens & ab extrinſeco vt actio legis Aquiliæ detur ad duplum, vt doloſa delinquentis negatio puniatur, non ex natura actionis, vt ex verbis ipſis legis Aquiliæ apparet *l.1. & 2. l. ait lex 21. ſupr. ad leg. Aquil.* Id ergo duntaxat in legis Aquiliæ actione amplius quàm in actione commodati eſſe intelligitur quod ex triginta dierum repetitione ſimplo accedere poteſt, non quod ex delinquentis inficiatione. Nec enim iſti caſus aduentitij computandi ſunt *l. Iulianus 6. inf. qui & à quib. manum.* Nec ſanè poteſt Bartolus hinc ſe euoluere, vt ex ipſius commentariis videre eſt. Quod autem addit Accurſius, in duobus contutoribus idem eſſe, vt pupillus ei contra quem agit, cedere debeat, actione tutelæ aduerſus alium qui geſſerit & ex cuius geſtione is qui non geſſit, conuenitur, certiſſimum ſanè ac indubitatum eſt *l.1. §. nunc tractemus infr. de tutel. & ration. diſtr. & l.2. in princip. & §. vlt. de admin. tutor.* Sed quod ſubiicit de duobus correis, quaſi in iis quoque idem ſit, accommodatum non eſt. Nam in correis debendi generale eſt, vt ei qui conuenitur actionibus ſuis contra correum cedere pro parte creditor debeat, *l. rem hereditariam 65. infr. de euict.* non adhibita illa diſtinctione, quam Bartolus poſt Azonem adhibet, an is qui conuenitur ex correis talis ſit, qui implorare poſſit beneficium diuiſionis, necne. Nam & iure vetere quo erat incognitum inter correos beneficium hoc diuiſionis à Iuſtiniano duntaxat introductum *Nouell. 99. de duob. reis*, vnde ſumpta eſt *Auth. hoc ita C. eod.* iam ita obtinebat, vt correo qui ſolus conueniebatur, creditor aduerſus correum præſtare actiones cogeretur, nec alio remedio ſolidum ſoluenti correo ſuccurri poſſet *d. l. rem hereditariam*. Eáque potiſſimum dubitandi ratio ad hunc locum eſſe videbatur propter quam non eſſet cogendus commodator actione cedere commodatario, conuento ex alterius commodatarij perſona, quòd non eſſent verè correi iuxta Papiniani ratiocinationem *d. l. rem hereditariam*. Sed ſufficere viſum eſt, quòd ſint quodammodo correi, vt Vlpianus loquitur in *d. l.5. §. vlt. in fin. ſupr.* non vt omnimodo omníque caſu præſtanda ſit actio vni ex cõmodatariis qui conuenitur aduerſus alium commodatarium, quomodo in duobus verè correis contingeret, vt diximus, ſed vt eo ſaltem caſu quo is qui conuenitur, ex facto & culpa alterius conueniatur. Quod in duobus verè correis nunquam accidit, qui ſcilicet ex propria obligatione proprióque facto ſinguli conueniuntur, tum quoque cùm vnius factum alteri nocet. Vna enim omnium eſt obligatio *l.3. §.1. infr. de duobus reis* quæ in duobus commodatariis eſt diuerſa, & duplex. Fideiuſſorum alia ratio eſt, vt benè Accurſius notat. Etſi enim ij quoque ex propria obligatione ſinguli conueniuntur, tamen ob factum & debitum principalis debitoris cõueniuntur, cuius obligationi accedunt *auth. præſente C. de fideiuſſ. l. ſi diuiſa 13. C. de locat.* Ideóque actiones fideiuſſori, qui prior conuenitur, cedi æquum eſt, non modò contra principalem debitorem (quamuis ſuperuacua ſit hæc ceſſio, niſi quantum ad hypothecariam actionem, cùm habeat reum ſatis obligatum actione mandati ſi mandatum interceſſerit, vel negotiorum geſtorum, ſi nullum præceſſerit mandatum *l. ex mandato 20. §. 1. infr. mandat.*) ſed etiam aduerſus confideiuſſores contra quos alioqui nullam haberet actionem *l. vt fideiuſſor 39. infr. de fideiuſſ.* Quod & in mandatoribus obtinet *l. ſi fideiuſſores 41. §. idem reſpondit eod. tit.* Nec in eo damnum aliquod eſt cedentis ſine cuius diſpendio ea ceſſio fit *l. in creditore 58. in fin. infr. de euict.* Ex quo intelligimus quàm verum ſit quod alibi ſæpe docuimus, nunquam correos videri mutua vice fideiubere ſi non expreſſè id dictum ſit *l. reos 11. infr. de duob. reis*: cùm fideiuſſorum & correorum iura omnino ſint ſeparata. Sed de his hactenus.

8. POMPONIVS libro 5. ad Sabinum.

REi commodatæ & poſſeſſionem, & proprietatem retinemus.

9. VLPIANVS

9. Vlpianvs libro 2. ad Edictum.

NEmo enim commodando rem facit eius, cui commodat.

*Ad l. Rei commodatæ 8. & l. Nemo 9.*

Rat. dvb. Commodatū eſt ex numero & genere eorū contractuum, qui re, id eſt, traditione perficiuntur *§. itē is cui Inſt. quib. mod. re contr. obl. l. 1. §. is quoque cui infrà de oblig. & act.* Atqui traditio eſt vnus ex modis lex acquirendi iure Quiritium dominij, quos Vlpianus refert in fragmentis *tit. 19. de acquiſit. rer. l. traditio 2. infr. de acquir. rer. domin. l. traditionibus 20. Cod. de pact.* Ergo etiam ex commodato transfertur dominium, ſcilicet ſi rem ſuam quis commodauerit, non etiam ſi alienam, cùm alienæ quoque rei commodatum poſſit conſiſtere *l. commodare 14. infrà hoc tit.* Nam & in venditione idem contingit, vt etiam rei alienæ venditio valeat *l. rem alienam 28. infrà de contr. empt.* nec eo minùs tamen ex venditione transferatur dominium, ſi dominus venditor fuit *l. ex empto 11. §. 1. infr. de action. empt.* alioqui ſaltem vſucapiendi conditio in emptorem transferatur *l. clauibus 74. de contr. empt.* adeò vt nemo poſſit videri eam rem vendidiſſe, de cuius dominio id actum eſt, ne ad emptorem tranſiret *l. penult. §. vltim. eodem tit.* De poſſeſſione autem rei commodatæ multò minus dubitari poſſe videtur, quin in commodatarium transferatur. Quid enim aliud eſt traditio quàm poſſeſſionis tranſlatio? *l. 3. in princ. de act. empt.* Et quomodo non poſſidet is, qui etiam vſum rei habet, & quidem inuito quoque domino poſtquam commodatum factum eſt? Nec enim commodatori permittitur intempeſtiuè commodatum reuocare *l. in commodato 17. §. 1. infr. hoc tit.*

Dec. Non omnis traditio transfert dominium, nec ſi à domino ipſo facta ſit, ſed ea tantùm quæ iuſta eſt, non quæ nuda *l. numquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Iuſta verò intelligitur & non nuda, quæ fit ex titulo aliquo præcedente eóque habili ad dominium transferendum, & à iure in eam rem adprobato. Qualis eſt titulus venditionis, permutationis, donationis, mutui, & ſi qui ſunt ſimiles, non etiam commodati, etſi enim titulus commodati non eſt iniuſtus, ſi iniuſtum pro iniquo accipias, non eſt tamen iure comparatus ad hoc, vt dominium ex eo transferatur, quia nemo commodando id agit, vt rei ſuæ dominium transferat in commodatarium, quemadmodum ſubiicitur *in l. ſeq.* Commodatum enim certi beneficij collatio non alienatio eſt *d. l. in commodato 17. §. 1. infr.* Generaliter autem verum eſt, actus nunquam operari vltra intentionem agentium *vulg. l. non omnis 19. & l. præced. ſupr. de rebus credit.* Et quemadmodum nihil tam æquitati naturali conſentaneum eſt, quàm voluntatem domini rem ſuam in alium transferre volentis ratam haberi *l. quia ratione 9. §. hæ quoque res infr. de acquir. rer. domin.* ita nihil tam abſurdū, aut antiquum, quàm vt quis vel inuitus vel errans rei ſuæ dominium amittat *l. id quod noſtrum 11. de regul. iur. l. ſi procurator 35. infr. de acquir. rer. domin. l. ſi id quod 7. in fin. de reſcind. vendit. l. re tua 18. Cod. de rei vindic.* Et ſicuti dominia rerum non niſi certis & legitimis modis acquiruntur, etiamſi voluntas transferendi & acquirendi dominij vtrinque concurrat *l. 3. ſupr. ſi vſufr. petet.* ita nec niſi certis & legitimis modis amittuntur, inter quos nec ipſa domini voluntas eſt, ſi non titulus aliquis iuſtus accedat *l. ſi quis vi 17. §. differentia infr. de acquir. poſſ.* Quod verò ad poſſeſſionem rei commodatæ pertinet, etſi longè facilius eſt, vt per traditionem poſſeſſio, quàm vt dominium transferatur, attamen nec ipſa quoque ex commodato transfertur, ſi de ea poſſeſſione intelligas, quæ verè ac propriè poſſeſſio eſt. Is enim demum verè ac propriè poſſidet, non qui ſimpliciter & corporaliter rem detinet aſinina, vt loquuntur, detentatione, ſed qui animo domini rem habet, vt ex Theophilo diximus ad *l. 5. §. vlt. ſupr.* Commodatarius autem tantum abeſt, vt animo domini rem teneat, vt è contrario, ſi velit animo domini rem commodatam contrectare, hoc ipſo ſtatim fur eſſe incipiat, & furtiua condictione teneri *l. ſi is qui 71. infr. de furt. §. quæ de fullone Inſt. de oblig. quæ ex delict. naſcunt. l. vlt. C. de furt.* quomodo & de depoſitario ſcriptum eſt in *l. ſi quis inficiatus 13. in princ. & §. 1. infr. depoſit.* Et longè aliud eſt poſſidere, aliud eſſe in poſſeſſione *l. ſi quis antè 10. infr. de acq. poſſ. l. certè 6. §. is qui rogauit infr. de precar.* Commodatarius in poſſeſſione quidem eſt, ſed non poſſidet, commodator verò poſſidet, cuius ſcilicet nomine commodatarius rem tenet, is autem poſſidet cuius nomine poſſidetur, quia non idem eſt poſſidere & alieno nomine poſſidere *l. quod meo 17. de acq. poſſ.* Ergo verum eſt commodatorem & dominium & poſſeſſionem rei commodatæ retinere *§. per eos quoque Inſt. de interd.* Idem iuris eſt in depoſito *l. licèt 17. §. rei depoſitæ infr. depoſit.*

10. Idem libro 29. ad Sabinum.

EVm, qui rem commodatam accepit, ſi in eam rem vſus eſt, in quam accepit, nihil præſtare, ſi eam in nulla parte, culpa ſua deteriorem fecit, verum eſt. nam, ſi culpa eius fecit deteriorem, tenebitur.

*Ad l. Eum qui 10.*

Rat. dvb. Commodatarius omnimodo tenetur rem commodatam reddere *l. 1. §. is quoque de obl. & act.* Atqui non videtur reddere qui deteriorem reddit *l. 3. §. ſi reddita ſup. hoc tit. l. 1. §. ſi res depoſita 16. inf. depoſ.* Ergo tametſi is qui rē commodatam accepit, in eam rem vſus ſit, in quam acceperit, ſi tamen deterior illa facta ſit etiam citra culpam cōmodatarij, dicendū eſt eum nō liberari. Non minùs enim hoc caſu deterior redditur, quàm ſi aliqua cōmodatarij culpa interueniſſet. Dec. Nihil imputari poteſt cōmodatario qui re commodata vſus eſt, in eam tantum rem in quam accepit, ſi nulla ipſius culpa mixta ſit, vt Bartolus loquitur, cùm id actum ſit inter contrahentes, vt ea re ita vteretur: ſed imputare ſibi commodator ipſe debet, cui in eum vſum rē ſuam cōmodauerit, cùm præuidere potuerit, & debuerit fore fortaſſis, & fieri poſſe, vt ex eo vſu res deterior efficeretur *l. vlt. inf. hoc tit.* Ergo nō poteſt eo nomine teneri commodatarius, quippe qui licèt de qualibet culpa etiam leuiſſima teneatur, ſine culpa tamen aliqua non tenetur. Generale autem & perpetuum eſt, vt culpa omninò nulla ſi eius, cui nihil penitus imputari poteſt. Quòd ſi culpa eius aliqua ſit, tenebitur, quia nec rem reddidiſſe hoc caſu videtur, qui deteriorem reddidit *d. §. ſi reddita & d. l. vlt. infr.*

1 ¶ Si rem inſpectori dedi: an ſimilis ſir ei, cui commodata res eſt, quæritur. & ſi quidem mea cauſa dedi, dum volo prerium exquirere, dolum mihi tantùm præſtabit. ſi ſua, etiam cuſtodiam. & ideò furti habebir actionem [a]. Sed & ſi, dum refertur, periit [b]: ſi quidem ego mandaueram, per quem remitterer, periculum meum erit: ſi verò ipſe, cui voluit, commiſit, æquè culpam mihi præſtabit, ſi ſua cauſa accepit.

11. PAVLVS libro 18. ad Sabinum.

QVi non tam idoneum hominem elegerit, vt rectè id perferri poſſit.

*Ad §. 1. Si rem. Et l. qui non tam idoneum 11.*

RAT. DVB. Cùm quis ré aliquam inſpectori dedit inſpiciendam, contractus innominatus eſt, ex quo proinde non alia naſci actio poteſt, qoàm præſcriptis verbis *l. ſi gratuitam 17. §. 1. inf. de præſcript. verb.* Atqui cõtractus commodati nominatus eſt, ex eóq; naſcitur actio propria & nominata à prætore introducta quæ dicitur commodati *l. 1. ſup. hoc tit.* Ergo non poteſt hic cõtractus ſimilis eſſe cõtractui commodati. DEC. Contractus innominati licèt toto genere differant à nominatis, plerumque tamen ſimiles eis ſunt, habéntq; ſimiles ferè præſtationes, propter ſimilem naturam negotij geſti, vt in hac ſpecie contingit, in qua licèt nullum ſit commodarum, attamen negotium quod geritur, prope commodatũ eſt, aut prope depoſitũ, vt loquitur Vlpianus ex Papiniano in *d. l. ſi gratuitam 17. §. Papiaianus aliàs l. ſi rem l. naturalis 5. §. pen. l. Titius 24. de præſcr. verb. l. 1. §. ſi quis ſeruum 9. inf. depoſit.* Diſtinguendnm tamẽ eſt, vt Vlpianus hic ſcribit, an mea cauſa dederim rem inſpiciendam, dum volo fortaſſis pretium exquirere, an tua, non quaſi vno caſu potiùs, quàm alio commodatum ſit, ſed quia priore caſu dolum ſolũ præſtare mihi debet is, cui rem inſpiciendam dedi, exemplo ſc. commodatarij, qui ſui tantùm lucri gratia commodatum dedit, poſteriore autem caſu etiam cuſtodiam, id eſt, exactiſſimam in re cuſtodienda diligentiam: exemplo quoque commodatarij, qui ſui tantùm gratia commodatum accepit. Eadem enim ratio æquitatis & eadem æquitas diſtinctionis locũ habet in commodatore, & in eo qui rem inſpiciendam dedit: itémque in commodatario & eo qui ré inſpiciendam accepit, ſecundùm ea quæ ſcripſimus in *l. ſi vt certo 5. §. nunc videndum ſupr. hoc tit.* Quærit autem Accurſius, eo caſu quo res inſpectori data eſt inſpicienda, ſolius dantis gratia, quo caſu diximus dolum dũtaxat præſtare illum debere, an inſpector probare debeat, ſe ſine dolo malo rem amiſiſſe, an verò is qui inſpiciendam dedit dolum malum inſpectoris interueniſſe? Et tandem cum Azone rectè concludit ex iuris regula, eum qui dolo factum eſſe dicit, dolum probare debere *l. quoties 19. §. qui dolo inſr. de probat.* Is enim qui dicit probare debet non qui negat *l. 2. eo. l. omnia 32. aliàs l. cùm ita §. ſpecies de legat. 2. l. ſi nulla 8. C. de pign. act.* Planè amiſſionem probare debet is qui ſe dicit rem perdidiſſe, culpam autem amiſſionis ille qui allegat *l. ſi creditor 5. eod. tit.* vbi Bartolus.

a *Et ideò furti habebit actionem.* RAT. DVB. Furtum eſt contrectatio rei alienæ inuito domino *l. 1. infr. de furt.* Atquin is qui rem ſuam inſpiciendam dedit, licèt inſpectoris gratia, non eo minùs dominium rei ſuæ retinet, imò longè magis, quàm is qui rem ſuam commodauit *l. rei commodata 8. ſupr.* Ergo ſi eius rei furtum factum ſit, furti actio ipſi debet competere, non inſpectori.

DEC. Furti actio non tantùm domino competit, ſed etiam iis omnibus quorum ex iuſta & honeſta cauſa intereſt *l. cuius 9. l. ſi vendidero 80. §. 1. inf. de furt.* Atqui ex honeſta cauſa eius intereſt, qui rem inſpiciendam accepit, eo nimirum caſu quo periculum ad eum pertinet, quia eo nomine tenetur ei qui inſpiciendam dedit, vt proximè diximus. Ergo ei actio furti danda eſt, non domino, cuius nihil intereſſe videtur, cùm paratam habeat aduerſus inſpectorem pro ſua indemnitate actionem *l. rem inſpiciendam 78. eod. tit. de furt.* Iunge *l. 1. §. pen. aliàs l. idem Pomponius l. 4. l. vlt. in princ. ſupr. Naut. caup. ſtabul.*

b *Sed etſi dum refertur periit.* RAT. DVB. Commodatarius tenetur ad rem commodatam omnimodo reddendam *l. 1. §. is quoque infr. de oblig. & act.* Ergo ſuo & periculo & ſumptu debet eam reddere, quia vtilitatis ipſius gratia id fit, vt liberetur *arg. l. ſed etſi 11. §. 1.* vbi Accurſius *ſupr. ad exhib.*

DEC. Commodator qui commodatario mandauit, per quam perſonam res commodata referretur, ſibi debet imputare, cur minùs idoneam perſonam ad rem referendam elegerit, cúmque hoc ipſo ſit in culpa malæ electionis, non debet ipſius culpa ad commodatarij damnum pertinere: ſi verò commodatarius ipſe rem referendam commiſit ei cui voluit, æquè culpam præſtare debet, ſi ſui tantùm gratia commodatum acceperat, quia æquè in culpa eſt, quòd non ſatis idoneam perſonam elegerit, per quam res commodata rectè, id eſt, tutò perferri referríque poſſet. At ſubiicitur in *l. ſeq.* Quòd ſi commodantis tantùm gratia commodatum factum fuerat, ſolum dolum commodatarius præſtabit *l. ſi mei cauſa 12. infr.* Eſt igitur illa inter hos caſus differentia, quòd commodatore ipſo mandante diſtinctioni locus nullus eſt, an ipſius, an commodatarij gratia commodatum factum ſit, quia tum etiam cùm ſolius commodatarij fauor verſatur, voluntati tamen commodatoris obtemperare commodatarius debet, neque culpa ei aliqua obiici poteſt, quòd minùs idoneam perſonam elegerit, quia non elegit. At cùm ipſe commodatarius committit certæ perſonæ rem perferendam, ſi quidem ſui tantum lucri gratia commodatum acceperat, diligentior eſſe debuit ad idoneam perſonam eligendam, nec caret culpa ſi malè eligat, culpam porrò præſtare hoc caſu debet, vt diximus. Si verò fauore commodantis acceperit commodatum, eſt quidem perinde in culpa ſi minùs idoneum latorem eligat: ſed non ideò tenetur, nempe quia culpa hæc longè diſtat à dolo, quem ſolum præſtare hoc caſu commodatarius debet. Atque ita benè Accurſius noſter diſtinguit, licèt nullam diſtinctionis ſuæ rationem adſerat. Idcirco fortaſſis, quod ex iis quæ iam dicta ſunt, ſatis apertè pendeat. Idem tamen diſtinguit in *l. ſeq.* quomodo etiam Bartolus hîc, an fuerit actum inter contrahentes, vt commodatarius per ſeipſum ré commodatam referret an non, vt priore caſu omnimodo teneatur commodatarius,

datarius, tanquam qui eo ipſo ſit in culpa, quod ipſe rem non referat, vt debuit, quamuis idoneum hominem elegerit, aut eum, qui idoneus putabatur; non enim alium, quàm ſeipſum eligere debuit *l. ſi procuratorem 8. §. ſi tutores infr. mandat. leg. 2. ſupr. ſi menſ. falſ. mod. dixer. l. vlt. §. hac autem actione verſ. ſeruorum ſup. naut. caupon. ſtabul.* poſteriore autem caſu non teneatur commodatarius, niſi fuerit in culpa malæ electionis *l. argentum 20. infr. hoc tit. l. nam & Seruius 21. §. vlt. ſup. de negot. geſt.* Quòd ſi dubitetur quid inter contrahentes actum ſit, non aliud dici poteſt, quàm quod poſt Accurſium ad *leg. ſeq.* vult Bartolus, vt ex qualitate perſonarum, & rei, & ex eo quod conſuetum eſt, perpendi hoc & æſtimari debeat *l. vel. vniuerſorum 12. inf. tit. prox. l. plenum 12. § equitij ſup. de vſu & habit. l. continuum 137. §. cùm ita de verbor. oblig.* Alias diſtinctiones addit hîc Bartolus de nuncio qui mittitur ab eo, cui res debet referri. Plerunque enim facti quæſtio eſt, an nuncius ille ſit, qui ſe talem dicit, niſi ſe talem probet: ſibi enim debet imputare & ſuæ credulitati, ſi pro nuncio admiſerit eum qui non erat *l. qui hominem 34. § ſi nullo infr. de ſolut. l. 1. §. 1. ſupr. de eo per quem fact. erit l. ſi quis vxori 52. §. apud Labeonem infr. de furt. cap. prudentiam vbi Innocent. extr. de offic. deleg.* niſi forte ſolitus erat dominus eo vti tanquā nuncio. Hoc enim ſufficit, vt ei qui nuncium ipſum credidit, nihil imputari poſſit *l. vlt. infr. quod cum eo qui in alien. poteſt. l. ſi quis ſeruo 18. & l. ſeq. inf. de ſolut.* Aliud eſt, ſi quis non nuncio, ſed latori literarū ſoluerit, aut rem reddiderit, cùm ita mandatum eſſet, vt latori ſolueretur aut res præſtaretur. Hîc enim ſemper ſecurus eſt, nec facti quæſtio relinquitur, vtrum nuncius fuerit qui lator literarum fuit. Vide Bart. in *l. Lutius 24. infr. de fideiuſſ.*

12. Vlpianvs libro 29. ad Sabinum.

SI mei cauſa, dolum tantùm. Commodatam rem miſſus qui repeteret, cùm recepiſſet, aufugit. ſi dominus ei dari iuſſerat: domino periit, ſi commonendi cauſa miſerat, vt referretur res commodata: ei, cui commodatus eſt.

*Ad l. Si mei cauſa 12.*

Pendet initium huius legis ab iis quæ diximus ad finem *legis cum qui 10. ſup.* & poſteriorem diſtinctionis illius partem continet, ſi res commodata dū refertur perierit apud eum cui commodatarius rem commiſit, an ſcilicet commodatarius ſui cauſa cōmodatum acceperit, an gratia cōmodantis, vt priore caſu culpam quoque præſtare commodatarius debeat, poſteriore verò non niſi dolum. Superiori quæſtioni proxima & finitima illa eſt, quæ in *§. 1. huius legis* proponitur, ſi miſſus ad rem commodatam repetendam, eâ receptâ aufugerit, cui res pereat. Reſpondet autem Vlp. cum diſtinctione ſcilicet periiſſe domino, eidémque commodatori, ſi is iuſſerat, vt huic nuncio res cōmodata redderetur, contrà verò, ſi commonēdi tantùm gratia, vt res commodata referretur, dominus eum miſerat, commodatario periiſſe. Ratio dubitandi erat, quia erat verè hic nuncius, nec dubitabatur, quin à domino ad rem commodatam repetendam miſſus eſſet, vt proinde videretur commodatarius omnimodo liberandus & ſine diſtinctione, qui rem commodatam vero commodatoris nuncio reddidiſſet. Quid enim refert, an per ſe, an per nuncium, quis rem ſuam repoſcat? An non poteſt ei imputari, cur minùs idoneum, minúſque fidum nuncium elegerit? ſecundum ea nimirum quæ in præcedentibus proximè diſputauimus *l. mulier 41. & ſeq. inf. ad SC. Trebell.* Sed diſtinctionis ratio eſt, quia is qui nuncium miſit ad commodatarium, commonendi tantùm ipſius cauſa, vt rem referri curaret, non ideò videtur ei mādaſſe, vt per eum ipſum nuncium rem referri curaret: non enim ſi putauit eum idoneum ad commonendum, conſequens etiam eſt, vt idoneum putauerit ad rem referendam. Aliud ſiquidem officium eſt commonendi, aliud verò rem perferendā accipiendi, nec debuit commodatarius conſentire nuncio mandati fines excedenti *l. diligenter 5. infr. mandat.* Quid ergo ſi nuncius hic commodatario mentitus ſit, dicens miſſum ſe ad rem commodatam recipiendam, cùm reuera non niſi commonendi gratia miſſus eſſet? Reſpondet Accurſius poſt Azonem, & rectè, non debere id nocere commodanti, ſed commodatario potiùs, cui imputandum eſt, quod tam credulus fuerit ex *l. cùm quis 38. §. ſi debitorem l. qui hominem 34. §. ſi nullo inf. de ſolut. l. 1. §. 1. ſup. de eo per quem fact. erit.* ſuam enim cuique credulitatem nimiam ei nocere æquiùs eſt, quàm alteri *l. 3. §. ſed ſi ſic accepit infr. de in rem verſ. l. 2. quod falſ. tutor. author. l. vlt. in princ. C. de accuſat.*

13. Pomponivs libro 11. ad Sabinum.

SI is, qui commodatum accepit, non apparentis rei nomine commodati condemnetur: cauendum ei eſt, vt repertam dominus ei præſtet.

*Ad l. Si is qui 13.*

Rat. dub. & decid. ad initium huius legis eadem eſt, quæ ad *leg. ſi vt certò 5. §. 1. ſupr. hoc titulo*, vbi diximus. Vterque enim locus eſt de re commodata extante quidem, ſed non apparente, id eſt, quæ in rerum quidem natura adhuc ſit, ſed quæ tamen vbi ſit, neſciatur. Nam ſi perempta eſſet, vt in ſuperiorum legum caſibus, non niſi fruſtra & ridiculè quærendum eſſet de cautione præſtanda, vt repertam rem dominus commodatario præſtaret, quæ nec reperiri vnquam, nec præſtari amplius poſſet. Ideò autem cauendum eſt commodatario, vt repertam rem dominus ei præſtet, quia commodatarius litis æſtimationem præſtando, rei commodatæ dominium ſibi acquiſiuiſſe intelligitur *dict. l. 5. §. 1. ſupr.* Sed verum tamen eſt, quod Accurſius notat, ſi æſtimationem quam à commodatario accepit, mallet ei reddere ex *l. in commodato 18. §. vlt. infr. eod.*

1 ¶ Si quem quæſtum fecerit is, qui experiendum quid accipit: veluti ſi iumenta fuerint, eaque locata ſint: idipſum præſtabit ei, qui experiundum dedit. neque enim ante eam rem quæſtui cuique eſſe oportet, priuſquàm periculo eius ſit.

*Ad §. 1. Si quem quæſtum.*

Rat. dvb. Merces locationis non ex re ipſa, ſed ex negotiatione percipitur, quomodo de venditionis precio ſcriptum eſt in *leg. venditor 21. infr. de heredit. vel act. vendit.* Atqui negotiatus eſt ille qui iumenta locauit, quæ experiunda acceperat, non ille qui experiunda dedit. Ergo ad eum quæſtum mercedis pertinere debet, non ad dominum. Alioqui ex vnius contractu actio, & lucrum alij quæreretur contra iuris regulam *leg. quæcunque 11. infr. de oblig. & action. leg. ſtipulatio iſta 38. §. alteri verb. oblig.* Dec. Non debet vlla res cuiquam eſſe quæſtui, priuſquàm eius periculo ſit. Eſt enim ſecundum naturam cuiuſque rei commoda eum ſequi, quem ſequuntur incommoda *leg. ſecundùm naturam 11. de reg. iur. l. Iulianus 13. §. ex vendito & §. ſi quid ſeruo infr. de act. empt. leg. final. §. penult. C. de furt.* Atquin is qui iumenta experiunda accepit à domino empturus poſteà ſi placerent, non fit dominus antequàm emerit, quia nullam adhuc poſſeſſionem habet, nullùmque titulum poſſeſſionis, ſi quam haberet, ſine titulo autem non transfertur dominium, nec ſi res à domino tradita ſit *leg. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Proinde non poſſunt iumenta eius eſſe periculo, quamuis ea locauerit: ſiue cum Accurſio dicas furtum eum feciſſe, quaſi qui re commodata vſus ſit ad aliũ vſum ſciens & præter domini voluntatem ex *l. ſi vt certo 5. §. quinimò ſupr. hoc tit.* (nam vt idem notat Accurſius, eius demùm periculi gratia permittendum alicui eſt, quæſtum facere ex re aliena, quod ipſe vltrò & ex bona fide vel ex natura contractus ſuſcepèrit, vt in *l. ſi vnus 67. §. 1. infr. pro ſocio*, non etiã ſi ob id quòd in aliena re dolo malo verſatus ſit, cùm nemo ex dolo ſuo lucrari debeat *l. ne ex dolo 12. ſupr. de dolo l. itaq; fullo 2. §. 1. inf. de furt. l. 1. Cod. de rei vindic.*) ſiue dicas, quod malo, cum Bartolo, non videri hunc qui commodata iumenta experiunda acceperat, iis vſum eſſe aliter quàm vti debuerit, ideóque nec furtum feciſſe, tametſi ea locauerit, quandoquidem & experiundi gratia locari potuerunt *l. eum qui 10. ſupr.* Non enim poteſt hoc caſu periculum transferre locatio in eum qui experiundi gratia acceperat, cùm nihil ſit quod imputari ei poſſit, aliter atque ſi deſultor fuerit, qui in his iumentis cucurrerit & vicerit, vt in *l. apud Labeonem 20. infr. de praſcr. verb.* ſiquidem periculi materiam maiorem præbet certamen, quàm locatio. Et conſequenter multo minùs dicendum eſt, quæſtum locationis ad eum pertinere, qui iumenta experiunda acceperat, cùm inter contrahentes id actum eſſet, vt experimentum gratuitum acciperet, non etiam vt ex iumentis illis quæſtum faceret *d. l. apud Labeonem*, vbi hanc ob cauſam dicitur, quod in hac lege omninò ex illa ſupplendum eſt, competere actionem præſcriptis verbis, ei qui experiunda iumenta dedit, vt non modò iumentorum reſtitutionem, ſed etiam idipſum lucrum, quod ex locatione prouênit, conſequatur, ne priùs quæſtum ex iumentis faciat, quàm eius periculo eſſe cœperint, vt in hac lege ſcriptum eſt. Planè ſi perfecta & ſecuta eſſet, emptio danda eſſet ex vendito actio, non præſcriptis verbis *d. l. apud Labeonem §. 1.*

2 ¶ Si libero homini, qui mihi bona fide ſeruiebat, quaſi ſeruo rem commodauero: videamus, an habeam commodati actionem. nam & Celſus filius aiebat: ſi iuſſiſſem eum, vt aliquid faceret, vel mandati cum eo, vel præſcriptis verbis experiri me poſſe. idem ergo & in commodato erit dicendum, nec obſtat, quòd non hac mente cum eo, qui liber bona fide nobis ſeruiret, contrahemus, quaſi eum obligatum habituri. plerumque enim accidit, vt extra id, quod agitur, tacita obligatio naſcatur: veluti cùm per errorem indebitum ſoluendi cauſa datur.

*Ad §. 2. Si libero homini.*

Rat. dvb. Qui contrahit cum libero homine bona fide ſeruiente, non ex mente contrahit, quaſi eum obligatum habiturus: ſcit enim aut ſcire debet non poſſe obligationem contrahi nimirum ciuilem, ex qua naſcatur actio inter dominũ & ſeruum *leg. nec ſeruus 41. infr. de pecul. leg. ſeruus 14. de oblig. & act.* Atqui actus nunquam operantur vltra intentionem agentium *vulg. l. non omnis 19. & l. præced. ſupr. de reb. credit.* Ergo ſi libero homini, qui bona fide mihi ſeruiebat, quaſi ſeruo meo, rem aliquam commodauero, actionem commodati cum eo habere non poſſum, quia cum ſeruo nulla actio eſt, nec ſi extraneus cum ſeruo contraxerit *l. cum ſeruo 107. de regul. iur.* Dec. Plerunque accidit, vt extra id quod agitur, tacita obligatio aliqua naſcatur, veluti cùm per errorem indebitum ſoluendi cauſa datur, nam & hîc naſcitur obligatio & condictio indebiti præter mentem contrahentium, quæ illa eſt, vt obligationem quam ſubeſſe putant, diſtrahant, non vt contrahant nouam *l. 5. §. is quoque qui non debitum infr. de oblig. & act.* Non enim ob id minùs obligari quis debet, quod de obligando eo neque actum, neque cogitatum ſit, ſi modo iuſta ſubſit cauſa & materia eius obligandi, nec quicquam repugnet ex parte rei vel perſonarum, ſiue error ſit in iure conſecutiuo, vt Bartolus loquitur, ſiue in antecedente & conſequẽte *l. cùm fundus 32. §. ſeruum ſupr. de reb. credit. leg. ſi procuratorem 8. §. ſi liber homo infr. mandat.* Atqui cùm homini libero quaſi ſeruo meo rem commodaui, nihil repugnat neque ex parte mea, neque ex parte commodatarij, quominùs actio commodati naſcatur, cùm & traditio rei interueniat, & is qui commo-

commodatum accipit, liber homo ſit, qui proinde etiam ciuiliter obligari mihi poteſt, & ipſo iure *l. bonæ liber 54. §. 1. inf. de acq. rer. domin.* adeò vt ſi mihi dãnũm dederit, etiam damni iniuriæ, & lege Aquilia mihi teneatur, vt ibidem ſubiicitur, & ſcriptum eſt in *l. liber homo 13. §. 1. ſup. ad l. Aquil.* Ergo non tantùm æquitas, ſed etiam iuris ratio facit, vt ſtatim atque liber compertus eſt, habere debeam contra eum mãdati actionem, quemadmodum & ſi iuſſiſſem aliquid eum facere, vel mandari cum eo, vel ſaltẽ præſcriptis verbis experiri poſſem, vt Celſus filius dicebat. In quo tamen videtur Celſus à Labeone diſſenſiſſe, quem Paulus refert in *l. atqui natura 19. § ſi libero ſup. de negot. geſt.* exiſtimaſſe, non eſſe hoc caſu eum homine libero mandati actionem, quia non libera voluntate exequitur rem ſibi mandatam, ſed quaſi ex neceſſitate ſeruili. Ex quo inferebat, ſubſidiariam ergo actionem negotiorum geſtorum hoc caſu competere, quia & gerendi negotij mei habuerit adſectionem, & is fuit quem obligare iure poſſem. Quæ ratio certè tam vera & aperta eſt, vt Labeonis ſententia longè probabilior eſſe videatur, quàm Celſi: qui nec adfirmare auſus eſt mandati actionem hoc caſu competere, cùm adiecerit, *vel præſcriptis verbis*, cui actioni locus eſſe ſolet, vt ſæpe monuimus, quoties de nomine vel iure actionis dubitari probabiliter poteſt, an & quæ competat, quia tutius ſemper eſt agere præſcriptis verbis, vt malè ac perperam electæ actionis periculum euitetur, vt in *l. ſi gratuitam 17. in princ. l. Titius 24. infr. de præſcr. verb. iunct. l. 1. ſup. hoc tit.* Nam quæ ab Irnerio, Azone, & Accurſio, & Bartolo adferuntur cõciliationes, cùm verbis huius §. apertè repugnent, probari certè nullomodo poſſunt. Alia ſpecies eſt, quæ ab Vlpiano tractatur in *dict. l. ſi procuratorem 8. §. ſi liber homo infr. mandat.* vbi liber homo bona fide ſeruiens mandaſſe, non autem mandatum executus fuiſſe proponitur, quo caſu ratio Labeonis locum non habet, ſicut neque cùm tractatur de commodato, de quo hîc agimus. In cæteris namque actionibus omnibus prudentes conſenſerunt, poſſe illas naſci & exerceri contra liberum hominem ex omni negotio, quod is bona fide ſeruiens geſſerit. Solam mandati actionem Labeo excipiebat, cuius ſpeciale ius illud eſt, vt quemadmodum non niſi ex præcedente mandato poteſt competere *l. ex mandato 10. §. 1. inf. mandat.* ita neque ex alio mandato quàm, quod libera voluntate & ſuſceptum & executioni mandatum ſit.

14. VLPIANVS libro 48. ad Sabinum.

SI ſeruus meus rem meam tibi, ſcienti nolle me tibi commodari, commodauerit: & commodati, & furti naſcitur actio, & præterea condictio ex cauſa furtiua.

*Ad l. Si ſeruus 14.*

RAT. DVB. Non poteſt fieri, vt ex eodem facto duæ contrariæ actiones & incompatibiles naſcantur, niſi contra furem & ipſius odio *§. ſic itaque Inſtit. de action.* Atqui actio commodati, & actio furti, naſcuntur ex cauſis & fontibus non modò diuerſis, ſed etiam contrariis & incompatibilibus. Actio enim commodati naſcitur ex conſenſu domini, ſicut & cæteræ omnes, quæ ex contractu vel ex quaſi contractu oriuntur *l. in omnibus 55. & l. 57. infr. de oblig. & action.* furti autem actio naſcitur ex eo quòd quis inuito domino rem alienam contrectauerit *l. 1. infr. de furt.* Implicat autem contradictionem, vt dominus cuius rem ſeruus commodauit, & conſenſerit commodato, & non conſenſerit. Ergo nec illud fieri poteſt, vt ex eo facto ſerui commodantis, rem quam commodatarius ſciat nolle ſibi commodari, & commodati actio naſcatur, & furti, nec rurſum vt condictio quoque furtiua: nemo enim ex eo ſolo quòd commodatum accepit, obligatur condictione furtiua, ſed ex eo tantùm quòd rem commodatam nolit dolo malo reddere, quomodo de depoſito ſcriptum eſt in *l. ſi quis inficiatur 13. §. 1. inf. depoſit.* Nec eſt quòd quis dicat, odio furis poſſe hoc admitti *d. § ſic itaque*, furem verò eum eſſe, qui rem commodatam accipit à ſeruo illius, quem ſciebat nolle ſibi commodare. Ita enim eſto, vt furti actio dari hoc caſu debeat, de quo nec dubitandum eſt: quis dicat ideò commodati quoque actionem naſci ex eo ſerui facto debere. Et verò fatentur omnes, non poſſe ambas iſtas actiones à domino exerceri tanquam contrarias ex *leg. 1. C de furt.* ſed ſeparant exercitium actionum ab earum natiuitate, quaſi contrarietas ſit in exercitio actionum, non etiam in earum competentia, & natiuitate. DEC. Actio commodati naſcitur ex commodato, commodatum autem facti eſt, vt & contractus omnes cæteri *l. conſilio 7. §. vlt. infr. de curat. furioſ.* ac proinde fieri etiam à ſeruo poteſt, qui ſcilicet capax eorum omnium eſt, quæ ſunt facti *l. nec ſeruus 41. infr. de pecul. l. g. qui heredi 44. de condic. & demonſtr.* Ergo ex commodato quod ſeruus meus fecerit, etiã me inuito, commodati actio naſci poteſt: nec enim domini conſenſus in hoc eſt neceſſarius, licèt eius res ſit, ſed ſerui commodantis. Nihil autem repugnat, quominus ſeruus meus commodatam tibi rem meam velit, & ego nolim. Ex eo quod ſeruus meus rem meam commodatam tibi vult, & commodat, naſcitur mihi etiam inuito actio commodati, ex eo autem quod inuito me id factum eſt, naſcitur mihi actio furti, & condictio furtiua. Nulla igitur eſt implicatio, vt ex eo ſerui mei facto, & commodati actio & furti, itémque condictio furtiua mihi acquiratur. Naſcitur enim commodati actio ex ſerui mei voluntate, furti autem actio & condictio furtiua ex mea voluntate. Planè in exercitio harum actionum repugnantia & implicatio eſt, quoniam is qui agit commodati hoc ipſo factum ſerui adprobat, quod contrà improbat, cùm vel furti agit, vel condictione furtiua. Quod & in mandati actione iuris eſt *d. l. 1. C. de furt. l. ſi ſeruus alienus 66 de fideiuſſ.* Repugnantia autem ex eo proficiſcitur, quòd dominus ſolus ille eſt, qui agit & furti, & commodati, aut mandati. Non enim ſicuti contrahere, ita & actionem ex contractu exercere ſeruus poteſt. Ac proinde non quemadmodum alia eſt perſona commodantis, alia furtum patientis, ita & dici poteſt aliam eſſe perſonam agentis actione commodati, aliam verò agentis actione furti: quamuis non ſit nouum,

vt actio mandati cum actione furti inter eaſdem perſonas concurrat, vt in ſpecie *leg. ſi mandauero 22. §. ſi tibi centum infr. mandat.* Vera igitur ratio propter quam ſi commodati egero, poſteà furti agere non poſſum, non illa eſt, quam priore loco adfert Accurſius, quòd intereſſe ſim conſecutus, (ea namque ratio in actionibus rei perſecutoriis locum habet, non in iis, quarum altera ſit rei perſecutoria, altera merè pœnalis *l. ſi is cui 71. in princip. infr. de furt. iunct. l. in rebus 18. §. ſine autem hoc tit. l. vnde quæritur 7. §. 1.* vbi diximus *ſupr.*) ſed illa potiùs quam poſteriore loco adfert, quòd agendo commodati ex contractu ſerui mei, hoc ipſo ratũ habeã quod ſeruus meus geſſit, *l. ſi ſeruus 66. de fideiuſſ.* quẽadmodũ & is qui à ſententia contra falſum procuratorẽ reddita appellat, hoc ipſo falſi procuratoris factũ habere ratũ intelligitur *l. 3. §. falſus procurator infr. rat. rem haber.* Eſt autẽ ratio hæc non tantũ iuris, ſed etiã æquitatis *d. l. 1. C. de furt.*

15. Pavlvs libro 29. ad Edictum.

COmmodare poſſumus etiam alienam rem, quam poſſidemus: tametſi ſciẽtes alienam poſſideamus.

*Ad l. Commodare 15.*

Rat. dvb. Commodatum ſpecies quædam beneficij eſt *l. in commodato 17. §. ſicut infr. hoc tit.* Atqui ſpecies furti eſt, largiri ex alieno & ſibi acquirere beneficij debitorem *l. ſi pignore 54. §. 1. infr. de furt.* Ergo non debuit recipi, vt commodare quis rem alienam poſſit, præſertim quam alienam eſſe ſciret. Nam neque id videtur eſſe ex bona fide, cùm tamen commodatum bonæ fidei contractus ſit, vt ſæpius diximus *leg. 3. §. in hac ſupr. §. actionum inſtit. de action.* Dec. Commodatum neque dominium, neque poſſeſſionem rei commodatæ transfert in accipientem *leg. res commodata 8. & ſeq. ſupr. ho. titulo.* Et tamen negari non poteſt, quin aliquod negotium geratur inter commodantem & commodatarium *dict. leg. in commodato 17. §. ſicut infr.* nec proinde, quin æquum ſit rem commodatam à commodatario reſtitui commodatori, comparata in eam rem actione commodati, vt diximus ad *leg. 1. ſupr.* Nihil ergo vetat quominùs etiam res aliena commodari poſſit à non domino, non modò qui ſciat eſſe alienam, ſed qui prædo quoque ſit, cùm ex ea re nullum domino damnum inferatur, cui non eo minùs libera eſt rei ſuæ vindicatio aduerſus commodatarium, vt & aduerſus alium quemcunque poſſeſſorem: quomodo euenit re aliena vendita: nam & rem alienam vendi quoque poſſe placuit *leg. rem alienam 28. infr. de contr. empt.* quamuis ex venditione aliquo caſu dominium transferatur, nempe ſi venditor ſit ipſe dominus *leg. exempto 11. §. 1. infr. de action. empt. leg. traditio 20. de acquir. rer. domin.* adeò vt non poſſit videri ea res vendita de cuius dominio actum eſt, ne emptori acquiratur *leg. penultim. in fin. de contr. empt.* cùm è contrario non poſſit dici res commodata, ſi aliquo caſu de dominio in commodatarium transferendo conuenerit *dict. leg. res commodata 8. & ſeq. ſupr.* neque in eo quicquam fit contra bonam fidem, tametſi alienam rem quis commodet, quam ſciat alienam. Bona enim fides in hoc contractu, vt & in cæteris omnibus bonæ fidei contractibus æſtimatur ex negotio ipſo, quod geritur inter contrahentes, non ex eo quod alteruter contrahentium extra cauſam contractus in bona vel mala fide fuerit. Nam nec quicquam prohibet eum, qui reſpectu domini ſit in mala fide, reſpectu tamen illius cum quo contrahit, bonam fidem habere, puta ſi quod ex alieno habet, apud ipſum deponat, vel ipſi vendat aut commodet. Nemo enim rem alianam deponendo, vel commodando fur fit, aut prædo, ſed eam contrectando inuito domino, quod fit priuſquàm commodatum, vel depoſitum, vel venditio contrahatur.

16. Marcellvs libro 5. Digeſtorum.

ITa vt, ſi fur, vel prædo commodauerit, habeat commodati actionem.

*Ad l. Ita vt, ſi fur 16.*

Rat. dvb. Nemo ex improbitate ſua poteſt ſibi acquirere actionem, vt neque lucrum aliud vllum. Eſt enim lucri ſpecies acquirere ſibi actionem, cùm ex eo locupletior quis fieri exiſtimetur *leg. ſi quid poſſeſſor 31. in princip. ſupr. de hered. petit.* Vnde eſt quod fur agere furti non poteſt, *leg. itaque fullo 12. §. primo infr. de furt.* Ergo nec ſi rem furtiuam commodauerit, permittendum ei eſt, vt commodati agat, multóque minùs prædoni & raptori, qui fur improbior eſſe dicitur *leg. item ſi cùm 14. §. qui intulit ſupr. quod met. cauſ. leg. 1. infr. vi bonor. rapt.*

Dec. Contractus omnes tam qui ex gentium, quàm qui ex ciuili iure comparati ſunt, itémque obligationes, quæ ex iis contractibus, & actiones, quæ ex iis obligationibus proficiſcuntur, non aliam rationem habent, quàm vt ſibi vnuſquiſque acquirat, quod ſua intereſt *l. actionum 25. §. 1. de oblig. & act. l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri de verb. oblig.* Atqui etiam furis intereſt, vt ſi rem furtiuam depoſuerit, vel commodauerit, furti actionem habeat, cùm ad rei reſtitutionem domino teneatur *leg. 1. §. ſi prædo 39. infr. depoſit. leg. non à iudice 64. ſupr. de iudic.* Idem eſt ſi prædo rem pignori dederit *leg. ſi pignore 22. §. ſi prædo infr. tit. prox.* Ergo neque commodatarius, neque depoſitarius, neque creditor pignoratitius, qui rem à prædone accepit, recuſare poteſt, quominùs actione depoſiti, vel commodati, vel pignoratitia conuentus eam reſtituat, niſi fortè dominus ille ſit, qui cum prædone contraxerit. Non enim bona fides patitur, vt dominus rem ſuam poſſeſſori reſtituere teneatur *l. bona fid. 31. in fin. infr. depoſit.* Neque verò his caſibus fur & prædo ex improbitate ſua acquirunt actionem, ſed ex contractu quem bona fide inierunt, licet ipſi malę fidei poſſeſſores ſint, ſi proximã & immediatã cauſam reſpicias, non ſi remotã, & mediatam, vt iam olim cõtra

Irnerium

Digitized by Google

Iterum Accurſius diſputauit ad *dict. leg. 1. §. ſi prædo infr. depoſit.* Longéq; diſſimile eſt, quod obiecimus furem furti agere non poſſe *dict. leg. itaque 12. §. ſed furti infr. de furt.* Nam vt ibidem Accurſius diſputat, valde differt actio furti à cæteris, in eo maximè, quòd actio furti ei potiſſimùm datur, cuius maximè intereſt, magis autem intereſt domini, cuius res furto ſubtracta eſt etiam furi, quàm furis, actio autem commodati non poteſt alij dari quàm ei qui contraxit, fur porrò non dominus contraxit. Quāquam ratio hæc ſi propiùs inſpicias, magis probat cur furti actio danda ſit domino tum quoque cùm priori furi furtum factum eſt, quàm cur ipſi etiam furi danda non ſit, cùm negari non poſſit, quin ipſius quoque furis interſit, cùm ad rei reſtitutionem domino teneatur *dict. leg. 1. §. ſi prædo infr. depoſit.* Dicendum itaque eſt cum Vlpiano in *dict. leg. itaque*, furti actionem ideò furi non competere, quia ex improbitate ſua, & delicto ſuo actionem conſequi non debet, conſequeretur autem, ſi actionem furti haberet ob id ſolùm, quod eam rem furto ſubtraxiſſet. Non enim ſufficit intereſſe niſi ex honeſta & iuſta cauſa interſit *leg. cuius interfuit 9. eod. tit. de furt. leg. 3. §. ſciendum ſupr. ad exhib.* Tum autem intereſt furis ex honeſta cauſa, cùm ipſe contraxit, & rem furtiuam depoſuit vel cōmodauit vel pignori dedit, eámque ex contractu repoſcit, vt eandem domino reſtituat, quamuis non niſi tanquam fur ad reſtitutionem eius teneatur, quia honeſta ſemper eſt reſtitutio rei alienæ tametſi furtiuæ, dum ne ex furto ipſo ſolo actionem ſibi paret ille qui furtum fecit. Cùm autem hoc caſu de ſola poſſeſſione agatur, ſola poſſeſſio æſtimanda eſt non proprietas *l. 3. in fin. infr. vti poſſid.* niſi cùm æſtimatio fit per iuſiurandum in litem, vt in *l. 3. §. in hac ſupr.* aut cùm delictum aliquod interuenit, quo caſu proprietas æſtimanda eſt, non poſſeſſio *l. non abs re 10. C. vnde vi l. conductores 34. C. de locat.* Et ita benè hîc diſtinguit. Alia quæſtio eſt, ſi dominus non ex contractu agat cum eo cum quo contraxit, ſed rei vindicatione, an dominij quæſtionem ei referre depoſitarius vel commodatarius poſſit. In qua quæſtione veriùs eſt, poſſe: quiſquis enim agit rei vindicatione, ſibi eam legem imponit, vt non aliter poſſit vincere, quàm ſi ſe dominum probet pleniſſimè, impleátq; intentionem, quia dominum ſe dicit *l. in rem 23. in princip. & paſſ ſupr. de rei vindicat. l. dote 9. l. vlt. Cod. eod.* Nec quærendum eſt de iure poſſeſſoris, niſi poſtquàm petitor plenè probauerit *leg. 2. infr. vti poſſid. leg. 4. Cod. de edend.* Neque hoc caſu locum habet, quod ſcriptum eſt in *leg. ſi quis conductionis 25. C. de locat.* non priùs eſſe audiendum conductorem, quàm rei cōductæ poſſeſſionem locatori reſtituerit, quod & ad depoſitarios, & ad commodatarios, & ſi qui alij ſimiles ſunt, interpretes noſtri trahunt, data iis vtili condictione ex *d. l. ſi quis locationis*, quæ de ſolo conductore loquitur. Id enim obtinet cùm agitur ex contractu, vt & in *l. nec creditores 10. C. de pignor. act.* non etiam cùm rei vindicatione, niſi ponas poſſeſſorem eſſe prædonem, in quo ſingulari iure receptum eſt, vt dominij quæſtionem referre nunquam poſſit, nec ſi directa rei vindicatione conueniatur: odio ſcilicet malæ fidei, & ſpoliationis *leg. ſi quis emptionis 8. ſed hoc ſuper illa Cod. de præſcript. 30. vel 40. annor.* Planè etiam cùm ex contractu agitur, poteſt interdum accidere, vt etiam ille ipſe qui contraxit, referre poſſit quæſtionem dominij, nō equidem negando actorem eſſe dominum (nihil enim vnquam commune habet ius contractus cum iure dominij dummodò talis contractus ſit, qui etiam in re aliena poſſit conſiſtere, vt emptio, depoſitum, & commodatum *l. proxim. ſupr.* non etiam mutuum aut pignus *leg. 2. §. mutui datio ſupr. de reb. credit. leg. & quæ nondum 15. §. quod dicitur infr. de pignor.* ſed dicendo ſe dominum, iis nimirum caſib. quibus obligari dominus eo contractus genere non poteſt, puta ſi quis rem ſuam emerit, aut conduxerit aut depoſiti vel commodati vel pignoris titulo acceperit. Cùm enim hi contractus ipſo iure non valeant *leg. æque pignus 45. de regul. iur.* nulla ex iis actio naſci poteſt *l. qui rem 15. infr. depoſit. l. qui rem propriam 20. C. de locat. l. ſuæ rei 16. inf. de contr. empt.* Itaq; his caſibus non tam exceptione dominij actor repellitur, vt in *leg. pen. ſupr. de Publician.* quàm quia hoc actione agit, contra *l. ſi pupilli 6. §. vlt. ſupr. de negot. geſt.* agendo ex eo contractu qui iure ipſo non tenet.

17. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

IN commodato hæc pactio, ne dolus præſtetur, rata non eſt.

*Ad l. In commodato 17.*

RAT. DVB. Contractus omnes ex conuentione legem accipiunt *l. 1. §. ſi conuenerit infr. depoſ.* nec refert, an pactum ſit adiiciens, an detrahens *l. pacta conuenta 72. de contr. empt.* Ergo quamuis ex natura contractus commodati teneatur commodatarius de dolo, & quidem de dolo tantùm, vt in depoſito, quia depoſitum deponentis ſolius gratia fit, cōmodatum autem regulariter ſolius commodantis cauſa, vt diximus ad *l. 5. §. nunc videndum ſupr. hoc tit.* dicendum eſt fieri poſſe per expreſſam conuentionem, vt ne quidem de dolo commodatarius teneatur. DECID. Ea demùm pacta dant legem contractui, cùm ab initio aut incontinenti non ex interuallo adhibita ſunt, quæ nec legibus nec bonis morib. aduerſantur *l. iuris gentium 7. §. ait prætor ſupr. de pact. l. pacta quæ contra 6. C. eod.* Nam neq; contractus ſtricti iuris eiuſmodi conuentiones patiuntur *l. ſtipulatio hoc modo concepta 61. de verb. oblig. l. 4. C. de inutil. ſtipulat.* quia primum iuris præceptū eſt, vt honeſtè viuamus *l. iuſtitia 10. §. 1. ſupr. de iuſt. & iur.* honeſtum autem nō eſt, ideóq; nec poſſibile eſſe creditur, quicquid eſt contra bonos mores *l. filius 15. & præced. infr. de condic. inſtit.* Atqui cōtra bonos mores eſt, ſi conueniat, vt in actione cōmodati dolus non præſtetur, quia inuitat commodatarium ad delinquendum, dolúmq; admittendū, quem ſciat fore impunitum, qui tamen impunitus manere nunquā debet *l. procurator. 11. §. 1. infr. de doli mal. except.* Ergo non poteſt in cōmodato valere pactio, ne de dolo futuro agatur, vt nec in alio vllo cōtractu, maximè verò qui ſit bonæ fidei, vt puta depoſiti *l. ſi vnus 27. §. illud nulla ſup. de pact.* Quāuis in dolo præterito aliud ſit. Nec enim doli præteriti remiſſio inuitat ad delinquendū, ſed delicti cōdonatio eſt. Planè quemadmodū

valet pactio, ne depoſiti agatur, quamuis, qui ſic paciſcitur, vt ipſa pactus videatur ne de dolo agat, cùm de dolo tantùm depoſitarius teneatur *dict. §. illud nulla*, (expreſſa enim nocent, quæ non expreſſa non nocent, vt habet iuris regula,) ita & in commodatario idem dicendum eſt, cùm vtriuſque ratio eadem ſit, & vtriuſque contractus eædem præſtationes ratione doli, tametſi non æquè ratione culpæ, quam depoſitarius nunquam præſtat, niſi ſic conuenerit *dict. §. ſi conuenerit*. commodatarius verò ſemper etiam leuiſſimam, niſi contraria pactione ſibi proſpexerit, non enim contra bonos mores pactio illa eſt, ne commodatarius de culpa teneatur, quandoquidem culpa multùm diſtat à delicto etiam lata, quippe quæ prope dolum eſſe dicitur non dolus, vt diximus ad *leg. in actionibus 5. ſupr. de in lit. iur.*

1 ¶ Contraria commodati actio etiam ſine principali moueri poteſt: ſicut & cæteræ, quæ dicuntur contrariæ.

*Ad §. 1. Contraria.*

RAT. DVB. Actiones contrariæ dicuntur ex comparatione directarum, nec poſſunt vel intellectu ipſo percipi, quin concipiantur directæ, quibus contrariæ ſunt. Ergo non poſſunt vltrò moueri quin etiam principales & directæ moueantur.

DEC. Comparatæ ſunt actiones contrariæ, vt ei qui actione directa conuenitur, quique directam actionem nullam habet, ſuccurratur, ſi quid ei ex bona fide viciſſim præſtari oporteat. Nec enim contrariarum actionum vſus vllus eſt, niſi in negotiis, & contractibus bonæ fidei. Non eſt autem ex bona fide, vt qui ſatisfacere alij tenetur, ob id minùs conueniri poſſit, quòd agere ipſe nolit. Eſt enim in cuiuſque poteſtate quando agere velit, non etiam quando conueniatur *leg. purè 5. §. vlt. infr. de doli mal. except. leg. petenda 6. Cod. de tempor. petend. in integr. reſtit.* Ergo nihil vetat contrariam actionem commodati etiam ab eo exerceri, qui directa nondum conueniatur *leg. prox. §. vlt. infr. hoc tit.* Idémque in cæteris omnibus contrariis actionibus iuris eſt *leg. ſed an vltro 10. ſupr. de negot. geſt. leg. 1. §. vlt. infr. de contrar. tutel. & vtil. action. leg. vlt. in fin. C. eod. de contrar. iudic. tutel.* Itaque quamuis contrariæ actiones præſupponant directas competere, non tamen præſupponunt neque requirunt exercitium directarum. Hoc verò accidit in iis contractibus, qui ſunt vltro citróque obligatorij quidem, ſed non æquè principaliter. Directa enim actio contra eum competit de quo principaliter obligando actum eſt, contraria verò aduerſus eum qui non principaliter, ſed per quaſdam tantùm conſequentias obligatur, vt ei quem principaliter obligatum habet, indemnitatem præſtet, ſi quid ei ex cauſa eius contractus abſit: id enim eſt quod dici ſolet, in contrariis actionibus non agi de fide rupta, ſed de calculo, ideóque in iis non iurari in litem *leg. ei apud quem 5. infr. depoſit.* neque ex eis infamiam irrogari *leg. furti 6. §. vlt. ſupr. de his qui notant. infam.* Quòd ſi æquè principales ſint obligationes quæ naſcuntur vtrimque, ambæ ſunt directæ nulla contraria, ſiue diuerſa nomina habeant, vt actiones empti, venditi, locati, & conducti: ſiue idem omnino nomen, vt in actione pro ſocio. Nam quemadmodum tam ſocius eſt vnus ex ſociis, quàm alius, ita tam directa eſt actio, quæ vni ex ſociis competit, quàm quæ alteri. Neque petenda eſt ratio diuerſitatis ex variatione, & deriuatione nominum, quomodo ratiocinatur Bartolus, ſed ex qualitate, ac diuerſitate negotiorum. Illud planè minùs verum eſt, quod idem Bartolus notat, contrariam actionem eaſdem habere præſtationes doli & culpæ, quas habet actio principalis, quoties, inquit, contractus vtriuſque gratia fit: nullus enim contractus dari poteſt, qui vtriuſque gratia fiat æquè principaliter ex quo naſcatur actio contraria, cùm hoc caſu naſcantur ſemper duæ directæ, vt diximus. Proinde nullus caſus eſt, in quo non ſint aliæ præſtationes actionis contrariæ, aliæ verò actionis directæ, quia & aliam atque aliam cauſam habent, & originem non minùs ex contrahentium voluntate, quàm ex iuris ratione *leg. proxim. §. penult. & leg. penult. infr. hoc titulo.* Sunt quidem omnes bonæ fidei contractus vltrò citróque obligatorij (aliud enim eſt in ſtipulatione, mutuo & donatione, qui ſunt contractus ſtricti iuris, *leg. Labeo 19. de verb. ſignific.*) non tamen ſunt omnes vltro citróque obligatorij æquè principaliter.

2 ¶ Si ex facto heredis agatur commodati: in ſolidum condemnatur, licèt ex parte heres eſt.

*Ad §. 2. Si ex facto.*

RAT. DVB. Ob rem quæ defuncto commodata fuit, actio commodati, quæ ex eo contractu aduerſus defunctum cõpetebat, tranſit contra heredes commodatarij iure hereditario, cùm ſit hereditaria. Hereditaria enim actio dicitur quæcunque contra defunctum exerceri potuit *l. hereditarium 7. infr. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eat. leg. hereditariarum 40. de oblig. & action.* Atqui hereditariæ actiones & actiuæ & paſſiuæ diuiduntur inter heredes pro hereditariis portionibus *l. 1. C. ſi cert. petat. l. vlt. C. de heredit. action.* Ergo ſi plures heredes commodatarius reliquerit, non poteſt vnus eorum in ſolidum conueniri, licèt ex facto ſuo conueniatur, puta ſi rem commodatam corruperit, aut quouis modo deteriorem fecerit, cùm actio commodati, quæ in eum dirigitur ex facto defuncti, contractúq; per eum inito primùm ac potiſſimùm deſcendat. Nec enim ex perſonis heredum prima obligationis cauſa & condicio immutatur *l. 2. §. ex his infr. de verb. obligat.* DEC. Factum cuique ſuum nocere debet, non alteri *l. factum 55. de regul. iur.* ne alteri per alterum iniqua condicio inferatur contra *l. non debet alteri 71. eod. tit.* Ergo ſi vnus ex commodatarij heredibus rem commodatam corruperit, vel deteriorem fecerit, ſolus ille in ſolidum teneri debet, quia ſolus facit ne res amplius reddi poſſit, cùm non videatur reddi, quæ

deterior

deterior redditur *l.3.§.ſi reddita. ſupr. hoc tit.l.1.§ ſi res depoſita infr. depoſit.* Quemadmodum & ſi vnus ex heredibus totam rem commodatam penes ſe haberet, is vtique in ſolidum eam reſtituere teneretur *d.l.3.§.heres.* vbi diximus *ſupr.l.ſi duo 21.infr.depoſit. iunge l.ex pollicitatione 9.infr.de pollicit.l.3.in princip.de alim. legat.l.in executione 85.de verbor oblig.* Extra hos caſus, niſi heredes omnes conſentiant in ipſa re commodata reſtituenda, non poteſt commodator ab iis aliud conſequi quàm æſtimationem, ab vnoquoque ſcilicet ipſorum pro portione hereditaria, præterquàm ſi omnes ſimul cogeret litigare, vt notat Bartolus ex *l.quod ſi nolit 31. §. ſi plures. infr. de adilit.edict.* quia nec ſi ageret contra vnum ex heredibus, partis ſolutio pareret liberationem, ne quidem pro parte, donec ab aliis heredibus vel reliquæ partes ſolutæ eſſent, vel quanti eo nomine commodatoris intereſſet, inquit idem Bart. ex *l.ſi non ſortem 26.§.ſi centum de condict.indeb. d.l.ſi duo depoſ.d.l.in executione 85.§.pro parte de verb.oblig. l.ſtipulatus 9.§.1.infr.ſolut.*

3 ¶ Sicut autem voluntatis, & officij magis, quàm neceſsitatis eſt commodare: ita modum commodati, finémque præſcribere, eius eſt, qui beneficium tribuit. cùm autem id fecit (id eſt, poſtquàm commodauit) tunc finem præſcribere, & retrò agere, atque intempeſtiuè vſum commodatæ rei auferre, non officium tantùm impedit, ſed & ſuſcepta obligatio inter dandum accipiendúmque. geritur enim negotium inuicem: & ideò inuicem propoſitæ ſunt actiones: vt appareat, quod in principio beneficij, ac nudæ voluntatis fuerat, conuerti in mutuas præſtationes, actionéſque ciuiles, vt accidit in eo, qui abſentis negotia gerere inchoauit. neque enim impunè peritura deſeret. ſuſcepiſſet enim fortaſsis alius, ſi is non cœpiſſet. voluntatis eſt enim ſuſcipere mandatum: neceſsitatis, conſummare. Igitur ſi pugillares [a] mihi commodaſti, vt debitor mihi caueret, non rectè facies, importunè repetendo. nam ſi negaſſes, vel emiſſem, vel teſtes adhibuiſſem. Idémque eſt, ſi ad fulciendam inſulam tigna commodaſti, deinde ſubtraxiſti: aut etiam ſciens vitioſa commodaſti. adiuuari quippe nos, non decipi, beneficio oportet. Ex quibus cauſis etiam contrarium iudicium [b] vtile eſſe dicendum eſt.

*Ad §.3. Sicut autem.*

RAT. DVE. Non tantùm in commodato, ſed & in cæteris quoque contractibus omnibus id obtinet, vt ab initio ſint voluntatis, ex poſtfacto autem neceſſitatis *l.ſicut 5. C. de oblig. & action.* A. qui contractus cæteri ex poſtfacto, & per ſolam pœnitentiam reuocari non poſſunt. Eſt enim ius illud proprium contractuum innominatorum, vt ex pœnitentia reuocentur re integra necdum ſecuto implemento *l.ſi pecuniam 5.* vbi diximus *ſupr.de condict.cauſ. dat.* Ergo nihil cauſæ fuit, cur in commodato Vlpianus ſpecialiter moneret, quod contractibus omnibus nominatis conuenit generaliter: aut ſi quis in commodato ſpeciale ius aliquod conſtituere velit, ex eo quod à beneficio & liberalitate cauſam habeat, quid abſurdius dici poteſt, quàm ſi non liceat commodatori liberalitatem ſuam reuocare? *l.2. infr. de precar.* Permitti ergo debet commodanti reuocare commodatum ad nutum & libitum non adhibita diſtinctione illa, an tempeſtiuè an intempeſtiuè reuocatio facta ſit.

DEC. Commodatum non fit, niſi ad certum rei vſum, certúmque tempus aut expreſſum, aut tacitum, alioqui precarium eſt non commodatum *l.5. §.ſed interdum. ſupr. l.vltim. infr. hoc tit. iunct. l. Lucius 32. infr. de donat. l.2. C. de precar.* Ergo neque permittendum eſt commodatori, vt ante illum vſum, illúdve tempus elapſum reuocet commodatum, ne ſit in eius poteſtate à contractu recedere, neque prohibendum, vt finito illo vſu & tempore commodatum reuocet, ne in poteſtate commodatarij ſit, rem commodatam inuito commodatore retinere. Ita fit, vt contractus, qui ab initio fuit voluntatis & officij, ex poſtfacto fiat neceſſitatis *d.l.ſicut*, & liberalitate commodatoris vltra vſum, & tempus ab ipſo præſcriptum, vti commodatarius non poſſit. Et quamuis hominem beneficio adfici interſit hominis *l.ſeruus ea lege 7.infr. de ſeru.export.* ſeruanda tamen liberalitas eſt arbitrio illius qui eam exercet *l. cùm plures 12.§.pen.infr. de admin.tutor.* non vltra tempus ſiue expreſſim ſiue tacitè præſtitutum extendenda, ne contra voluntatem fiat, quod ex voluntate proficiſcitur *l.Imperator 8.ſupr. de poſtul.l.Thais 41. §. intra certa tempora infr. de fideic. libert.* Ideòque ſi non commodatum, ſed precarium interceſſerit, id eſt, nullo certo vſu, nulloque certo tempore præfinito, poterit liberalitas quandocunque reuocari, id eſt, etiam intempeſtiuè *l.1.& 2.l.cùm precario 12.l.& habet 15.infr. de precar.* Nec videretur is decipi qui precario accepit, cùm in hoc nihil fiat aduerſus conuentionem, quomodo fieret, ſi commodatario permitteretur ante præſtitutum tempus finitúmve vſum rem commodatam repoſcere: potuiſſet enim commodatarius, ſi commodator negaſſet, ab alio commodatum accipere. Beneficio autem iuuari oportet eum qui accipit, non decipi. Et hæc quidem ratio æquitatis eſt, quia officium ſuum nemini debet eſſe captioſum: ſed adeſt tamen ratio alia iuris quæ fortior eſt, & quæ impedit reuocationem intempeſtiuam commodati, nempe quòd inter commodantem & commodatum accipientem negotiũ geratur, cùm fiat commodatum per traditionem certa lege factam, quæ ſemper aliquod *συνάλλαγμα* includit: non enim nudum pactum eſt, quoties aliquid certa lege datur vel traditur *l. in traditionibus 48.ſupr.de pact. l.ſi dominus 8. infr. de praſcr.verb. l.vlt. C. de rer.permu.* Et conſequenter ex contractu commo-

dati inuicem propoſitæ ſunt actiones: vt appareat id, quod principio beneficij ac nudæ voluntatis fuerat, conuerti in mutuas præſtationes, actionéſque ciuiles: quemadmodum Paulus hîc ſcribit. Ex quo noſtri vulgò ioferunt actionem commodati eſſe ciuilem, ſed malè. Eſt enim prætoria, & hoc prætoris edicto introducta, vt docuimus ad *l.1.ſupr.* vbi & ad textum hunc reſpondimus. Cuius longè aliam eſſe ſententiam apparet ex eo quod ſtatim Paulus ſubiicit, *vt accidit in eo qui abſentis negotia gerere inchoauit, neque enim impunè peritura deſeret. Suſcepiſſet enim fortaſſe alius ſi is non cœpiſſet.* Nemo enim dubitat, quin his verbis actio negotiorum geſtorum ſignificetur, quæ indubitanter prætoria eſt *l.1. 3. & paſſ. ſupr de negot. geſt.* mutuáſque præſtationes habet *l.2. eod* & quum nemo vnquam dixit ciuilem, & quæ competit contra eum qui cœpit oegotia gerere, nec perfecit, quamuis in aliis negotiis inchoandis non habeat locum *l. tutori 20. C. de negot. geſt.* niſi eùm alius geſturus fuerat, qui huius geſtoris contemplatione non acceſſit *l. ſi pupilli 6. §. vlt. ſup. eod. ill. tit.* vbi diximus. Nec pugnat quod ſequitur *voluntatis enim eſt ſuſcipere mandatum, neceſſitatis conſummare,* quaſi præcedentia etiam intelligi debeaot de eo qoi ioteruenıente mandato aliena geſſit negotia, quique ideo mandati nõ negotiorum geſtorum actiooe conuenıendus ſit. Cùm enim actiones mandati & negotiorum geſtorum ſint prorſus incompatibiles, quia implicat contradictionem, vt mandatum ioterceſſerit, & vt oon interceſſerit *l. ſi remunerandi 6. §. 1. l. ex mandato 20. §. 1. inf. mandat.* quis credat eandem clauſulam de vtraque actione intelligi poſſe, vel debere? Proinde non dubito, quin delenda ſit à ſupradictis verbis dictio *mandatum* & tota clauſula de eo intelligenda qui aliena ſuſcepit negotia gerenda ſine mandato. Quamquam non nego in mandato idem iuris eſſe, vt mandatum ſuſcipere ab initio ſit officij & nudæ volontatis, coofummare autem neceſſitatis *d. l. ſi remunerandi 6. §. 1. l. ſi mandauero tibi 22. §. vlt. eod.* Nam & mandatum contractus eſt, adeóqne nominatus à qoo reſilire inoito aduerſario nuoquam licet. Depoſiti alia ratio eſt. Fit eoim depoſitum ſolius depooentis gratia non etiam depoſitarij, & idcirco reuocari quandocuoque poteſt ab eo, qni depoſuit *l. 1. §. penult. infr. depoſit.* Quærit autem Bartolus ſi finitum ſit tempus, quo potuiſti perficere vſum ad qoem commodaui, idqne abſqoe culpa tua, quia fortè ioſirmus fueris, an poſſim repetere commodatum. Et reſpondet rectè, me poſſe: nec enim caſus hic qui tibi contigit, oon mihi, nocere debet mihi qui certo de damno vitando, vt profit tibi qui certas de lucro captando, ex *l. item illa 18. ſupr. tit. proxim. l. ex conducto 15. alias l. ſi vno. §. item cùm quidam. infr. locat.*

a *Igitur ſi pugillares.* Duobus exemplis probat Paulus quod dixit, non eſſe audiendum commodantem, ſi commodatum intempeſtiuè reuocare velit. Primum eſt, ſi pugillares, id eſt, tabulas cereas mihi commodaueris, vt debitor meus mihi caueret, id eſt, cautionem, & chirographum in iis conſcriberet, non eſt tibi permittendum vt importunè reperas. nam ſi oegaſſes vel emiſſem, vel teſtes adhibuiſſem. Quæ verba notanda ſunt contra eos qui putant ſcripturam priuatam, ſi nullis teſtibus ſuffulta ſit, non valere: quod noo minùs falſum eſt, quàm quod alij quidam addunt noo valere, ſi ſcripta ſit non adiecto die & Coofule, contra *l. cùm tabernam 34. §. 1. infr. de pignor.* Alterum exemplum eſt, ſi ad fulciendam inſulam commodaueris tigna, deinde retraxeris, aut etiam ſciens viciosa commodaueris. Vtroque enim caſu me beneficio tuo deceperis, non adiuueris; adiuuari autem oos beoeficio, oon decipi oportet.

b *Ex quibus cauſis etiam contrarium iudicium.* RAT. DVB. Non indiget actione is, qui poſſidet, cùm exceptione tutus eſt: tantundem enim præſtat ei exceptio quantum actio, oec multiplicanda ſunt entia, vt aiunt Philoſophi, præſertim verò actiooes ſine neceſſitate *§. 1. Inſtit. de actio. l. in naue Saufeij 31. inf. locat.* Fruſtra ergo eſt, dare hoc caſu contrarium iudicium commodatario, qui repetitiooem commodati ſuo iure impedire poteſt, ſi ad reſtitutionem vrgeatur, vt proximè diximus.

DEC. Non eſt nouum, vt eiuſdẽ rei nomine actionem quis habeat, & exceptionem. Solemus enim dicere, ei qui actiooem habet, multò magis dandam eſſe exceptionem *l. 1. §. is autem. inf. de ſuperfic. l. inuitus 156. §. 1. de reg. iur.* quamuis difficilius ſit, vt non poſſidenti detur actio, quàm poſſidẽti exceptio & retentio *l. 1. infr. de pignor.* Nihil ergo prohibet, quominus & exceptio detur commodatario, & actio contraria adoerſus commodantem, qui commodatum intempeſtiuè reuocauit. Iunge *l. ſi mandauero 22. §. vlt. infr. mandat. l. prox. §. item qui ſciens [illegible]ſit.*

4 ¶ Duabus rebus commodatis, rectè de altera commodati agi poſſe Viuianus ſcripſit. quod ita videri verum, ſi ſeparatæ ſint, Pomponius ſcripſit. nam eum, qui caruchàm puta, vel lecticam commodauit: non rectè acturum de ſingulis partibus.

*Ad §. 4. Duabus.*

RATIO DVB. Contractus omnes ſui natura indiuidui ſunt, vt & cæterarum rerum omnium ſubſtantiæ & eſſentiæ indiuiſibiles exiſtimantur *l. cùm ex cauſa 139. inf. de verbor. oblig.* Nemo enim pro parte contracturus fuiſſe credendus eſt *l. tutor 47. §. 1. ſupr. de minor. l. ſi quis aliam 46. infr. de ſolut. l. ſi non ſortem 26. § ſi centum ſupr. de condict. indeb.* Ergo duabus rebus pariter ac ſimul commodatis, non de alterà ſola commodati agi poteſt, ſed vel de vtraque ſimul agendum eſt, vel de neutra.

DEC. Quemadmodum in ſtipulationibus dici ſolet, tot eſſe ſtipulationes, quot ſunt res *l. ſcire debemus 29. de verb. oblig.* & in venditionibus tot eſſe venditiones, quot ſunt venditæ res ſeparatæ *l. etſi vno 33. infr. de action. empt.* & in procurationibus tot eſſe mãdata, quot ſunt res ſeparatæ, quæ mandato continentur *l. vlt. §. 1. ſupr. de procurat.* & in depoſito, tot videri depoſita, quot ſunt res depoſitæ, etiamſi in ciſta depoſitæ ſint *l. 1. §. ſi in ciſta infr. depoſit.* ita & dicẽdum eſt, tot eſſe commodata, qoot ſunt res commodatæ, ſi modò ſeparatæ ſint, quamuis oon ſeparatim commodatæ. Ergo pluribus rebus commodatis nihil vetat de ſingulis rebus, & de vnaquaque earum agi ſeparatim, cõmodati, ſi modò ita ſeparatę ſint,

ſint, vt vſum quoque ſeparatum præbere poſſint. Nam vt Paulus ex Pomponio ſubijcit in hoc §. is qui carrucam puta, vel lecticam commodauit, non rectè aget de ſingulis partibus, quia licèt ſingulæ partes per inuicem ſint ſeparatæ, vnum tamen corpus carrucæ & lecticæ efficiunt, cuius nullus eſſe vſus poterit, ſi ſeparatum habeantur. Eſt enim corpus indiuiduum, nec qui lecticam aut carrucam commodat, ſingulas partes ex quib. carruca aut lectica conſtat, commodare intelligitur *arg. leg. eum qui ædes 23. infr. de vſucap.* Itaque vel carruca & lectica tota commodati actione repetẽda eſt, vel pars eius nulla, vt in alia re qualibet contingeret, quæ vna ſimpliciter eſſet, neque commodam diuiſionem reciperet, vt in *l. planè 3. ſupr. famil. erciſc. l. quod tamen 10. §. vlt. ſupr. quib. mod. vſufr. amitt.* vbi diximus *leg. peculium 65. §. quadrigæ de legat. 2.* Neque obſtat, quod contrà ſcriptum videtur in *l. ſi ſeruum 13. §. boue ſupr. de condict. furt.* boue ſubrepto & occiſo condictionem & bouis & corij. & carnis domino competere. Nam, vt Accurſius & hîc & ibi benè explicat, intelligi locus ille debet, cùm ſingulæ partes illæ bouis occiſi ſunt ſeparatim contrectatæ: quo tempore tot ſunt res & corpora, quot ſunt partes, quæ cùm bos viueret, non niſi vnum bouis corpus efficiebant. Miror verò Bartolum hîc ſubijcere quæſtionem de eo cui centum debentur, an viginti ex illis petere poſſit. Non enim eadem quantitatis, quæ ſpeciei hac parte ratio eſt, cùm quantitas minor in quantitate maiore contineatur, non etiam pars vna ſpeciei in altera *l. 1. §. ſi ſtipulanti de verb. oblig. l. cùm quadam puella 19. in fin. ſup. de iuriſd.* Nec verò meſt meo iudicio quod putat Bartolus poſſe peti hęc viginti non tanquam ſint debita, ſed tanquam ex centum debitis. Cui enim centum debẽtur, etiam vigintiquinque deberi dubium non eſt. Illud ſanè non improbo quod addit Bartol. ſi ab eo qui centum debet, viginti ex centum petantur, poſſe illum iuſtè poſtulare, vt de totis centũ vno eodémque iudicio agatur, ne eiuſdem debiti nomine in plura diuerſáque iudicia diſtringatur, quod ne fiat non tantùm ipſius intereſt, ne multiplicatis litibus maiores ac grauiores ſumptus patiatur *l. minoribus 6. ſupr. de minor. leg. 1. Cod. de admin. tutor.* ſed etiam reipublicæ, vt litium numerus minuatur *l. quidam exiſtimauerunt 21. ſupr. de reb. credit. l. non tamen 38. ſupr. de procurat. d. l. 3. ſupr. famil. erciſc. l. 1. & 2. ſupr. de quib. reb. ad eund. iudic. eat. l. 2. infr. de exercit. act. l. quod ſi nolit 31. §. ſi plures infr. de ædilit. edict.* dummodò iuriſdictionis modus hoc patiatur, inquit Bart. ex *dict. l. cùm quadam puella in fin.*

5 ¶ Rem commodatam perdidi. & pro ea pretium dedi, deinde in poteſtatem tuam venit. Labeo ait, contrario iudicio, aut rem mihi præſtare te debere, aut quod à me accepiſti, reddere.

*Ad §. vlt. Rem commodatam.*

RAT. DVB. Sicut actio directa commodati non datur, niſi ad ipſius rei, quæ commodata eſt, reſtitutionem, ita nec cõtrarium commodati iudicium ad aliud dari poteſt, quam vt commodatario reſtituatur, quod ei abeſt ex cauſa commodati *l. prox. §. poſſunt & §. vlt. infr.* Atqui cùm rem mihi à te commodatam perdidi, & pro ea precium dedi, deinde res ìn poteſtatem tuam peruenit, nihil mihi abeſt præter eam pecuniam quam pro precio ſolui: res enim tua quam commodaueras, non abeſſe mihi intelligitur, cùm & tua ſit, & tibi eã reſtituere debuerim, ſi in poteſtate mea fuiſſet. Conſequens igitur eſt, vt ſolũ precium quod dedi, repetere abs te præcisè debeam contrario iudicio, non autem alternatiuè agere, vt vel rem mihi præſtes, vel quod accepiſti reſtituas. DEC. Contrariæ actiones omnes comparatæ ſunt ex æquitate, ne alter ex alterius iactura locupletetur, & vt præſtationes ex vtraque parte ad ſuã æquitatem reuocentur, atqui locupletaretur commodator ex iactura cõmodatarij, ſi poſtquam commodata res quã commodatarius perdiderat, in cõmodatoris poteſtatem rediit, nõ cogeretur aut rem ipſam commodatario præſtare, aut precium quod accepiſſet reddere: nam & ipſam rem & ipſius precium haberet, quod eſſet contra bonam fidem *l. ex empto 11. §. qui autem, & l. bona fides 50. infr. de act. empt.* Contrà verò non locupletatur commodator ex iactura commodatarij, ſiue rem ipſam commodatam ei præſtet, ſiue precium quod accepit, reſtituat. Habet enim vtroque caſu commodatarius id quod ei abeſt, tum quoq; cùm res ipſa ei pręſtatur. Etſi enim non rem dedit, ſed æſtimationem, longéque aliud res ipſa eſt, aliud verò rei æſtimatio *l. ſi alij 42. §. 1. ſup. de vſufruct.* attamen certum eſt, in re ipſa rei quoque æſtimationem eminenter contineri, vt qui rem habet, eius quoque precium habere videatur *l. huiuſmodi 84. §. qui ſeruum de legat. 1. § ſi res aliena Inſtit. de legat.* Commodatori verò ſimiliter nihil abeſt, quia vel rem ipſam retinet, quam commodauerat, & quam ponimus in eius poteſtatem rediiſſe, vel æſtimationem quam pro re ipſa accepit. Nec habet quod conqueratur, cùm in eius arbitrio & electione ſit vtrum velit reddere, vt benè Accurſius concludit: eſt námque in alternatiuis electio debitoris *l. plerunque 11. §. vlt. infr. de iur. dot.* Fit autem debitor is, qui prius fuerat ex commodati cauſa creditor, ex quo & rem & rei precium habere cœpit, cùm ab eo tẽpore fuerit obligatus alterutrum reddere. Quid? nónne litis æſtimatio facit emptionem? *leg. 2. §. vltim. & leg. 3. infr. pro emptor. leg. ſi vt certo 5. §. 1. ſupr. hoc tit.* Ergo, inquies, omnimodo reſtituenda res eſt commodatario, tanquam domino, quíque eius vindicationem habere poſſit, etiam inuito commodatore, qui imputare ſibi debet, cur pro re commodata oblatam litis æſtimationem ſuſceperit *d. l. 5. §. 1. ſupr.* Sed reſpondendum eſt, tum verè id dici cùm tempore ſolutæ æſtimationis præſens res fuit, quæ pro tradita haberi poſſit, nec enim ſine traditione transfertur regulariter dominium *leg. traditionibus 20. Cod. de pact.* nec rurſus alia res tradi poteſt, aut haberi pro tradita, quàm præſens ſit *leg. hac ſi præſens 47. iunct. leg. præced. ſupr. de rei vindic.* Ponimus autem æſtimatam hîc fuiſſe rem perditam, aut quæ ſaltem quòd non inueniretur, perdita credebatur, & prætereà non tam rem ipſam fuiſſe æſtimatam, quàm culpam per quam fuerat perdita, vt ſubtiliter Accurſius noſter obſeruat. Quo caſu non id agitur, vt rei dominium in eum qui culpæ ſuæ æſtimationem præſtat, transferatur, quamuis receptum ſit in his commodati & depoſiti iudicijs,

et aliis huiuſmodi qui bonæ fidei ſunt, tametſi non tantùm culpa, ſed etiam dolo aduerſarij res abſit, vt condemnato ſuccurri ſoleat, hactenus ſcilicet vt ei ſuis actionibus dominus cedat *l. in depoſiti 12. infr. de re iudic.* Quod in eo diuerſum eſt, qui cùm rem alienam poſſideret cuius nomine per vindicationem conueniri poterat, dolo malo poſſeſſionem eius amiſit, ne ipſam reſtituere cogeretur *leg. ſi culpa 63. ſupr. de rei vindic.* Nulla enim bonæ fidei ratio ſuadet, vt ei ſuccurri oporteat, quomodo ſuccurrendum eſt illi qui ex bonæ fidei contractu conuenitur *d. l. in depoſiti.* Quanquam in eo viciſſim melioris conditionis eſt poſſeſſor, qui rei alienæ poſſeſſionem non dolo & fraude, ſed culpa tantùm amiſit, quod etiam illo ipſo qui litis æſtimationem accepit, poſſidente adiuuari debet per Publicianam, vt rem ipſam habeat cuius æſtimationem ſoluit: ita vt nec facilè audiendus ſit dominus, ſi malit poſteà pecuniam quam ex ſententia iudicis periculo iudicati recepit reſtituere *d. l. ſi culpa in fin.* nec proinde habet dominus electionem, quam Paulus hîc dat commodatori. Ideò fortaſſe, quod in ſpecie *d. l. ſi culpa* fuerat ſoluta æſtimatio ex ſententia iudicis, & authoritate iudicati, quæ ſicut impedit condictionem *l. 1. C. de condict. indebit.* ita & difficilius admittit ſolutæ pecuniæ reſtitutionem. Præter id quod dici poteſt, fauorabiliorem eſſe eum, cui ex cauſa contractus præſtita æſtimatio eſt pro re, quæ reddi ipſi debuerat, quàm eum cui æſtimatio ſoluta eſt, non ex contractu, ſed ex neceſſitate ob amiſſam culpa poſſeſſionem, quam ſi amiſſa non eſſet, reſtituere petitori teneretur. Cùm enim ex bonæ fidei contractu actio venit, omnia ex bona fide conſtituenda & temperanda ſunt. Quòd ſi commodatarius agere malit condictione ſine cauſa ad reſtitutionem precij, quia re commodata inuenta & in poteſtatem commodatoris reuerſa, quæ perdita credebatur, precium ſine cauſa datum reperitur, poteſt quidem id ſuo iure facere *l. 2. ſupr. de condict. ſin. cauſ.* ſed ad precium ſolum competet ea condictio, non vt actio commodati alternatiuè ad rem aut precium, ſed ad precium præcisè, quia non aliud condici poteſt, quàm quod datum fuit: precium autem datum eſt, non res ipſa. Itaque falſum eſt quod vult Bartolus quacunque actione per commodatarium intentata poſſe dominum eligere, quod vult. Si enim commodatarius proponat condictionem, nulla domini electio eſt, quin precium ipſum reſtituere omnimodò teneatur *d. l. 2. de condict. ſin. cauſ.* ſed & alius Bartoli error in eo eſt, quòd putat actionem intentari poſſe ante litem conteſtatam. Non enim datur actio nec dictatur iudicium, niſi poſt conteſtationem. Item in eo, quod ait, poſt litem conteſtatam cogi dominum ſoluere ſecundùm naturam actionis intentatæ, id eſt, inquit, rem ipſam ſi actum ſit in rem, aut æſtimationem ſi condictione ſine cauſa, quaſi verò non etiam æſtimatio præſtanda ſit per actionem in rem, ſiue rei reſtitutio ideò fieri non poſſit, quòd eius poſſeſſio per culpam amiſſa ſit, ſiue quod per dolum & fraudem *d. l. ſi culpa 63. & l. qui reſtituere 68. de rei vindic.* ſemper enim & quacunque actione propoſita lis æſtimanda eſt, nec vnquam fit condemnatio ad rem dandam aut reſtituendam præcisè, ne quidem in actionibus in rem, licèt aliter atque aliter lis æſtimetur, nonnunquam per iuſiurandum in litem, nonnunquam etiam citra iuſiurandum & officio iudicis *d. l. qui reſtituere*, ſicut in actionibus perſonalibus, aliquando inſpecto tempore litis conteſtatæ, vt in ſtrictis, excepta condictione triticaria, in qua inſpicitur tempus condemnationis *l. pen. & vlt. ſupr. de condict. tritic. l. vinum 22. leg. cùm fundus 32 ſupr. de reb. credit.* aliquando etiam inſpecto tempore moræ aut rei iudicandæ vero tempore pluris res fuit *leg. 3. §. ſi per venditorem infr. de action. empt. l. 3. §. in hac*, vbi diximus *ſupr. eod. tit.*

18. CAIVS libro 6. ad Edictum Prouinciale.

IN rebus commodatis talis diligentia præſtanda eſt, qualem quiſque diligentiſſimus paterfamilias ſuis rebus adhibet: ita vt tamen eos caſus non præſtet, quibus reſiſti non poſſit: veluti mortis ſeruorum, quæ ſine dolo, & culpa eius accidunt: latronum, hoſtiúmve incurſus, piratarum inſidias, naufragium, incendium, fugas ſeruorum, qui cuſtodiri non ſolent. Quòd autem de latronibus [a], & piratis, & naufragio diximus: ita ſcilicet accipiemus, ſi in hoc commodata ſit alicui res, vt eam rem peregrè ſecum ferat. alioquin ſi cui ideo argentum commodauerim, quod is amicos ad cœnam inuitaturum ſe diceret, & id peregrè ſecum portauerit: ſine vlla dubitatione, etiam piratarum, & latronum, & naufragij caſum præſtare debet. Hæc ita, ſi duntaxat accipientis gratia [b] commodata ſit res. At ſi vtriuſque, veluti ſi communem amicum ad cœnam inuitauerimus, túque eius rei curam ſuſcepiſſes, & ego tibi argentum commodauerim: ſcriptum quidem apud quoſdam inuenio, quaſi dolum tantùm præſtare debeas. Sed videndum eſt, ne & culpa præſtanda ſit: vt ita culpæ fiat æſtimatio, ſicut in rebus pignori datis, & dotalibus æſtimari ſolet.

*Ad l. In rebus 18.*

RAT. DVB. Quemadmodum dolo & fraude non caret is, qui alienis rebus, ſiue commodatis, ſiue depoſitis ſeruandis minorem quàm in ſuis adhibet diligētiam *l. quod Nerua 32. infr. depoſit.* ita extra omnem culpam eſſe videtur is, qui non minorem in alienis, quàm in ſuis rebus conſeruandis præſtat diligentiam, licèt nec in ſuis rebus diligens ſit, ad eum modum quem hominum natura deſiderat vt Celſus loquitur in

Digitized by Google

tur in *l. quod Nerua*. imputare namque ſibi debet, qui amico minus diligenti rem ſuam cōmodauit: ſicuti ſolemus dicere de eo qui penes amicum non ſatis diligentem res ſuas depoſuit *§. præterea Inſtit. quibus mod. re contr. oblig. l. 1. § is quoque apud quem infr. de oblig. & action.* Ergo non eſt onerandus commodatarius, vt in rebus commodatis talem diligentiam præſtet, qualem diligentiſſimus quiſque paterfamilias ſuis rebus adhibet: ita enim fieret, vt omnes caſus, qui accidere poſſunt, præſtare teneretur, extra eos quibus reſiſti non poteſt, quique vis maioris appellatione continentur, vt ſunt hoſtium latronúmve incurſus, piratarum inſidiæ, naufragium, incendium, fugæ ſeruorum, qui cuſtodiri non ſolent: quos caſus omnes Caius hic enumerat.

Dec. Commodatum fit ſolius accipientis & commodatarij gratia, vt ſubiicitur in hac lege. Eſt igitur æquiſſimum ab eo præſtari omnem diligentiam, id eſt, exactiſſimam *d. §. is quoque apud quem verſic. & ille quidem*, ac proinde non qualem ipſe ſuis rebus adhibere ſolitus eſt, ſed qualem diligentior alius quilibet paterfamilias adhibiturus eſſet, ne alioquin is qui commodauit ex beneficio ſuo & liberalitate periclitetur *arg. l. ne ex liberalitate 52. infr. de re iudic.* & quantulacunque negligentia, quæ in propriis rebus tolerabilis eſt, in alienis culpanda eſt, & coercenda *l. ſi conſtante 24. §. ſi maritus in fin. infr. ſolut. matrim. l. à procuratore 13. C. mandat.* Nec audiendus eſt commodatarius, ſi commodatori velit imputare, quòd minus diligenti amico rem ſuam commodauerit, cùm ea eo facto lucrum ipſe & commodum ſentiat *l. ſi extraneus 32. l. cùm in fundo 79. §. quòd ſi mulier. infr. de iur. dot.* quod ſecus eſt in depoſitario, qui non ſuo commodo, ſed ſolius deponentis gratia depoſitum accipit. Planè caſus fortuitos præſtare commodatarius non tenetur, quos nec alius quiſquam præſtat *l. quæ fortuitis 6. l. pignus 9. C. de pign. act. l. contractus 23 de reg. iur.* niſi cùm culpa præceſſit caſum, vt hîc ſubiicitur. lunge *l. 1. C. hoc tit. l. 5. §. nunc videndum 1. ſupr.*

a *Quod autem de latronibus*. Rat. dub. Commodatarius non tenetur de caſu fortuito, niſi ſpeciali conuentione periculum omne amiſſionis in ſe ſuſceperit *d. l. 1. C. hoc tit.* Ergo non eſt diſtinguendum, an culpa aliqua caſum præceſſerit, necne: nec enim culpa præcedens facere poteſt poſſibile quod per rerum naturam impoſſibile eſt. In quo genere ſunt omnia quæ per vim maiorem contingunt, & quib. nullo humano conſilio reſiſti poteſt, quam ideò Græci θεῖ βίαν vocant, quaſi vim diuinam, cui vim omnem humanam cedere neceſſe eſt *l. ſi merces 25. §. vis maior infr. locat.*

Dec. Quoties culpa præcedit caſum, non tam caſui quàm culpæ adſcribēdum eſt, quicquid poſtea accidit, quia non accidiſſet, ſi culpa caſum non præceſſiſſet. Atqui de omni culpa tenetur commodatarius, etiam de leuiſſima, vt proximè diximus. Ergo & de caſu fortuito eum teneri æquum eſt, ſi culpa caſum præceſſerit *d. l. ſi vt certo 5. §. ſed interdum 7. & §. ſi me rogaueris 13. ſupr. hoc tit. l. item quæritur 13. §. ſi quis infr. locat. l. ſiue hereditaria 22. ſup. de neg. geſt.*

b *Hoc ita ſi duntaxat accipientis gratia*. Rat. dub. Etiam cùm vtriuſque, id eſt, & commodantis & cōmodatarij gratia commodatum fit, non debet eſſe impunita culpa commodatarij, ne quidem leuiſſima, cùm non eo minus verum ſit, beneficio adfectum eſſe commodatarium à commodante. Ergo non de culpa leui tantùm, & de dolo teneri debet commodatarius, ſed etiam de culpa leuiſſima: aut ſi prodeſſe debet commodatario, quòd non tantùm ipſius, ſed etiam commodantis gratia factum ſit commodatum, quidni ſequimur veterum illorum ſententiam, quos Caius refert æſtimaſſe commodatarium eo caſu præſtare duntaxat dolum debere?

Dec. Cùm quæritur quid præſtare debeat is, qui rei debitor eſt ex contractu, illud vnum inſpiciendum eſt, cuius gratia contractus celebratus ſit, vt ſi eius tantùm qui obligatus eſt, is non modò præſtare dolum debeat, ſed etiam culpam adeóque leuiſſimam, quomodo euenit in commodato: ſi verò eius tantùm cauſa qui alium ſibi obligat, dolus tantùm præſtandus ſit, non etiam culpa, niſi lata quæ ad dolum proximè accedit, & paſſim dolo æquiparatur, vt contingit in depoſito, ſi denique gratia vtriuſque, ſic res temperetur, vt & dolum & culpam latam leuémque præſtari oporteat, ſed non leuiſſimam. Exempla Caius hîc adfert in reb. pignori datis, & in dotalibus. Nā & in actione pignoratitia, & in actione rei vxoriæ, non tantùm doli, ſed etiam culpæ leuis æſtimatio fit, quia contractus illi in vtriuſque contrahentium gratiam fiunt *l. ſi vt certo 5. § nunc videndum 1. ſupr. hoc tit. d. l. contractus 23. de regul. iur. l. etiam 18. §. 1. infr ſolut. matr.* Ergo ſi communem amicum ad cœnam inuitauerimus, túque eius rei curam ſuſceperis, & ego tibi argentum commodauerim, dicendum eſt, cùm vtriuſque noſtrûm gratia hîc contractus celebratus ſit, te mihi de culpa quidem leuiſſima non teneri, ſed tamen de lata & leui non minus quàm de dolo teneri. Eſt autem ſuperioribus conſequens, vt in mandato quoque eadem diſtinctio adhiberi debeat, id eſt, vt quamuis mandatarius regulariter omnem culpam præſtare debeat etiam leuiſſimam *d. l. à procuratore 13. C. mandat.* ſi tamen mandatum vtriuſque gratia fiat, quod plerunque contingit, non niſi de culpa leui teneatur. Atque ita veteres quidam gloſſatores, quos Azo apud Accurſium refert, exiſtimarunt: ſed quos tamē Azo reprobat, exiſtimans omni caſu mandatarium teneri de omni culpa etiam leuiſſima ex *d. l. à procuratore*, quæ non niſi fortuitos caſus excludit. Mihi Azonis ſententia magis probatur, quia quod dicitur in *d. l. à procuratore*, omnem culpam præſtari debere à procuratore, non etiam caſum fortuitum, ſic omnino accipiendum eſt, vt non tantùm de leui teneatur, quomodo nonnullos interpretari video, ſed etiam de leuiſſima. Etſi enim culpam cum noſtri dicunt, leuem non leuiſſimam intelligunt, vt vel vnus hic locus clarè demonſtrat, qui tamen dicit *omnem culpam* proculdubio etiam leuiſſimam comprehendit, maximè verò cùm ſequitur excluſio caſus fortuiti, vt in *d. l. à procuratore & in hac lege*. Incluſio enim vnius, excluſio eſt alterius. Quamuis quòd dicimus de culpa etiam leuiſſima teneri eum cuius ſolius gratia contractus fit, non poſſit cadere in mandatum, quod nunquam fit gratia ſolius mandatarij. Conſilium enim illud eſſet non mandatum, & cōſequenter non obligatorium *l. 2. §. vlt. infr. mandat.* Ergo non poteſt obligationem mandatarij diminuere vel augere, quod mandatum vtriuſque gratia factum proponatur, alioqui dicendum eſſet eo caſu futurum, vt non teneretur mandatarius niſi de dolo non etiam de culpa, quod eſſet ridiculum, neque enim procurator quiſquam fit, niſi vt in re aliena tantam præſtet diligentiam, quantam in ſuis

diligentiſſimus quiſque præſtare ſolet. Ex quo fit, vt non modò de leui culpa teneri ſemper debeat, ſed etiam de leuiſſima, cum alienis rebus maiorem, quàm ſuis ſeruandis diligentiam, licèt pro alieno tantum commodo præſtare debeat. Nec imputari poteſt ei qui minus diligentem procuratorem elegit, cur non diligentiorem elegerit, quia diligentiſſimum ſe profitetur quiſquis ab alio mandatum ſuſcipit exequendum. Hoc ipſo enim offerre ſe vltrò intelligitur, ſuſcipiendo mandatum quod recuſare poſſet, ſi vellet. Idque probatur etiam ex *dict. leg. contractus 23. de regul. iur.* vbi poſt enumeratos contractus, qui dolum duntaxat & culpam ſcilicet leuem recipiunt, addit Vlpianus *in his quidam & diligentiam*, vt ſcilicet includat culpam etiam leuiſſimam. Quæ tamen verba in plurali numero concepta ſicut ad commodatum ſolum referri non poſſunt, ita nec ad alium vllum contractum ex enumeratis præter commodatum, quàm ad mandatum.

1 ¶ Siue autem pignus, ſiue commodata res, ſiue depoſita deterior ab eo, qui acceperit, facta ſit: non ſolùm iſtę ſunt actiones, de quibus loquimur, verùm etiam legis Aquiliæ. ſed ſi qua earum actum fuerit, aliæ tolluntur.

*Ad §.1. Siue autem.*

Huius §. ſententiam & omnes quæ ad eam adduci poſſunt, dubitandi & decidendi rationes adduximus, partim ad *l.3.§. ſi reddita, ſup. hoc tit.* partim ad *l. vnde quæritur 7.§.1. eod.* Nec quicquam hic adnotandum ſupereſt, niſi quod adnotat Gothofredus poſt Accurſium, vna actione propoſita ex pluribus, quæ commodatario & depoſitario pignoratitio competunt, tolli quidem cæteras, ſed non vſque adeò vt non ſuperſint de eo, quod plus in illis eſt, quàm in priore actione fuerit: cùm non aliam ob cauſam comparatæ ſint, quàm vt actoris indemnitati pleniſſimè ſatisfiat, licèt vtraque actio ſit rei perſecutoria. Hoc ipſum enim eſt, quod facit, vt non poſſint videri ſublatæ omnes actiones rei perſecutoriæ quandiu aliquid rei perſecutioni deeſt, & rei perſequendæ ſupereſt *d.l. vnde quæritur in fin. l. qui ſeruum 34. de obligat. & action. l. ſi is cui 71. l. ſi quis egerit 88. inf. de furt.*

2 ¶ Poſſunt iuſtæ cauſæ interuenire, ex quibus cum eo, qui commodaſſet, agi deberet: veluti de impenſis in valetudinem ſerui factis, quæve poſt fugam requirendi, reducendíque eius cauſa factæ eſſent. nam cibariorum impenſæ naturali ſcilicet ratione ad eum pertinent, qui vtendum accepiſſet. Sed & id quod de impenſis valetudinis [a] aut fugę diximus, ad maiores impenſas pertinere debet. modica enim impendia verius eſt, vt ſicuti cibariorum, ad eundem pertineant.

*Ad §.2. Poſſunt iuſtæ cauſæ.*

Rat. dvb. Nemo ex contractu poteſt obligari præter voluntatem & intentionem contrahentium *l. in omnibus negotiis 57. de oblig. & action.* vt nec actus quiſquam operari vltra intentionem agentium vulg *l. non omnis 19. & præced. ſupr. de rebus credit.* Atqui cùm ſit commodatum, id agitur inter contrahentes, vt commodatarius obligetur commodatori, non autem commodator commodatario. Actio autem non poteſt naſci niſi ex obligatione *l. licèt 42. §. ea obligatio ſupr. de procurat.* Ergo fieri nequit, vt cùm eo qui commodauit, agere commodatarius debeat, præſertim verò ex contractu illo commodati, qui non niſi ad commodatarium obligandum interponitur.

Dec. Plerunque accidit, vt etiam extra id quod agitur, tacita obligatio naſcatur, ex natura ſcilicet negotij quod tractatur *leg. is qui 13. in fin. ſupr. hoc titul.* Atqui poſſunt iuſtæ cauſæ intercedere, propter quas æquum ſit, commodatorem obligari commodatario, & ab eo conueniri actione commodati, non quidem directa, ſed tamen contraria. Quemadmodum ſi impẽſas in valetudinem ſerui ad eum curandum, commodatarius fecerit, vt in *l. penul. inf.* aut poſt fugam requirendi, reducendíve ſerui gratia: ne alioqui ex commodatarij iactura commodator locupletetur, quod contingeret, ſi eo nomine conueniri non poſſet, *l. nam hoc natura 14. ſupr. de condict. indeb. l. iure naturæ 206. de reg. iur.* Ergo quamuis nullam fidem commodator dederit commodatario, in ipſo contractu ineundo, non eò minus tamen teneri debet commodati actione contraria, in qua ſcilicet non agitur de fide rupta, vt in actionibus directis, ſed tantùm de præſtanda indemnitate *leg. ei apud quem 5. infr. depoſit.* & de calculo qui ferè ſine iudicio dimmi ſolet, quomodo Vlpianus ſecundùm emendationem noſtram loquitur in *l. furti 6.§. vltim. ſupr. de his qui notant. infam.* Planè cibariorum impenſæ nunquam ſunt reſtituendæ, vt Caius hîc ſubiicit, quia naturali ratione ad eũ pertinent, qui vtẽdum accepit, ſcilicet quæ compenſandæ ſint cum operis & miniſterio ſerui, vt benè Accurſius explicat, ex *l. item ſi ſerui 30. §. vlt. infr. de ædil. ed.* vbi Paulus ex Ariſtone negat, data ſeruo cibaria eſſe imputanda, quia, inquit, nec ab ipſo qui cibaria præſtitit, exigitur & repetitur, quod in eius miniſterio ſeruus fuit. Iunge *l. ſi id quod 28.§. vlt. infr. de donat. int. vir. & vxor. leg. fructus 7. aliàs l. diuortio. §. vlt. ſolut. matrim.*

a *Sed & id quod de impenſis valetudinis.* Rat. dvb. Non debet quiſquam ex aliena iactura locupletari, ne quidem in minimo: repugnat enim id iuri naturæ *d. l. iure naturæ 206. de regul. iur.* Vnde eſt, quòd in actione negotiorum geſtorum repetit geſtor, quicquid ei abeſt ad vltimum vſque quadrantem: non adhibita diſtinctione, an impenſa modica ſit, an magna *leg. omnino 12. de impenſ. in rebus dot. fact.* adeóque licèt euentus non ſit ſecutus *leg. ſed an vltrò 10.§.*

10. §. *vlt. l. ſucceſſori* 12. §. *vlt. ſupr. de negot geſt.* Ergo & in actione commodati ius idem eſſe debet, vt indiſtinctè impenſa omnis quam cõmodatarius in rem commodatam fecerit ei reſtituenda ſit, cùm eadem iuris ratio in hac quoque actione locum habeat, ne ſcilicet commodator ex aliena iactura locupletetur *vulg. l. illud* 32. *ſupr. ad leg. Aquil.* DEC. Actiones omnes bonæ fidei, quamuis in hoc cõueniant, quòd bonæ fidei ſunt, habent tamen ſingulæ propriam quandam æquitatis rationem ex natura ipſius negotij, vnde naſcuntur, dependentem, quæ facit, vt alias atque alias habere debeant præſtationes. Itaque aliter in iudicio negotiorum geſtorum, aliter in actione de dote obſeruatur *d. l. omnino*, aliter etiam in actione cõmodati. Nõ enim qui ad aliena negotia gerenda accedit, eo animo eſt, aut eſſe debet, vt ex alienis negotiis commodum vllum percipiat, quod cum impenſis à ſe factis compenſare poſſit. At in actione de dote & commodati, & ſi quæ aliæ ſunt ſimiles, commodum aliquod percipitur ab eo, qui in rem alienam impenſas fecit, quas proinde cum eo commodo compenſare poteſt & debet: nimirum ſi ſint modicæ. Alioqui contrario iudicio commodati, aut etiam actione de dote reſtituendæ ſunt, vt proximè diximus. Et hæc loci huius ſententia & ratio eſt, nõ quam noſtri poſt Accurſium & Bartolum adferunt, quòd de modicis expenſis curandum non ſit. Nam quod vulgò iactari ſolet, de modicis non curare Prætorem ex *leg. ſcio* 4. *ſupr. de in integr. reſtit.* ad hunc caſum nõ pertinet, in quo minimæ illæ expenſæ compenſantur, non negliguntur, lunge *l. ſi proprietarius* 42. *infr. de damn. infect.*

3 ¶ Item qui ſciens vaſa vitioſa commodauit, ſi ibi infuſum vinum, vel oleum corruptum effuſúmve eſt, condemnandus eo nomine eſt.

*Ad §. 3. Item qui ſciens.*

Aliud exemplum eſt eius, quod in § *proxim. præced.* dictum eſt, poſſe iuſtas cauſas interuenire, propter quas permittendum ſit commodatario agere commodati aduerſus commodantem. Eſt enim hæc vna ex iuſtis illis cauſis, ſi quis ſciens vaſa vicioſa commodauerit, & infuſum vinũ, vel oleum corruptum effuſũve ſit, quo caſu condemnandus eo nomine eſt commodator, in id omne ſcilicet, quod intereſt commodatarij. RAT. DVB. In commodato venit culpa etiam leuiſſima, vt ſcriptũ eſt initio huius legis, & in *l. ſi vt certo* 5. § *nunc videndum ſupr. hoc titul.* Atqui non poteſt fieri, vt non ſit ſaltem leuiſſima culpa is, qui etiam ignorans vaſa vicioſa commodat, cùm priuſquàm commodaret, debuerit diligentiùs explorare an eſſent vicioſa, necne, ne alioqui eueniret, vt pro conferendo beneficio inferret iniuriam. Ergo indiſtinctè dicendum eſt commodatorem, qui vaſa vicioſa commodauit, teneri commodatario, id eſt, non adhibita diſtinctione illa, quam Caius hîc adhibet, an à ſciente vel ignorante commodatore id factum ſit. Nam in ſciente videtur lex eſſe de indubitabili eũ ſcientia illa dolum inducat, qui ſemper puniendus eſt, tum quoque cùm illi ipſi nocet, qui eum admiſit *leg. procurator* 11. §. 1. *infr. de doli mal. except.* maximè verò in contractibus bonæ fidei, in quibus idcirco placuit vindicari dolum ipſo iure, & æquitate ipſius iudicij *leg. ſed ſi ideò* 21. *infr. ſolut. matrim. leg. huiuſmodi* 84 §. *qui ſeruum delegat.* 1. *leg. in hoc iudicium* 14. §. 1. *ſup. commun. diuid.* cùm nihil tam contrarium ſit bonæ fidei quàm dolus *leg. non debet* 11. *in fin. ſupr. de dolo leg.* 3. *in fin infr. pro ſocio leg. ſi dolo* 5. *Cod. de reſcind. vendit.* DEC. Ex parte quidem commodatarij venit in commodato culpa omnis etiam leuiſſima: ſed non ex parte commodantis, quem ſatis eſſe viſum eſt teneri de dolo & lata culpa, quoniam non commodantis, ſed ſolius commodatarij gratia fit commodatum *d. §. nunc videndum & l. ſi ſeruus* 61. §. *circa commodatum infr. de furt.* vbi ob hanc cauſam additur, quod ſummopere notandum eſt, etiam circa dolum remiſſiùs faciendam eſſe in commodato interpretationem, id eſt, vt non tam facilè præſumatur commodatarius dolum admiſiſſe. Eſt enim duplex dolus malus, minor vnus, vt ita dicam, maior alius, qui maiorem machinationem exigit *l. quid enim* 14. *ſupr. de dolo.* Qua ratione tentari etiam non improbabiliter poteſt, commodatorem de lata culpa non teneri, licèt contrà ſentiat hîc Bartolus, quia tametſi lata culpa prope dolum ſit *l. quod Nerua* 32. *infr. depoſ.* dolus tamẽ non eſt, tantum diſtat, vt ſit maior dolus. Atqui non eſt in dolo commodator, qui vaſa quãuis vicioſa ignorans commodat, licèt non careat culpa. Nec enim dolus eſſe poteſt ſine ſcientia, quæ coniunctam habeat calliditatem & machinationem *l. 1. & paſſ. eod. tit. de dolo malo.* Ergo ex ea cauſa teneri non debet contrario iudicio, ſed ita demùm ſi ſciens commodauerit, & ex vaſorum vicio damnum aliquod cõmodatario acciderit *l. pen. infr. hoc tit.* Commodatũ enim beneficium eſt, beneficio autem iuuari commodatarium oportet non decipi *l. prox. §. ſicut in fin. ſupr.* In depoſito, locato, & vendito ſecus eſt, quia contractus iſti non fiunt in gratiam accipientis, ſed vel dantis ſolius, vel vtriuſque, & ideo, vt benè notat Accurſius, æquum eſt indiſtinctè teneri eum, qui vaſa vicioſa vel depoſuit, vel locauit, vel vendidit, id eſt, ſiue vicium ſciuerit ſiue ignorauerit *l. 3. §. ſed ſi vas infr. de action. empt. leg. ſed addes* 19. §. 1. *locat. leg. ſi ſeruus communis* 61. §. *quod verò infr. de furt.* Neque verò æquum eſſet prætextu ignorantiæ locatorem impunè mercedem retinere, & venditorem precium, quod acceperit. Quamuis non eo minùs adhibenda ſit diſtinctio, an ſciens, an ignorans locator, aut venditor contraxerit, quia ſciens tenetur in omne id quod aduerſarij intereſt, ignorans verò nõ niſi ad reſtitutionem precij vel mercedis, vt ex ſupradictis locis apparet. Alia ſerui locati ratio eſt. In eo namque adhibentur diſtinctiones, de quibus in *l. ſi tibi domum* 45. §. 1. *l. antep. §. antepen. infr. locat.* Etſi enim à bona fide longè alienum eſt, vt quid patiaris detrimenti per eam rem quam conduxeris, attamen extra conductionis cauſam eſt crimen, quod ſeruus locatus admiſerit, vt ſcriptum eſt *in dict. §. antepen.* quod non ſimiliter dici poteſt de damno, quod vicio rei venditæ vel locatæ contigit.

4 ¶ Quod autem contrario iudicio conſequi quiſq; poteſt, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur, poteſt ſaluum habere iure penſationis. ſed fieri po-

teſt, vt amplius eſſet, quod inuicem aliquem conſequi oporteat, aut iudex penſationis rationem nō habeat, aut ideò de reſtituenda re cum eo non agatur, quia ea res caſu intercidit, aut ſine iudice reſtituta eſt. dicemus neceſſariam eſſe contrariam actionem.

*Ad §. vlt. Quod autem.*

RAT. DVB. Compenſatio vim ſolutionis obtinet, ideòque liberationem parit ipſo iure *leg. 4. l. ſi ambo 10. in princip. & §. 1 infr. de compenſat. l. ſi conſtat 4. C. eod l. amplius non peti 15. infr. rat. rem haber.* Ergo dicendum eſt commodatarium vel nō poſſe compenſare quod ſibi debetur, ſi directo iudicio conueniatur, vel non poſſe contrario iudicio conſequi, quod directo iudicio conuentus ſaluum habere poteſt iure compenſationis. Cur enim vltro agere permittamus ei, qui ſit tutus ipſo iure? Compenſatio ſiquidem fit ipſo iure in iudiciis bonæ fidei, quale eſt iudicium commodati, adeòque etiam in ſtrictis hodie poſt *leg. vltim. Cod. de compenſat.* quamuis olim nō fieret in ſtrictis, niſi oppoſita exceptione doli poſt conſtitutionem diui Marci §. *in bonæ fidei Inſtit. de action.* DEC. Nihil prohibet actionem dari etiam ei, qui tutus ſit exceptione *leg. 1. §. is autem infr. de ſuperfic. leg. inuitus 156. §. 1. de regul. iur.* & cōpenſatione *leg. ſed an vltro 10. ſupr. de negot. geſt.* Ac prętereà fieri facilè poteſt, vt neceſſaria ſit commodatario actio ad cōſequendam indemnitatem, nec ſufficiat auxilium compenſationis, vt in tribus illis caſibus, quos Caius hîc enumerat, quorum primus eſt, ſi amplius ſit, quod inuicem conſequi commodatarium oporteт, quàm quod directo iudicio debet. Neque enim compenſatio fieri poteſt, niſi ad concurrentem vſque quantitatem *dict. leg. ſi ambo dict. leg ſi conſtat 4. & paſſ. C. de compenſat.* Quemadmodum ſi quod amplius eſt, conſequi velit cōmodatarius, reconuentione opus eſt, vt ſequi poſſit condemnatio non ſufficiente in eam rem compenſatione, vt Bartolus hîc docet ex *l. cùm Papinianus 24. C. de ſentent. & interloc. omn. iudic.* Secundus caſus eſt, ſi iudex compenſationis rationem non habuerit, non quidem reprobata compenſatione, (eo namque caſu obſtaret exceptio rei iudicatæ *l. quod in diem 7. §. 1. infr. eod. ıll. tit. l. ſi autem 8. §. ſi quæcunque ſupr. de negot. geſt.*) ſed ſimpliciter non admiſſa compenſatione, id eſt, nulla circa eam pronunciatione facta, aut ita ſimpliciter facta mentione compenſationis, vt iudex nullam eius rationem habere ſe dixerit, quod pragmatici noſtri ſic exprimunt *ſans auoir eſgard à la compenſation requiſe.* Nec enim verendum eſt, vt huiuſmodi pronunciatione pariat exceptionem rei iudicatæ, cùm neque abſolutionem contineat, neque condemnationem, quorum alterutrum interuenire neceſſe eſt ad inducendam rem iudicatam *leg. 1. infr. de re iudic.* Tertius caſus eſt, ſi directo iudicio non poſſit agi cum commodatario, ideò fortaſſe quòd res commodata non culpa aliqua commodatarij, ſed caſu intercideriт, aut ſine iudice reſtituta ſit. His ſanè caſibus compenſationi locus eſſe non poteſt, cùm per modum exceptionis ſemper opponatur, exceptionem non poſſit locum habere vbi nulla actio propoſita eſt. Proinde fatendum eſt, his caſibus neceſſariam eſſe contrariam actionem, vt & in ſpecie *leg. 1. §. vltim. cum ſeqq infr. de contr. iudic. tutel.* Huic tamē §. in eo quod aduerſus actionem commodati dat exceptionem compenſationis valde obſtare creditur quod ſcriptum eſt in *leg. vltim. Cod. hoc titul.* prætextu debiti, reſtitutionem commodati non probabiliter recuſari. Scio Cuiacium apud Paulum *lib. 2. ſentent. tit. 12. §. vltim.* legere *commendati* id eſt, *depoſiti* pro *commodati*, quòd in actione depoſiti ſingulare ſit, vt non poſſit ei obiici compenſatio *l. pen. C. depoſ. l. vlt. C. de compenſat.* Sed falſam & improbabilem eſſe correctionem titulus ipſe demonſtrat: & in eo vir doctiſſimus meritò à Fornerio & aliis reprehenſus eſt. Etſi enim non cuiuſlibet debiti prætextu reſtitutio rei commodatæ recuſari poteſt, attamen pro eo debito, quod ex ipſius commodati cauſa proficiſcitur, & quod per commodati actionem contrariam peti poſſet, recuſari probabiliter poteſt, non quidem ad hoc, vt res commodata deſinat deberi, quaſi exinde habenda ipſo iure pro reſtituta, ſed quantum ad hoc duntaxat, vt commodatarius habeat ius retentionis, oppoſita velut compenſationis exceptione, aut quaſi pignoris loco, vt Accurſius loquitur ex *l. ſi quis rem 20. infr. de acquir. poſſ. l. creditoris 25. § vlt. & l. ſi is qui rem 59. infr. de furt.* ne alioqui denegemus retentionem & exceptionem ei cui contra eundem agentem daremus actionem, quod pugnaret cum iuris regula *d. l. 1. §. is autem infr. de ſuperfic. d. l. inuitus 156. §. 1. de regul. iur.* Itaque minus propriè compenſatio hæc dicenda eſt, cùm non pariat ipſo iure liberationem, quomodo ſolet parere vera compenſatio, ſed tantùm retentionem, nec eam abſolutè, ſed in id vſque tempus, quo ſatisfactum ſit commodatario de iis omnibus, quæ ei debentur, & quę contrario iudicio commodati petere poſſet ſi rem ipſam penes ſe non haberet. Quod in actione depoſiti diuerſum eſt contra quam nec retentio vlla competit depoſitario, poſt Iuſtiniani conſtitutionem in *d. l. pen. C. depoſit.* Sicut & idem Iuſtinianus contra veteris iuris rationem ſuſtulit retentiones omnes, quæ olim dabantur marito propter res amotas, vel ob impenſas in rebus dotalibus factas, ſola ei reſeruata actione *leg. vnic. §. taceat verſic. ſed nec retentio & verſ. ſed nec ob impenſas Cod. de rei vxor. action.* Quamquam alia etiam ratio ſuadere videbatur, ne actioni commodati obiici compenſatio olim poſſet, nimirum quia non habebat locum compenſatio niſi quantitatis ad quantitatem, non autem quantitatis ad ſpeciem, ſicuti nec ſpeciei ad ſpeciem ante *d. l. vlt, C. de compenſ.* quæ primùm induxit, vt etiam in actionibus in rem compenſatio ipſo iure fiat. Qui autem directo commodati iudicio conuenitur, ſpeciei debitor eſt, qui verò contrario, quantitatis duntaxat & pecuniæ: cùm in iudiciis contrariis agatur tantùm de indemnitate, & de calculo *leg. ei apud quem 5. infr. depoſit. leg furti 6. §. vltim. ſupr. de his qui not. infam.* Sed compenſationem, vt dixi, minùs propriè hîc accipimus pro retentione, cui locum facere ſolet compenſatio, aut deductio, aut doli mali exceptio *dict. leg. penultim. Cod. depoſit. leg. 1. infr. de pignor.* Omnis compenſatio inducit retentionem, ſed non omnis retentio ex compenſatione fit, ſi propriè compenſationem accipias: minùs propriè tamen compenſatio dici

aliquo-

Digitized by Google

aliquomodo poteſt, quoties vnum debitum ſiue ſpeciei ſiue quantitatis pro alio debito etiam diſſimili retinetur, quamuis ex neutra parte liberatio inducatur, vt in ſpecie huius §. niſi dicas, quæ ſecũda Accurſij interpretatio eſt, intelligendum eſſe hunc §. de ea re quæ culpa commodatarij perierit, & quæ proinde reſtituenda ſit in pecunia quæ cõpenſationẽ poſſit admittere, quã ſpecies ipſa, ſi adhuc extaret, neq; deterior facta eſſet, non admitteret: & ita conciliandum hunc § cum *d. l. vlt. C. hoc tit.* Sed tamen, vt dicam liberè quod ſentio, probabilius arbitror, vt quod in hoc §. ſcriptũ eſt, de vera compenſatione intelligatur, nec minùs de illo caſu quoties commodata extet adhuc, neque vllomodo deterior facta ſit, ſed petita fuerit per actionem cõmodati. Etſi enim verum eſt, ſpeciem ab initio debitam fuiſſe, & in ipſo tempore litis conteſtatæ, nõ pecuniam, certum tamẽ eſt, exinde cœpiſſe deberi pecuniam, litémque æſtimari in pecunia debuiſſe, vtro tempore pluris res fuiſſet vel litis conteſtatæ, vel rei iudicandæ adhibito etiam iureiurando in litem, ſi dolus malus, vel culpa commodatarij interuenerit *l. 3. §. in hac ſupr. hoc tit. iunct. l. 3. §. ſi per venditorem infr. de action. empt.* indéque fieri, vt quoniam litis æſtimatio ſemper fit in pecunia numerata, perinde actioni cõmodati poſſit obiici compenſatio, atque alij cuilibet actioni per quam pecunia non ſpecies petatur. Itaq; non ſunt iſta contraria prætextu debiti reſtitutionem commodati, non probabiliter recuſari, vt ſcriptum eſt in *d. l. vlti. C. hoc tit.* & nihilominùs commodatori agenti quocunq; caſu actione commodati, compenſationem obiici eius pecuniæ, quæ cõtrario iudicio peti poſſet, tanquam ſcilicet quantitatis ad quantitatẽ: facta nimirum per conteſtationem nouatione prioris debiti, id eſt, ſpeciei commodatæ, & transfuſione in debitum pecuniariũ *l. aliam 29. inf. de nouat.* Ergo idem dicendũ eſt, etiãſi ex alia quã cõmodati cauſa aliquid commodator debeat commodatario: eadem namque iuris ratio vtroque caſu locum habet. Quod & Cuiacius ſentit *lib. 9. Obſer. cap. 37. ex l. Lucius 38. mandat.* quamuis alia ratione motus quam quæ à nobis adfertur. Nec enim vir doctiſſimus de litis æſtimatione cogitauit. Atque ita certè locus hic omnino explicandus eſt. Iunge quæ ſcripſi ad *leg. praecd. §. 1. ſupr.*

19. IVLIANVS libro 1. Digeſtorum.

AD eos, qui ſeruandum aliquid conducunt, aut vtendum accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere, proculdubio eſt. qua enim cura, aut diligentia conſequi poſſumus, ne quis damnum nobis iniuria det?

*Ad l. Ad eos 19.*

RAT. DVB. Commodatum fit gratia ſolius commodatarij regulariter, vt diximus ad *l. ſi vt certo 5. §. nunc videndum ſupr.* Ergo præſtare commodatarius damnum debet, etiam quod iniuria ab alio tertio datum eſt, rei commodatæ penes commodatarium exiſtenti, quod datum non fuiſſet, ſi commodatum nullum præceſſiſſet *arg. l. ſi ſeruus 61 §. quod verò infr. de furt.* DEC. Non tenetur cõmodatarius niſi de dolo, & culpa etiam leuiſſima, vt d. ctũ eſt ad *d. § nunc videndum* & ad initium legis proximè præcedentis. Cæterum de caſu fortuito non tenetur, qui neque præuideri, neque impediri vlla diligentia potuit *§. vlt. l. prox ſupr.* Atqui nulla cura aut diligentia conſequi poſſumus, ne aliquis dãnũ nobis iniuria det. Nam & verũ eſt quod Seneca quodã loco ſcribit, dominum eſſe vitæ alienæ omnem qui propriam negligit. Ergo ad eos qui aliquid vtendũ accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere, procul dubio eſt. Nec aliud iuris eſt in iis, qui ſeruandum aliquid conducunt, eàdem ſcilicet ratione, quòd nulla ſit culpa, ne quidem leuiſſima eius, qui damnum iniuria datum ab alio paſſus eſt, ideóque non ad alium pertinere fortuiti caſus damnum poſſit, quàm ad dominum *l. qua fortuitis 6. Cod de pignor act. l. contractus 23. in fin. de regul. iur. l. ſi ea res 31. infr. de action. empt.* Exceptio tamen ſubiicienda eſt, quam nec Azo nec Accurſius prætermiſit, niſi culpa caſum præceſſerit ex *l. ſi merces 25. §. culpa infr. d. l. prox. in princip ſupr.* vbi diximus, item niſi caſus ille potuerit, & debuerit præcaueri, vt in *leg. nautæ 5. §. 1 iunct. leg. vltim. in princip. ſupr. naut. caupon. ſtabul. leg. ſed de damno 41. infr. locat. leg. damni 43. in princip. inf. de damn. infect.*

20. IDEM libro 3. ad Vrſeium Ferocem.

ARgentum commodatum, ſi tam idoneo ſeruo meo tradidiſſem ad te perferendum, vt non debuerit quis æſtimare futurum, vt à quibuſdam malis hominibus deciperetur: tuum, non meum detrimentum erit, ſi id mali homines intercepiſſent.

*Ad l. Argentum 20.*

RAT. DVB. Commodatarius tenetur de culpa qualibet etiam leuiſſima, vt proximè diximus & ad *l. in reb. 18 in princip. ſup.* Atqui culpa eſt, ſi quis minùs idoneum hominẽ & facilẽ, vt deciperetur, elegerit ad commodatam rem reſtituendam, & perferendam *l. qui non tam idoneum 11. ſupr. hoc tit.* Ergo & in huius legis ſpecie teneri cõmodatarius debet, ſi argentũ commodatũ ſeruo ſiue ſuo ſiue alieno perferendum dederit, & ille perferendo à malis hominib. interceptus ſit & deceptus, atq; ita argentum perierit: culpã enim eius cui rẽ cuſtodiendã & perferendam dedit, præſtare debet *l. apud Labeonem 20. inf. de præſcript. verb.* DEC. Nulla malæ electionis culpa eſt, quoties electus tam idoneus fuit, vt non debuerit quis exiſtimare futurum, vt à quibuſdã malis hominibus deciperetur. Id enim alius quilibet etiam diligentiſſimus paterfam. feciſſet: & pro idoneo hac parte habendus eſt etiã is, qui paſſus eſt ſe decipi, ſi credebatur non fuiſſe paſſurus. Eſt enim hic caſus ex eorum numero, in quib. plus eſt in opinione, quàm in veritate *l. ſi à bonæ fidei 27. ſup. de rei vindic. l. is qui putat 15 & ſeq infr. de acqu. hered.* Ac proinde caſui fortuito potiùs quàm culpæ cõmodatoris adſcribendũ eſt damnum, quod per huiuſmodi ſerui ſiue facilitatem, ſiue imprudentiam contigit, quod hic textus omnium optimè probat, & noſtri notant ad *l. 1. C. dep. ſit.* & Canoniſtæ in *ca. 1 de commod.* Ergo in propoſita ſpecie amiſſi argenti detrimentum cõmodatoris eſſe debet, nõ cõmodatarij.

21. AFRICANVS libro 8. Quæſtionum.

REm mihi commodaſti. eandem ſubripuiſti. deinde cum commodati ageres, nec à te ſcirem eſſe ſubreptam: iudex me condemnauit, & ſolui. poſtea comperi à te eſſe ſubreptam: quæſitum eſt, quæ mihi tecum actio ſit? reſpondi, furti quidem non eſſe, ſed commodati contrarium iudicium vtile mihi fore.

*Ad l. Rem mihi 21.*

RAT. DVB. Quod ex cauſa iudicati ſolutum eſt, repeti non poteſt, neque per condictionem indebiti *l. 1. C. de condict. indeb. l. ſi fideiuſſor 29. § in omnibus infr. mandat.* neque per condictionem ſine cauſa, quia non poteſt videri ſine cauſa ſolutum, quod ex iudicato ſolutum eſt. Ergo ſi rem tibi commodauerim, & poſteà ſubripuerim, & nihilominùs egerim commodati, tùque neſciens à me ſubreptam condemnatus fueris & ſolueris, dicendum eſt, ſicuti agere furti contra me non potes, quia meum potiùs receperim, quàm tuum ſubtraxerim *l. ſi is qui 59. infr. de furt* ita nullam tibi contra me actionem competere ad repetendum quod ſoluiſti: præſertim verò actionem commodati contrariam, cùm directa nulla amplius ſit, ex cuius comparatione contraria ſubſiſtere ac retineri poſſit. Vbi enim directa actio nulla eſt, nec aliqua contraria intelligi poſſe videtur, ſiquidem per relationem ad directas actiones & comparatæ ſunt & nominatæ actiones contrariæ. Quod ſi qua actio in eam rem, id eſt, ad ſoluti repetitionem ſupereſſe videtur, non alia eſſe poteſt quàm condictio ſine cauſa *l. 2. ſupr. de condict. ſin. cauſ.* cùm negari non poſſit, quin pecunia, quam ex condemnatione mihi ſoluiſti, ſit penes me ſine cauſa, ſiquidem ſoluiſti eam pro re commodata, quaſi ea mihi abeſſet, quam tamen per furtum iam receperam. Nec enim melior condicio mea ob id eſſe debet, quòd per furtum & ignorante te rem meam receperim, quàm ſi voluntate tua & per manus tuas recepiſſem. Dec. Cōdictio quidem indebiti locum habere non poteſt ad repetitionem ſolutæ ex iudicato pecuniæ *d. l. 1. C. de cōdict. indeb.* quia impugnaret iudicatum, cuius authoritas ſalua ſemper eſſe debet *l. ſeruo 65. §. cùm Prætor infr. ad SC. Trebell.* Eadémq; ratio facit, vt neq; condictio ſine cauſa locum habere hoc caſo poſſit, quia æquè impugnaret iudicatum, quandoquidem probandum eſſet cauſam fuiſſe iniuſtam tempore ſententiæ, vt benè Bartolus contra Accorſiū hîc diſputat. Aliud eſſet ſi poſt ſententiam cauſa quæ tempore ſententiæ ſuberat, deueniſſet ad non cauſam vt in *d. l. 2. de condict. ſin. cauſ.* Tum enim actio illa iudicatum non impugnaret: conſequens igitur eſt, vt nulla tibi actio aduerſum me poſſit competere ad repetitionem pecuniæ, quam ſoluiſti præter contrarium iudicium commodati, per quod ſcilicet non impugnatur ſententia, ſed res ad ſuam æquitatem reuocatur, cùm actiones contrariæ non minùs ſint bonæ fidei, quàm directæ, nec ſit ex bona fide, vt & rem meam, quam tibi commodaueram, penes me habeam, & propterea rei meæ precium, quod tu ignorans, rem à me ſubreptam mihi ſolueris *leg. ex empto 11. § qui autem l. bona fides 50 infr. de action. empt.* Neque quod directa actio ſublata & extincta eſt, facere debet, vt contraria quoque ſublata ſit. Dicuntur enim actiones contrariæ per relationem quidem ad directas, ſed ad eas quæ ſunt, aut fuerunt, quemadmodum non eo minùs quis filij nomen retinet, quòd pater iam deceſſerit. Et ſicuti actiones contrariæ proponi, & exerceri poſſunt, etiam priùs quàm directæ inſtituantur *l. in commodato 17. §. 1. ſupr. commod. l. 1. §. vlt infr. de contrar. tutel. & vtil. action.* ita & poſtquàm extinctæ ſunt. In eóq; differunt actiones contrariæ ab exceptionibus, nō ſolùm quòd per modum exceptionis non opponuntur *l. in rebus 18. §. vlt. ſupr.* ſed quòd propriam habent naturam, & æquitatem ex eodem bonæ fidei contractu proficiſcentem, ex quo & directa proficiſcitur. Nec bona conſecutio eſt, vt quia nihil iam commodatori præſtare cōmodatarius debet, viciſſim nihil quoque commodatario præſtare cōmodatorem oporteat, qui omnimodo indemnitatem præſtare commodatario cogitur, ne beneficiū quod ex commodato ſenſit, fiat ei captioſum *d. l. in commodato 17. §. ſicut in fin. ſupr. l. Paulus notat 8. infr. de prætor. ſtipulat.* Cæterùm ſi qua ratio eſſet, quæ impedire poſſet, ne contrarium iudicium hoc caſu locum haberet, danda vtiq; tibi eſſet contra me actio de dolo, quàm mihi permittendum, vt ex dolo & furto meo lucrarer, & ex iactura tua locupletarer: id enim nunquam ferendum eſt *l. ne ex dolo 12. & paſſ. ſupr. de dolo.* Iunge *d. l. in commodato 17. §. vlt. ſup.* Ex quo loco infert Accurſius, nec malè, contrariū iudicium in hac ſpecie competere, non ad hoc præciſè, vt precium rei meæ quod à te accepi reſtituam, ſed vt alterutrum cogar facere, vel rem meam pro qua precium ſoluiſti, præſtare tibi, vel precium quod dediſti reddere.

1 ¶ In exercitu contubernalibus vaſa vtenda communi periculo dedi, ac deinde meus ſeruus ſubreptis his ad hoſtes fugit, & poſtea ſine vaſis receptus eſt. habiturum me commodati actionem cum contubernalibus conſtat pro cuiuſque parte. ſed & illi mecum furti nomine ſerui agere poſſunt, quando & noxa caput ſequitur. Et ſi tibi rem periculo tuo vtendam commodauero, eáq; à ſeruo meo ſubripiatur: agere mecum furti poſſes ſerui nomine.

*Ad §. 1. In exercitu.*

RAT. DVB. Commodatarius non tenetur de caſu fortuito, vt diximus ad legem præcedentem. Atqui inter caſus fortuitos eſt, ſi furtum fiat à ſeruo fugituro ad hoſtes, qui nec fugere ſolitus erat, nec cuſtodiri *dict. leg. præced. iunct. l. ſi à bona fides 21. ſupr. de rei vindic.* Ergo ſi pluribus in exercitu

contubernalibus vaſa vtenda dederim, ac deinde ſernus meus ea ſubripuerit, & ad hoſtes profugerit, qui poſteà ſine vaſis receptus ſit, dicẽdum eſt commodatarios eo nomine actione commodati teneri non debere mihi, qui ex contrario propter furtum ſerui mei teneor ipſis noxali actione furti, cùm noxa caput ſequatur, vt ſcriptum eſt in hac lege. Quid enim abſurdius eſt, quàm illum agere, qui ipſe teneatur ei, contra quẽ agit, præſtare indemnitatem? An non dolo facit, qui petit quod ſtatim eidẽ redditurus eſt, licèt alia actione? *l. dolo facit 8. infr. de doli mal. except. l. in condemnatione 173. §. vlt. de regul. iur. l. ſi ſocer. 44. §. Lucius infr. ſolut. matr.* D e c. Sicut incendium nunquam fit ſine culpa inhabitantium aut ſaltem pertatò *l. 3. §. 1. de offic. præfect. vigil.* ita neque furtum ſine culpa eius qui rem præſertim alienam, & ſibi commodatam cuſtodire diligenter debuit *l. cùm duobus 52. §. damna infr. pro ſocio l. videamus 11. §. vlt. infr. Locat.* Perdifficile enim eſt, vt diligenti patrifamilias furtum fiat, niſi à famulis & coniunctis perſonis, quæ ſi non ſint ſuſpectæ, furtum eo caſu inter fortuitos caſus numerandum eſt, non aliter, vt ad legem proximam ſcripſimus. Meritò igitur placuit commodatarios in hac ſpecie teneri actione directa commodati, præſertim cùm id actum ſit, vt commodatariorum periculum commune eſſe deberet. Quiſquis enim de periculo tenetur, etiam de caſu fortuito tenetur, nec de culpa hoc caſu quærendum eſt, nec eo minùs tenentur commodatarij quòd ipſi quoque viciſſim furti actionem noxalem habeant, cùm actio hæc naſcatur ex delicto, illa ex contractu, nec ſemper tantum ſit in actione vna, quantum in altera, vt proinde altera per alteram non tollatur. Poteſt enim minùs eſſe in noxali actione furti, quàm in directa commodati, ſi fortè minus ſit damnum, quod ſeruus dedit, quàm quanti ſeruus ipſe eſt. Ergo teneri hoc caſu commodatarios æquum eſt directa commodati actione. Nec poſſum probare, quod noſtri vulgò poſt Accurſium putant intelligendum hunc §. de illo caſu, quo commodans quoque perinde in culpa ſit, vaſaque ſua contubernalibus commodauerit, tã ſuo periculo quàm commodatariorum. Nam quod ponit Africanus, commodata fuiſſe vaſa contubernalibus *communi periculo* ad ſolos contubernales eóſq; cõmodatarios referri debet, qui plures erant, non ad cõmodatorẽ. Contubernales enim iidémq; cõmodatarij ſoli tenentur, quod oſtendunt verba illa *pro cuiuſque parte* idq; vir doctiſſimus Iacobus Cuiacius ad Africanum ſentire videtur. Quamuis eo quoque poſito, vt commodatariorum & commodatoris periculum commune eſſe deberet, & communi omnium culpa furtum factum eſſet, ſatis punita eſſet culpa cõmodantis, in eo quod furti admiſſi periculum pro ſua parte agnoſcere cogeretur, vt Accurſius & Caſtrenſis docent, nec niſi pro duabus tertiis aduerſus commodatarios actionem habere poſſet. Illud ſanè verum eſt, quod interpretib. placet. cõmodatarios hoc caſu ſingulos teneri non in ſolidum, ſed in viriles portiones, ob illa verba *cõmuni periculo* quæ hoc ipſo quod periculi cõmunionem inducunt inter commodatarios, inducunt etiam diuiſionẽ, vt diximus ad *l. 5. §. ſi duob. vehiculum ſup. hoc tit.* Nec illud quoq; improbo, quod Caſtrenſis notat, aliud reſponſurũ fuiſſe Africanũ, ſi cum vaſis ſeruus quoque commodatus fuiſſet, & cum ſubreptis vaſis profugiſſet, niſi fugæ culpam commodator præſtitiſſet, vt ſcriptum eſt in *d. l. 5. §. ſi me rogaueris in fin.* vbi diximus *ſupr.* Sequitur,

a *Sed & illi mecum furti ſerui nomine agere poſſunt.* Intellige cum Accurſio, vt noxaliter agere poſſint, non aliter: neq; enim ex delictis ſeruorum tenentur vnquam domini niſi noxaliter, præterquàm ſi iis ſcientibus delictum admiſſum proponatur *l. 1. 2. & paſſ. ſupr. de noxal. action.* Poſſet tamen etiam commodati actio contraria in hanc rẽ competere, non quidem ad damnum omnimodo ſarciendum in ſolidum vt in *l. prox. ſeq.* ſed vt vel damnum pro fure decidatur, vel ſeruus pro noxæ dedito relinquatur, quaſi poteſtas noxalis actionis eõ iam bonæ fidei iudicio inſit, vt ſubtiliter docet Cuiac. ex *l. inter cauſas 26. § ſed cùm infr. mandat. l. ſi ſeruus 61. in princip. infr. de furt.* ſicut, inquit, & actio arbitraria *l. in bonæ fidei 7. ſupr. de eo quod cert. loc.* & actio de dolo *l. ſi quis adſirmauit ſupr. de dol.* Rurſum intellige cum eodem Accurſio, niſi commodatarij ſint in dolo: nam quoties is cui commodaui, dolo aliquid fecit circa rem commodatam, agere mecum furti non poteſt, ne ex dolo ſuo & improbitate actionem ſibi acquirat *l. eum qui 14. §. item Pompon. iunct. l. itaq; 14. §. 1. de furt.* Secus eſt ſi culpa tantùm interuenerit etiam lata, quamuis Cuiacius contrà putet: nec enim culpa delictũ eſt & in commodato facienda eſt remiſſior interpretatio eõ iam circa dolum quàm in mandato, vel depoſito *d. l. ſi ſeruum §. circa commodatum & ſeq. de furt.* vt diximus ad *l. in reb. 13. §. item qui ſciens ſup.* Planè quod Accurſius requirit culpam aliquam commodatariorũ interueniſſe, vt furti actionẽ aduerſos commodantẽ habeant, quoniam alioqui nihil eorum intereſſet, actio autem furti non alij datur, quàm ei cuius intereſt, non puto ad rem pertinere, quandoquidem nulla etiam culpa interueniente in ſpecie huius §. intereſſet tamẽ commodatariorum qui ea lege commodatum accepiſſent, vt etiam de periculo tenerentur, quod vtique nihil cum culpa commune habet: imò verò tùm maximè conuẽtionis huius poteſtas elucet, cùm neque dolus, neque culpa præceſſit. Alioqui ſi neq; conuentio hæc neque culpa vlla interceſſerit, furti certè agi non poteſt *d. l. eum qui 15. §. idem ſcribit infr. de furt.*

22. Pavlvs libro 12. ad Edictum.

SI ſeruus, quem tibi commodauerim, furtum fecit: vtrum ſufficiat contraria commodati actio, quemadmodum competit, ſi quid in curationem ſerui impendiſti: an furti agendum ſit, quæritur: & furti quidem noxalem habere eum, qui commodatum rogauit, proculdubio eſt: contraria autem commodati tunc eum teneri, cùm ſciens talem eſſe ſeruum, ignoranti commodauit.

*Ad l. Si ſeruus meus 22.*

Rat. dvb. Actionibus bonæ fidei etiam noxales actiones inſunt, vt ex Cuiacio diximus ad legem præcedẽtẽ ex *l. inter cauſas 26. §. ſed cũ ſeruum inf. mãdat. l. ſi ſeruus 61. in princip. infr. de furt.* Ergo in ſpecie huius legis, ſi ſeruus meus quem tibi cõmodaueram,



Digitized by Google

furtum tibi fecerit, non debuit Paulus diſtinguere, an ſciente me, an ignoraote furtum factum ſit, vt, ſi ſciente me competat tibi tunc contraria actio commodati, ſi verò me ignorante, & tibi ignotaoti, noxalem furti contra me habeas actionem.

Decid. Contrariam actiooem ſiue commodati ſiue aliam quamlibet cùm dicimos, eam intelligimus quæ de indemnitate in ſolidum competit, noo quæ ad ooxæ deditionem. Nec enim contrariæ actiones ſui natura ſuot ooxales, quamois ooxales inſint cootrariis, ſicut in eo quod plus eſt, contioetur quod eſt minus *leg. in eo* 110. *de regul. iuris.* ideóque noxales contrariis opponuntur, oon tameo quaſi eootrariæ, ſed quaſi diuerſæ tam in hac *leg.* quàm in *leg. ſi ſeruus pignori* 31. *infrà titul. proxim.* Cùm ergo quæritur, an pro furto, quod ſeruus commodatus fecit, danda ſit commodatario actio contraria aduerſus commodantem, ao noxalis, meritò adhibenda diſtinctio eſt, an ſciente domino eodémq; commodatore furtum factum ſit, an eo ignotaote, vt priore caſu contraria commodati actio neceſſaria ſit, ad pleniſſimam indemnitatem conſequendam, ſicuti ſi quid commodatarius in ſerui curationem impendiſſet *leg. in rebus* 18. §. *poſſunt ſupr. hoc titulo.* poſteriore verò ooxalis tantùm competat, vel, quod effectu idem eſt, contraria quidem, ſed alternatiuè, in id vt commodator vel damnum decidat, vel ſeruum pro noxæ dedito relinquat: quæ noxalis actionis natura & condicio eſt *leg. miles* 6. §. *decem infr. de re iudic. & tot. titul. de noxal. action.* Iunge *dict. leg. inter cauſas* 26. §. *ſed cùm ſeruum infr. mandat. leg. ſi tibi domum* 45. § *primo infr. locat.* vbi tamen dicitur extra conductionis cauſam eſſe furtum à ſeruo conducto admiſſum, & in propriam perſecutionem eadere, id eſt, in actionem furti, quæ tamen ſit ooxalis. Actio enim bonæ fidei tum quoque cùm noxalem in ſe continet, oon ideò tamen ooxalis propriè dicitur, ſed quaſi uoxalis, vt ſcriptum eſt io *dict. leg. ſi ſeruus* 61. *in princip infr. de furt.*

23. Pomponivs libro 21. ad Quintum Mucium.

SI commodauero tibi equum, quo vtereris vſque ad certum locum: ſi nulla culpa tua interueniente, in ipſo itinere deterior equus factus ſit: non teneris commodati. nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter equum commodarim, qui eum laborem ſuſtinere non potuit.

*Ad l. Si commodauero vlt.*

Rat. dvb. & dec. ad hanc legem eadem eſt, quæ ad *leg. eum qui* 10. *ſup.* Nam cùm de culpa qualibet etiam leuiſſima teneatur commodatarius *leg. in rebus* 18. *in princip. ſupr.* non videbatur carere culpa is qui in tam longum iter vſus eſſet equo commodato, vt is ex itinere deterior factus eſſet. Sed eotrà reſpondetur, imò verò nullam ipſius culpam eſſe, qui commodato equo in eam ipſam rem vſus eſt, in quam accepit *dict. leg. eum qui,* & culpam, ſi qua eſt, totam eius eſſe, qui commodauit, quippe qui oon debuerit in tam longum iter equum commodare, vt eum laborem ſuſtioere equus non poſſet. Planè ſi qua alia in re commodatarij culpa aliqoa interuenerit, propter quam equus deterior factos ſit, non faciet culpa præcedens commodatoris, quominùs de ſua propria commodatarius teneatur *dict. leg. eum qui iunct. leg.* 3. §. *ſi reddita ſupr.* Adde *leg. ſi ſeruus ſeruum* 27. §. *penultim. & leg. vltim. ſupr. ad leg. Aquil.*

DE PIG-

# DE PIGNORATITIA ACTIONE, VEL CONTRA.

## TIT. VII.

VLPIANVS libro 40. ad Sabinum.

PIgnus contrahitur non ſolùm traditione, ſed etiam nuda conuentione, & ſi traditum non eſt.

*Ad l. Pignus contrahitur.*

RATIO DVBIT. Pignus eſt ex numero eorum contractuum, qui re tantùm, id eſt, traditione, non etiam nudo conſenſu perficiuntur *leg. 1. §. creditor quoque. infr. de oblig. & action. §. creditor. Inſtit. quibus modis re contr. oblig.* quamuis conſenſus in hoc quoque contractu, vt in omnibus cæteris neceſſarius ſit *l. in omnibus negotiis 57. eod tit. de oblig. & action.* In eóque differt pignus ab hypotheca, quæ conſenſo nudo contrahitur *l. 4. infr. de pignor. l. ſi tibi 17. §. de pignore. ſupr. de pact. l. iuſto 43. §. non mutat. infr. de vſucap.* quamuis extra hanc cauſam non poſſit conſtitui ius in re citra traditionem *l. traditionibus 20. C. de pact. l. 3. §. 1. ſupr. de vſufr. l. ſi partem 19. quemadmodum ſeruit. amitt.* Vnde eſt quod pignus contractum eſſe dicimus, cùm manente penes debitorem proprietate poſſeſſio ſola tranſit ad creditorem, hypotheca verò cùm nec poſſeſſio tranſit *l. ſi rem alienam 9. §. propriè, & l. cùm & ſortis 35. §. 1. infr. hoc tit.* id eſt, cùm nulla traditio interuenit: nec enim vlla traditio ſine poſſeſſionis translatione, aut eſſe aut intelligi poteſt *l. 3. inf. de action. empt. l. clandeſtinus 74. de contr. empt.*

DEC. Pignoris appellatio & ſignificatio duplex eſt, vna propria, altera impropria. Propria illa eſt, quæ traditionem exigit *d. l. ſi rem. §. propriè,* & ad res mobiles tantùm pertinet, quæ pugno teneri poſſunt. Pignus enim dictum eſt à pugno, quia res quæ pignori dantur, manu traduntur *l. plebs eſt 138. §. pignus. infr. de verb. ſignific.* Impropria rurſus eſt duplex, vna, quæ traditionem quidem perinde requirit, ſed ad quaſcunque res etiam immobiles refertur: nam & res immobiles æquè ac mobiles tradi poſſunt, licèt non pugno. Sic paſſim noſtri prudentes tractant de fundo & prædio pignori dato in *l. 1. §. cùm prædium l. ſi fundus 16. & paſſ. infr. de pignor.* Altera eſt, quæ nec traditionem exigit, ſed nudo conſenſu & ſimplici pacto etiam nudo contenta eſt, quam rectiùs & magis propriè hypothecam appellamus *§. item Seruiana. Inſtit. de action.* Et hoc eſt, quod ait Marcianus in *l. res hypothecæ 5. infr. de pignor.* inter pignus & hypothecam nominis tantùm ſonum differre, ſcilicet quantum ad effectum actionis hypothecariæ, vt Iuſtinianus explicat in *d. §. item Seruiana.* Perinde enim dat Prætor actionem ex nudo pacto hypothecæ, atque daret ex ſtipulatione aliove contractu ciuili: non quia pignus ſit modici præiudicij, vt putat Bartolus, ſed propter publicam hominum vtilitatem, & quia hypothecæ obligatio ſemper acceſſoria eſt, ideóque fauorabilior nunquam principalis, vt dixi ad *l. 1. ſupr. de conſtit. pecun.* Quam actionem interpretes vulgò hypothecariam vocant, prudentes elegantiùs, quaſi Seruianam, quòd inducta ſit ad exemplum actionis Seruianæ, quæ primùm à Prætore Seruio propoſita eſt de rebus coloni in prædium ruſticum inuectis, & pro penſione domino prædij nuda conuentione obligatis *d. §. item Seruiana,* interdum etiam pignoratitiam, vt in *l. rem alienam 41. hoc titul. l. ſi à Titio 22. infr. de pignor.* & alibi ſæpe. Etſi pignoratitiam actionem ſimpliciter cùm noſtri dicunt, eam intelligunt, de qua in hoc tit. id eſt, quæ debitori competit ſoluto debito contra creditorem, vt pignus quod acceperat, pro debito reſtituat, non illam quæ datur creditori, ſiue contra debitorem, ſiue contra quemlibet alium pignoris poſſeſſorem ad pignus vindicandum. Hæc enim, de qua in *tit. de pignor.* in rem eſt, nòn in perſonam, & aduerſus quemcunque poſſeſſorem datur *l. pignoris 17. infr. ill. tit. l. pignoris 15. Cod. eod.* ideóque vindicatio pignoris appellatur *l. ſi fundus 16. §. in vindicatione. infr. ill. tit.* At illa, de qua in hoc tit. merè perſonalis eſt, nec arbitraria, qualis eſt hypothecaria *§ præterea. Inſtit. de action.* ſed bonæ fidei *§. actionum eod. tit.* datúrque non contra poſſeſſorem, ſed contra debitorem ſolum, etiamſi rem pignoratam non poſſideat, heredémve ipſius. Hypothecaria directa actio eſt, nec vllam habet contrariam: pignoratitia verò, de qua nunc agimus, duplex eſt, vna directa, quæ debitori aduerſus creditorem competit de pignore dato reſtituendo poſtquàm ſolutum eſt, aut aliter ſatisfactum creditori *d. l. ſi rem alienam 9. § omnis pecunia. infr.* Altera contraria, quæ viciſſim datur creditori contra debitorem ad ſumptus repetendos, quos in rem pignoratam fecit, aut ſi quid aliud ex ea cauſa impenderit *l. tutor 16. §. contrariam. infr.* Ex quo apparet, quod ſcripſit Iuſtinianus in *l. 2. §. ſequentem 5. C. de veter. iur. enucl.* actionem hypothecariam non longè admodum ab actione pignoratitia diſtare, non alium ſenſum habere poſſe, quàm quòd vna alteri quodammodo conſequens eſſe videatur: conuentio enim pignoris, ſicut inducit hypothecariam fauore

creditoris, vt pignus perſequi & vindicare poſſit, ita & ſoluto quandocunque debito inducit pignoratitiam fauore debitoris, vt pignus à ſe datum recuperare poſſit. Ob ídque Papinianus in *l.pen.infr.* hanc actionem vocat iudicium, quod de pignore dato proponitur, ſcilicet reddendo, non vindicando. Cæterùm pignoratitia de qua in hoc tit. non competit, niſi de pignore tradito, & cuius poſſeſſio in creditorem tranſlata ſit: nec enim poſſet creditor reſtituere pignoris poſſeſſionem, quam nunquam habuiſſet. Hypothecaria verò contrà non competit niſi de pignore non tradito, ſed nuda conuentione obligato, vt pignoris poſſeſſionem quam nondum habuit, nanciſci poſſit *dict.l.ſi fundus 16.§.in vindicatione de pignor.* Nam ſi pignus propriè contractum ſit, hoc eſt, ita vt rei obligatæ poſſeſſio tranſlata fuerit in creditorem, nulla prorſus actio creditori competere poteſt, id eſt, neque pignoratitia neque hypothecaria, quia pro rebus corporalibus nulla poſſeſſori actio prodita eſt *§.1.Inſtit.de act.* quoniam nec actione indiget is qui poſſidet, cùm ſibi conſulere poſſit per retentionem *l.1.in princip. infr. de pignor.* Sed debitori omni caſu neceſſaria eſt actio, vt rem à ſe datam pignori & pro debito obligatam poſſit ſoluto debito recipere: cùm non fuerit ei permittendum, vt rem pignoratam propria authoritate recuperet, nec ſi vinculo & nexu pignoris liberata ſit, quemadmodum nec creditori hypothecario permittitur ſua authoritate vel debitum exigere, vel pignus vindicare, niſi de eo expreſſa conuentio facta ſit *l.extat 13.ſupr.quod met.cauſ.l.3.C. de pignor.l.miles 6.§.qui iudicati.infr.de re iudic.* Scio debitorem qui rem ſuam pignori datam, ſoluendo aut aliter ſatisfaciendo liberauit, poſſe, ſi malit eam quaſi ſuam, & iure dominij vindicare, nec proinde perſonali actione iſta indigere, vt rem ſuam recipiat. Sed dico incommodam plerunque eſſe directam rei vindicationem, quia exactam & concludentem dominij probationem exigit, quæ vt plurimùm difficillima eſt *§.commodum. Inſtit. de interd.* cùm tamen pignoratitia nihil niſi conuentionis & ſolutionis aut ſatisfactionis probationem requirat, adeóque interdum ſola oblatione contenta eſt, quæ modò in iudicio facta ſit etiam poſt inſtitutam actionem *d.l.ſi rem 9.§.vlt.infr.* Præter id quod actio pignoratitia bonæ fidei eſt, habétque pleniſſimas præſtationes, vindicatio autem omnis, id eſt, ſiue dominij ſiue pignoris arbitraria eſt *l.& ex diuerſo 35.§.1.l.qui reſtituere 68.ſupr. de rei vindic.* & idcirco non tam facilè nec niſi per ambages expediri poteſt. Facti enim cognitionem & de rei dominio priùs pronunciari oportet, deinde arbitrium ferri de re reſtituenda, vt ad ſententiam & condemnationem perueniatur. Sed & interdum euenit, vt quis rem alienam pignori dederit: quo caſu licèt pignoris obligatio ipſo iure non teneat, niſi antea domini voluntate facta ſit *l.aliena 10.hoc tit.& tot.tit. C.ſi alien. res pignor.dat.ſit.* aut pignus pignori datum proponatur *tit.C.ſi pignus pignor.dat.ſit.* non eò minùs tamen tenetur creditor, cui ſolutum debitum, aliterve eo nomine ſatisfactum eſt, vt rem pignoratam cuiuſcunque ſit debitori reſtituat, qui tamen eam tanquam alienam vindicare, etiamſi maximè vellet, non poſſet. Eſt igitur non ſolùm commodior, ſed etiam latiùs patens actio pigneratitia, quæ ex contractu naſcitur, quàm vindicatio dominij, quæ non niſi dominium ea parte actoris pro cauſa habet, & ex parte eius qui conuenitur, præſentem poſſeſſionem *l.non aliàs 24.§.ſed ſi poſtulatur.ſupr. de iudic.l.vnic. C.de alienat.iudic.mut.cauſ.fact.* Hæc ad pignus conuentionale pertinent, de quo & totus hic titulus eſt. Nam de prætorio, de quo Accurſius & Bartolus hîc latiùs tractant, accommodatior erit dicendi locus ad *l.non eſt mirum 26.§.1.infr.*

1 ¶ Si igitur contractum ſit pignus nuda conuentione: videamus, ſi quis aurum oſtenderit, quaſi pignori daturus, & æs dederit, an obligauit aurum pignori. & conſequens eſt, vt aurum obligetur, non autem æs: quia in hoc non conſenſerunt.

*Ad §.1. Si igitur.*

Ratio dubit. Ad obligationem pignoris conſtituendam, ſiue propriè pignus accipias, ſiue impropriè pro hypotheca præſenti conſenſu opus eſt, non qui ad futurum tempus referatur *l.qui autem 14.§.1. ſupr.de conſtit.pecun. l.in omnibus negotiis 57.infr. de oblig.& action.* Atqui cùm quis aurum oſtendit, quaſi daturus pignori, & nihilo minus æs dedit, non videtur debitor conſenſiſſe in auro dando, ſicut nec creditor in accipiendo ære, quin potius fatendum eſt, debitorem animum habuiſſe decipiendi creditoris, propter quam cauſam etiam de ſtellionatu teneri eum ſcribit Vlpianus in fine huius legis: nec præſens conſenſus eſt, cùm quis oſtendit aurum quaſi pignori daturus, niſi det in tempore præſenti: aliud enim eſt dare rem pignori, aliud verò pignori dare velle: ſicuti diximus ad *l.vlt ſupr.de condict. cauſ. dat.* aliud eſſe vendere, aliud verò paciſci de vendendo, denique aliud eſt paciſci, aliud decipi *l.qui cum tutoribus 9.§.1.ſupr.de tranſact.* Ergo quamuis hodie poſt inductam à Prætore hypothecariam ex nudo pacto pignoris naſcatur iure honorario & obligatio & actio, non tamen conſequens eſt, vt aurum pignori obligatum ſit, non ſolùm quia traditum non eſt, (ea namque ratio concludit tantùm pignus propriè non eſſe ſecundùm ea, quæ proximè ſcripſimus) ſed etiam quia nõ habuit debitor animum auri obligandi, qui pro auro æs ſubiecit & tradidit, ſicut neque æs obligatum eſt, quia in accipiendo eo creditor non conſenſit.

Dec. Neque pignus neque hypotheca ſpecialiter contrahi poteſt, niſi certi corporis: genus enim nunquam obligatur, ne tum quidem cùm generaliter bona debitoris omnia pignori ſunt obligata: reſoluitur namq; generalitas in ſuas ſingularitates *l.falſa 33.§.vlt.infr.de condic. & demonſtr.* quia pignoris obligatio rem ipſam afficit quæ obligata eſt, & tribuit creditori ius non ſolùm ad rem, ſed in re *l.1.l.pignoris 17.& paſſ.infr. de pignor.l.ſi creditor 7.§.vlt.infr. de diſtract.pignor.* afficiautem genus non poteſt, vt neque tradi neque tangi cùm ſit incorporale *l.1.§.vlt. ſupr.de rer.diuiſ.*& apud Iuſtinianum *tit.de reb.corpor.& incorp.* Sufficit ergo vt ſit conſenſum in corpore, de quo obligando actum eſt, quemadmodum & in ſtipulatione dici ſolet *l.ſi id quod 22.infr. de verb.oblig.* Alioqui deciperetur creditor qui nõ fuerat ſine pignore crediturus, ſi neque aurum oſtenſum, neq; æs

quud

quod traditum fuit, obligatum eſſe diceremus. Etſi enim traditione pignus propriè conſtituitur, non tamen ita accipi debet, vt incipiat pignus à traditione: inotilis ſiquidem traditio eſt, niſi præceſſerit conſenſus de re obliganda: quo conſenſu præcedente inotilis quoque traditio eſt ad pignoris obligationem conſtituendam, quæ iam ſatis nodo conſenſu conſtituta eſt. Venditionis alia ratio eſſe creditor ex *l. quid tamen 14. infr. de contr. empt.* Valet enim venditio etiam generis, quia non ſicut per pignus, ita & per venditionem res afficitur, ſed perſona tantùm obligatur *l. rem alienam 28. eod. tit.* Quod tamen an verum ſit, quoniam obſtare videtur, quod ſcriptum eſt in *l. cùm ab eo 41. §. vlt. eod. tit.* dicendum erit latiùs ad *d. l. quid tamen.* Illud non improbo, quod ex hoc loco noſtri notant, quoties ob vtilitatem alterutrius contrahentium, ſiue ex cauſa doli, ſiue ex alia, contractus nullus aut inutilis eſt, habendum tamen eſſe pro valido, ſi is velit, qui deceptus eſt, ne quod eius fauore cõſtitutum eſt, in ipſius odium retorqueatur. Hoc enim fauor decepti poſtulat, & odium decipientis, vt hîc Bartolus notat ex *l. & eleganter 7. in princip. ſupr. de dolo. l. ſub prætextu 19. Cod. de tranſact. l. creditoribus 5. C. de ſeruo pignor. dat. manum. l. non eò minùs 14. C. de procurat. l. penult. C. ad SC. Trebell.* quamuis extra hunc caſum non debeat eſſe in poteſtate vnius contrahentium, vt contractus valeat, aut plus minúſve comprehendat *l. ſi vina emerim 6. infr. de peric. & commod. rei vendit.*

a *Si quis tamen cùm æs pignori daret.* RAT. DVB. & DECID. eadem eſt quæ ad ſententiã præcedentem, niſi quòd cùm debitor adfirmauit æs, quod dabat pignori, aurum eſſe, tantò magis apparet nõ in hoc conſenſiſſe contrahentes, vt æs daretur pignori, ſed vt aurum, ideóque tanquam deficiente conſenſu pignus non tenere videbatur, licèt ſecuta traditione, quia nec aurum, ſed æs traditum fuit. Sed magis eſſe Vlpianus ait, vt pignoris obligatio teneat, quia verum eſt conſenſum eſſe in corpore, non in qualitate & ſubſtantia materiæ. Quid enim aliud exigimus ad obligationem pignoris in eo corpore quod oſtenditur conſtituendam, quàm vt conſenſum ſit in corpore? Nec quod dolus debitoris hoc caſu euidentior ſit, ad rem facit. Tantò magis enim dicendum eſt, contractum tenere fauore decepti creditoris, ſi id malit, iuxta ea quæ proximè ſcripſimus.

b *Tenebitur tamen pigneratitia contraria actione, qui dedit.* RAT. DVB. Pignoratitia actio contraria non poteſt latiùs patere quàm directa: dicitur enim contraria ex comparatione directæ. Atqui non poteſt directa actio pignoratitia competere ſoluto debito, niſi ad reſtitutionem eius corporis, quod pignori datum eſt æneum, licèt conuenerit, vt daretur tanquam aureum. Pignoratitia enim cùm nomen ſumat à pignore, non poteſt latiùs patẽre quàm pignus ipſum: & abſurdum eſſet debitorem dato ære in pignus, repoſcere aurum quod non dediſſet. Ergo neque contraria actione pignoratitia teneri poteſt debitor, qui dedit æs pro auro, vt præſtet quanti creditoris intereſt aurum pignori datum fuiſſe. Et quamuis debitor in dolo fuerit qui falsò adfirmauit aurum eſſe, quod dedit pignori, cùm æs eſſet, videtur tamẽ ea res inducere debere actionem ſubſidiariam de dolo potiùs, quàm actionem contrariam pignoratitiam, ne dolus maneat impunitus.

DEC. Actiones contrariæ ſicuti inductæ ſunt ex æquitate & bona fide, ita tã latè patent, quàm æquitas ipſa quæ illas inducit: nullis enim aliis finibus aut dilatantur aut coercentur quàm æquitatis, quæ circa ipſum negotium verſatur, ex quo proficiſcuntur. Itaque licèt directa actio non competat, contraria tamen non eò minùs danda eſt, ſi eius dandæ aliqua ſubſit æquitas, quæ ſemper ſubeſt, quoties indemnitati eius qui contrariam actionem exercere vult, conſulendum eſt *l. ei apud quem. infr. depoſit. l. in commodato 17. §. 1. & l. ſeq. §. vlt. ſupr. tit. prox.* Atqui cùm debitor pro auro dedit æs pignori, quod affirmauit aurum eſſe, non poteſt conſultum eſſe indemnitati creditoris, niſi præſtetur ei quanti ipſius intereſt, aurum pignori datum fuiſſe, quò magis ei cautum ſit, non enim datur pignus, vt neque fideiuſſor, niſi vt debitum magis ſit in tuto *l. ſi mandatu 59. §. vlt. infr. mandat. l. 4. §. adduci. infr. de fideic. libert.* Ergo nihil cauſæ eſt, cur non hoc nomine danda ſit creditori actio contraria, per quam fiat, vt pleniſſimam indemnitatem conſequatur. Nam quod debitor in ea re dolum admiſerit, non inducit neceſſitatem proponendæ actionis de dolo, cùm ſufficere poſſit contraria pignoratitia, quæ ſicut bonæ fidei eſt, ita de dolo actionem non minùs quàm exceptionem vi ipſa in ſe continet *l. ſi quis affirmauit 9. ſupr. de dolo.* Nunquam enim Prætor dat actionem de dolo, quę quoniam damnato infamiam irrogat, ſemper odioſa eſt, niſi alio quolibet auxilio, ſiue ordinario, ſiue extraordinario deficiente *l. 1. §. 1. & §. idem Pomponius & paſſ. eod. tit.*

c *Præter ſtellionatum quem fecit.* RAT. DVB. Quod in cauſis ciuilibus eſt actio de dolo, hoc in criminalibus eſt ſtellionatus perſecutio *l. 3. §. 1. infr. de crimin. ſtellion.* Atqui in propoſita ſpecie, licèt dolus commiſſus ſit, actio tamen de dolo non habet locum, quia contraria actio pignoratitia poteſt ſufficere, vt proximè diximus. Ergo neque perſecutio ſtellionatus hoc caſu locum habere poteſt.

DEC. Actio qualibet competens ſiue ordinaria ſiue extraordinaria excludit actionem de dolo, quę non niſi ſubſidiaria eſt: ſed non excludit accuſationem & perſecutionem ſtellionatus, quæ etſi nec ciuilis & priuata nec publica eſt, cùm ſtellionatus iudicium publicum non ſit, tamen extraordinariam habet coercitionem *l. 1. l. 2. & d. l. 3. §. 1. de crimin. ſtellion.* quamuis cum *dict. l. 2.* pugnare videatur, quod ſcriptum eſt in *l. quid ergo 13. §. vltim. ſupr. de his qui notant. infam.* vbi ſcripſimus. Publicè autem intereſt extra ordinem puniri eos, qui contra legum ordinem & præſcriptum deliquerunt *l. ita vulneratus 51. §. vlt. ſupr. ad leg. Aquil. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. 1. de ſolut.* Ergo quod actio pignoratitia contraria competat creditori, non debet ei adimere accuſationem & perſecutionem ſtellionatus, quæ in eo fauorabilior eſt, quàm actio de dolo. Quamuis non negem fauorabilius eſſe creditori, vt habeat contra debitorem contrariam actionem, quàm vt ſtellionatus perſecutionem: quia de ſtellionatu agi non poteſt, niſi probato dolo, ſine quo nec delictum vllum eſſe poteſt, dolum autem ſemper excludit ignorantia, & conſequenter ſtellionatum, at non æquè contrariam actionem pignoratitiam, quæ nihil aliud exigit, niſi vt ex æquitate indemnitas creditori præſtanda ſit, nec tam ad puniendum debitoris dolum datur, quàm ad indemnem ſeruandum creditorem *l. tutor 16. §. 1. infr. hoc titul. dict. leg. ei apud quem 5. infr. depoſit.* Iunge *l. ſi quis in pignore 36. infr. hoc titul.*

Digitized by Google

2. POMPONIVS libro II. ad Sabinum.

SI debitor rem pignori datam vendidit & tradidit, túque ei nummos credidiſti, quos ille ſoluit ei creditori, cui pignus dederat, tibíque cum eo conuenit, vt ea res, quam iam vendiderat, pignori tibi eſſet: nihil te egiſſe conſtat: qui rem alienam pignori acceperis. ea enim ratione emptorem pignus liberatum habere cœpiſſe. neque ad rem pertinuiſſe, quòd tua pecunia pignus ſit liberatum.

*Ad l. Si debitor 2.*

RAT. OVBIT. Is, ex cuius pecunia creditor pignoratitius dimittitur, hoc ipſo ſuccedit in ius & locum prioris creditoris, dummodò conuenerit ipſe de pignore, & vt pecunia ad priorem illum creditorem perueniret *l.1.2.& 3. C. de his qui in prior. credit. loc. ſucced.* quemadmodum & is cuius pecunia peruenit ad creditorem chirographarium tantùm, ſed habentem priuilegium inter chirographarios, ſuccedit in priuilegium anterioris, non ſolùm ſi pecunia ſtatim profecta ſit ab inferiore creditore ad priuilegiarium, ſed etiamſi per mediam creditoris perſonam, ſi modò non poſt aliquod interuallum id factum ſit *l. ſi ventri 24. §. vlt. infr. de reb. author. iudic. poſſid. aliàs l. 9 §. vlt. de priuileg. credit.* Ergo ſi debitor rem pignori datam vendiderit & tradiderit, tùq; nummos ei credideris, quos ille ſoluerit creditori, cui pignus dederat, tibíque cum eo conuenerit, vt ea res quam iam vendiderat, pignori tibi eſſet, dicendum eſt, te in locum creditoris ſucceſſiſſe, cùm in tua perſona duplex illa ratio concurrat, quòd & tua pecunia dimiſſus eſt prior creditor, & ſpeciali conuentione eadem res pignori data tibi eſt, quæ priori data fuerat.

DEC. Aliena res pignori dari non poteſt, niſi accedente domini voluntate *l. aliena 20. hoc tit. l. 1. & tot. tit. C. ſi alien. res pignor. dat. ſit. l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur. & paſſ. infr. de pignor.* aut ſub condicione, ſi quandoque res illa fiat debitoris *l. ſi fundus 16. §. aliena res eod. tit.* Atqui res debitoris ab eo pignorata creditori, deinde alij vendita & tradita, cœpit eſſe aliena, factáque emptoris per traditionem ex cauſa venditionis factam *§. vendita. Inſtit. de rer. diuiſ. l. traditio 20. l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Ergo conuentio pignoris poſtea ſecuta cum creditore ex cuius pecunia prior creditor dimiſſus eſt, nullum ius pignoris dare potuit nouo creditori in re facta iam aliena. Verum igitur eſt, quod Pomponius hic ſcribit, poſteriorem hunc creditorem tali conuentione nihil egiſſe, quia rem alienam pignori acceperit: ea namque ratione emptorem cœpiſſe liberatum pignus habere, vt proinde creditor ea pactione emptori magis quàm ſibi profuerit, licèt non id inter ipſum & debitorem agerent, vt emptori prodeſſet conuentio. Nec enim ad hunc caſum pertinet quod dici ſolet, actus non operari vltra intentionem agentium *vulg. l. non omnis 19. & præced. ſupr. de reb. credit.* Fit namque hoc ex neceſſitate negotij, cùm non poſſit manere pignus obligatum ſoluto debito *l. ſi rem 9. §. omnis pecunia & ſeq. infr.* Et quemadmodum plerunque accidit, vt extra id quod agitur, obligatio aliqua tacita naſcatur *l. is qui 13. in fin. ſupr. tit. proxim.* ita & multò faciliùs admitti poteſt, vt ex eo actu, qui fit ad inducendam obligationem, naſcatur liberatio. Quãquam verum eſt, liberationem hoc caſu induci, non extra id quod agebatur, ſed ex parte ſecundùm id quod agebatur. Quid enim aliud agebat debitor, cùm pecuniam mutuam à poſteriore creditore accipiebat, eamque priori ſoluebat, quàm vt pignus à priore creditore liberaret, idémque poſteriori obligaret? Alterum verò facere potuit, id eſt, pignus à priore creditore liberare, alterum non potuit, id eſt pignus illud à priore creditore liberatum poſteriori obligare. Itaque non operatur actus hoc caſu vltra intentionem agentis, ſed minùs quàm fuerit in agentis intentione, quod vtique non eſt nouum, quoties poteſtas iuris cum voluntate hominis non concurrit, vt in *l. quoties 9. in princip. infr. de hered. inſtit. l. multùm intereſt 8. C. ſi quis alter. vel ſib. l. 4.* vbi Baldus notat *inf. de acquir. hered.* Minùs obſtat ſi quis obiiciat pignus pignori dari poſſe, quo caſu rem alienam pignori dari neceſſe eſt, cùm pignus rei propriæ non conſiſtat *l. vnic. C. ſi pignus pignor. dat. ſit l. neque pignus 45. de reg. iur.* Etſi enim pignus reſpectu primi creditoris aliena res eſt, cùm tamen dat illud pignori, non tam rem alienam obligat, quàm ius pignoris quod habet in ea re, quódque ſuum eſt. Cæterùm pignus quod ei à primo debitore datum eſt, neceſſe eſt fuiſſe in dominio prioris debitoris eo tempore. Alioqui non poſſet tanquam pignus dari pignori ea res, quæ nullo pignoris vinculo teneretur. Neque verò in hac lege ponimus datum fuiſſe pignus pignori à pignoratitio creditore, ſed à debitore ipſo, & quidem eo tempore quo neque dominij neque pignoris ius vllum amplius in ea re habebat. Fateor poſſe accidere, vt poſterior creditor in prioris locum ſuccedat hoc ipſo, quod ex pecunia ipſius creditor prior dimiſſus eſt, ſiue prior ipſe creditor poſteriori ſoluerit, nulla etiam alia pactione interueniente, ſiue poſterioris creditoris pecunia ad ipſum debitorem priùs peruenerit, ſed ea lege vt ex illa pecunia prior creditor dimitteretur *d. l. 1. 2. & 3. C. de his qui in prior. credit. loc. ſucced.* Eius qui pignus à debitore emit, alia ratio eſt: licèt enim precium ad creditorem peruenerit, non ideò tamen ſuccedit in pignus & ordinem creditoris, niſi conueniat ipſe primùm de pignore *l. Ariſto 3. infr. quæ res pignor. oblig. poſſ.* In eóque melior eſt condicio creditoris quàm emptoris ſoluentis. Emptor enim ſiue debitori eidémque venditori ſuo ſoluat, ſiue creditori venditoris, non aliam ob cauſam ſoluere intelligitur, quàm vt ſe liberet, non etiam vt aliquod ſibi ius & actionem à creditore acquirat, quia debitor ipſe eſt, eíque debet ſufficere, quod ſoluendo acquirat ſibi liberationem, non etiam actionem. At cùm poſterior creditor ſoluit anteriori, cùm non ſit ipſe debitor, non alia mente poteſt videri id facere, quàm vt anterioris creditoris ius ſibi acquirat. In chirographariis creditoribus, cùm ex poſterioris pecunia prior priuilegiarius dimiſſus eſt, facilius eſt vt hoc ipſo non priuilegiarius ſuccedat in locum priuilegiarij *d. l. ſi ventri. §. vlt. de reb. author. iudic. poſſid.* quia facilius eſt, vt priuilegium cauſæ acquiratur quàm priuilegium temporis, & ordo priuilegij quàm pignoris.

3. IDEM

3. Idem libro 18. ad Sabinum.

SI quaſi recepturus à debitore tuo comminus pecuniam, reddidiſti ei pignus, iſque per feneſtram id miſit, excepturo eo, quem de induſtria ad id poſuerat: Labeo ait, furti te agere cum debitore poſſe, & ad exhibendum. & ſi agente te contraria pigneratitia, excipiat debitor de pignore ſibi reddito: replicabitur de dolo & fraude, per quam nec redditum, ſed per fallaciam ablatum id intelligitur.

*Ad l. Si quaſi 3.*

Ratio dubit. Soluto debito ſicut liberatur pignus, ita & naſcitur actio pignoratitia *leg. ſi rem 9. §. omnis pecunia infr. hoc tit. l. item liberatur 6. infr. quibus modis pign. vel hypoth. ſoluit.* Atqui nihil intereſt, an ſoluta ſit pecunia debita, an verò fides habita ſit de ſolutione *l. quod vendidi 19. l. vt res 53. infr. de action. empt. l. 5. §. ſed ſi dedi. l. penult. infr. de tributo action.* Porrò ſatis habet fidem de ſoluto debito creditor, qui quaſi comminus & ſtatim accepturus pecuniam debitam, reddit pignus creditori: nam & pro facto haberi ſolet, quod in eo eſt, vt proximè fiat *l. penult. infr. de teſtam. milit.* Ergo licèt poſtea contigerit, vt pecunia nulla creditori ſoluta ſit, non eò minùs tamen liberatum pignus intelligi debet: & conſequenter non eſt danda creditori actio furti aut ad exhibendum contra debitorem, licèt ipſe creditor vt pignus redderet, illud per feneſtrā miſerit, excepturo eo quem debitor de induſtria ad id poſuerat. Sed imputare ſibi potius debet creditor, qui pecuniam ſibi debitā habuerit pro ſoluta, priuſquam ſolueretur. Multò minùs dicendum eſt agente debitore pignoratitia actione dandam creditori replicationem de dolo, cùm nihil poſſit videri dolo malo factum à debitore, qui non modò ex creditoris voluntate, ſed etiam per ipſas creditoris manus pignus receperit.

Dec. Dolus & mala fides abeſſe debet ab omni contractu *l. bonam fidem 4. C. de obligat. & act.* ſed maximè à contractu bonæ fidei, cui nihil tam contrarium eſt, quàm dolus *l. ſi dolo 5. C. de reſcind. vendit. l. 3. in fin. infr. pro ſocio.* Atqui contractus pignoris bonæ fidei eſt *§. actionum Inſtit. de action. l. quæ fortuitis 6. C. de pignor. action.* Ergo bonam fidem in eo adeſſe oportet, ſiue de contrahendo ſiue de diſſoluendo pignore tractetur, & ſiue de tradendo eo, ſiue de reddendo. Atqui non poteſt videri debitor bona fide verſatus in diſſoluendo pignore, & recipienda re obligata, cùm receperit quaſi pecuniam ſtatim ſoluturus, quam tamen neque tum incontinenti, neque poſtea ex interuallo ſoluerit. Non enim pignus creditor reddidiſſet, niſi ſe pecuniam ſtatim accepturum ſperaſſet. Proinde non tam redditum hoc caſu pignus aut remiſſum, quàm per fraudem & fallaciam ablatum intelligitur, vt Pomponius hîc ſcribit. Cùmque non ex voluntate libera creditoris, ſed ex proprio ſuo dolo pignus debitor receperit, conſequens eſt, vt ex ea cauſa furti quoque actione teneatur, itémque ad exhibendum, quæ actio furti actionem ſemper concomitatur quandiu idem fur & rei furtiuæ poſſeſſor eſt *l. ſi pro fure 7. §. 1. ſup. de condict. furt.* Nec enim nouum eſt, vt quis etiam rei ſuæ furtum faciat, ſi modò eam abſtulerit, & contrectet inuito eo, qui iuſtam eius retinēdæ cauſam habuiſſet *l. ſi is qui rem 59. l. ſi is qui rem pignori 66. in princip. infr. de furt. §. vnde conſtat. Inſtit. de oblig. quæ ex delict. naſcunt.* Ergo non poteſt hoc caſu recuſare creditor, quin & furti & ad exhibendum actione teneatur, multò magis ſi agat pignoratitia, vt pignus quaſi iam redditum perſequatur, quod fortè ad creditorem redierit, doli replicationem pati debet, quia dolo facit qui & pignus habere vult, nondum ſoluto debito *d. l. ſi rem 9. §. vlt. infr.* & debitum haberi pro ſoluto, quod ipſe nonquam ſoluerit. Non tam enim videtur fidem creditor habuiſſe de ſolutione pecuniæ, quàm ſolutionem ſperaſſe promiſſam ſibi à debitore, quod ſanè ad pignoratitiam inducendam ſufficere non poteſt, nam nec remiſſum debitum intelligitur ex ſola pignoris redditione, adeóque nec pactum de non petendo inducitur ex pignoris cautione, quomodo ex cautionis & chirographi reſtitutione induceretur *l. 2. & 3. ſupr. de pact.* Vt non malè Bartolus hîc, & hinc notet, eum fidem de precio ſoluto non habere, qui putat ſtatim ſibi ſolui, ſed eum ſolum, qui ſpe futuræ aliquando ſolutionis habet pecuniam pro ſoluta, accepto in eam rem fideiuſſore aut expromiſſore, aut facta etiam vt fieri ſolet debiti nouatione *d. l. quod vendidi, & d. l. vt res de contr. empt.* Iunge *l. ſi quaſi accepturi 7. C. de non numer. pecun.*

4. Vlpianvs libro 41. ad Sabinum.

SI conuênit de diſtrahendo pignore, ſiue ab initio, ſiue poſtea: non tantùm venditio valet, verùm incipit emptor dominium rei habere: ſed etſi non conuenerit de diſtrahendo pignore: hoc tamen iure vtimur, vt liceat diſtrahere: ſi modò non conuenit, ne liceat: vbi verò conuenit, ne diſtraheretur[a]: creditor, ſi diſtraxerit, furti obligatur: niſi ei ter fuerit denuntiatum[b], vt ſoluat, & ceſſauerit.

*Ad l. Si conuênit 4.*

Ratio dubit. Nemo plus iuris in alium transferre poteſt, quàm ipſe habeat *l. nemo plus iuris 71. de regul. iur.* neque traditio quælibet transfert dominium, ſed ea tantùm quæ fit à domino, & quidem ex præcedente titulo habili ad transferendum dominium *l. traditio 20. l. nunquam nuda 31. inf. de acquir.*

teſt, vt amplius eſſet, quod inuicem aliquem conſequi oporteat, aut iudex penſationis rationem nõ habeat, aut ideò de reſtituenda re cum eo non agatur, quia ea res caſu intercidit, aut ſine iudice reſtituta eſt. dicemus neceſſariam eſſe contrariam actionem.

*Ad §. vlt. Quod autem.*

RAT. DVB. Compenſatio vim ſolutionis obtinet, ideóque liberationem parit ipſo iure *leg. 4. l. ſi ambo 10. in princip. & §. 1 infr. de compenſat. l. ſi conſtat 4. C. eod. l. amplius non peti 15. infr. rat. rem haber.* Ergo dicendum eſt commodatarium vel nõ poſſe compenſare quod ſibi debetur, ſi directo iudicio conueniatur, vel non poſſe contrario iudicio conſequi, quod directo iudicio conuentus ſaluum habere poteſt iure compenſationis. Cur enim vltro agere permittamus ei, qui ſit tutus ipſo iure? Compenſatio ſiquidem fit ipſo iure in iudiciis bonæ fidei, quale eſt iudicium commodati, adeóque etiam in ſtrictis hodie poſt *leg. vltim. Cod. de compenſat.* quamuis olim nõ fieret in ſtrictis, niſi oppoſita exceptione doli poſt conſtitutionem diui Marci *§. in bona fidei Inſtit. de action.* DEC. Nihil prohibet actionem dati etiam ei, qui tutus ſit exceptione *leg. 1. §. is autem infr. de ſuperfic. leg. inuitus 156. §. 1. de regul. iur.* & cõpenſatione *leg. ſed an vltro 10. ſupr. de negot. geſt.* Ac prętereà fieri facilè poteſt, vt neceſſaria ſit commodatario actio ad cõſequendam indemnitatem, nec ſufficiat auxilium compenſationis, vt in tribus illis caſibus, quos Caius hîc enumerat, quorum primus eſt, ſi amplius ſit, quod inuicem conſequi commodatarium oporteat, quàm quod directo iudicio debet. Neque enim compenſatio fieri poteſt, niſi ad concurrentem vſque quantitatem *dict. leg. ſi ambo dict. leg ſi conſtat 4. & paſſ. C. de compenſat.* Quemadmodum ſi quod amplius eſt, conſequi velit cõmodatarius, reconuentione opus eſt, vt ſequi poſſit condemnatio non ſufficiente in eam rem compenſatione, vt Bartolus hîc docet ex *l. cùm Papinianus 24. C. de ſentent. & interloc. omn. iudic.* Secundus caſus eſt, ſi iudex compenſationis rationem non habuerit, non quidem reprobata compenſatione, (eo namque caſu obſtaret exceptio rei iudicatæ *l. quod in diem 7. §. 1. infr. eod. ill. tit. l. ſi autem 8. §. ſi quocunque ſupr. de negot. geſt.*) ſed ſimpliciter non admiſſa compenſatione, id eſt, nulla circa eam pronunciatione facta, aut ita ſimpliciter facta mentione compenſationis, vt iudex nullam eius rationem habere ſe dixerit, quod pragmatici noſtri ſic exprimunt *ſans auoir eſgard à la compenſation requiſe.* Nec enim verendum eſt, vt huiuſmodi pronunciatione pariat exceptionem rei iudicatæ, cùm neque abſolutionem contineat, neque condemnationem, quorum alterutrum interuenire neceſſe eſt ad inducendam rem iudicatam *leg. 1. infr. de re iudic.* Tertius caſus eſt, ſi directo iudicio non poſſit agi cum commodatario, ideò fortaſſe quòd res commodata non culpa aliqua commodatarij, ſed caſu interciderit, aut ſine iudice reſtituta ſit. His ſanè caſibus compenſationi locus eſſe non poteſt, cùm per modum exceptionis ſemper opponatur, exceptionem non poſſit locum habere vbi nulla actio propoſita eſt. Proinde fatendum eſt, his caſibus neceſſariam eſſe contrariam actionem, vt & in ſpecie *leg. 1. §. vltim. cum ſeqq. infr. de contr. iudic. tutel.* Huic tamẽ §. in eo quod aduerſus actionem commodati dat exceptionem compenſationis valde obſtare creditur quod ſcriptum eſt in *leg. vltim. Cod. hoc titul.* prætextu debiti, reſtitutionem commodati non probabiliter recuſari. Scio Cuiacium apud Paulum *lib. 1. ſentent. tit. 12. §. vltim.* legere *commendati* id eſt, *depoſiti* pro *commodati*, quòd in actione depoſiti ſingulare ſit, vt non poſſit ei obiici compenſatio *l. pen. C. depoſ. l. vlt. C. de compenſat.* Sed falſam & improbabilem eſſe correctionem titulus ipſe demonſtrat: & in eo vir doctiſſimus meritò à Fornerio & aliis reprehenſus eſt. Etſi enim non cuiuſlibet debiti prætextu reſtitutio rei commodatæ recuſari poteſt, attamen pro eo debito, quod ex ipſius commodati cauſa proficiſcitur, & quod per commodati actionem contrariam peti poſſet, recuſari probabiliter poteſt, non quidem ad hoc, vt res commodata deſinat deberi, quaſi exinde habenda ipſo iure pro reſtituta, ſed quantum ad hoc duntaxat, vt commodatarius habeat ius retentionis, oppoſita velut compenſationis exceptione, aut quaſi pignoris loco, vt Accurſius loquitur ex *l. ſi quis rem 20. infr. de acquir. poſſ. l. creditoris 25. § vlt. & l. ſi is qui rem 59. infr. de furt.* ne alioqui denegemus retentionem & exceptionem ei cui contra eundem agentem daremus actionem, quod pugnaret cum iuris regula *d. l. 1. §. is autem infr. de ſuperfic. d. l. inuitus 156. §. 1. de regul. iur.* Itaque minùs propriè compenſatio hæc dicenda eſt, cùm non pariat ipſo iure liberationem, quomodo ſolet parere vera compenſatio, ſed tantùm retentionem, nec eam abſolutè, ſed in id vſque tempus, quo ſatisfactum ſit commodatario de iis omnibus, quæ ei debentur, & quę contrario iudicio commodati petere poſſet ſi rem ipſam penes ſe non haberet. Quod in actione depoſiti diuerſum eſt contra quam nec retentio vlla competit depoſitario, poſt Iuſtiniani conſtitutionem in *d. l. pen. C. depoſit.* Sicut & idem Iuſtinianus contra veteris iuris rationem ſuſtulit retentiones omnes, quæ olim dabantur marito propter res amotas, vel ob impenſas in rebus dotalibus factas, ſola ei reſeruata actione *leg. vnic. §. taceat verſic. ſed nec retentio & verſ. ſed nec ob impenſas Cod. de rei vxor. action.* Quamquam alia etiam ratio ſuadere videbatur, ne actioni commodati obiici compenſatio olim poſſet, nimirum quia non habebat locum compenſatio niſi quantitatis ad quantitatem, non autem quantitatis ad ſpeciem, ſicuti nec ſpeciei ad ſpeciem ante *d. l. vlt. C. de compenſ.* quæ primùm induxit, vt etiam in actionibus in rem compenſatio ipſo iure fiat. Qui autem directo commodati iudicio conuenitur, ſpeciei debitor eſt, qui verò contrario, quantitatis duntaxat & pecuniæ: cùm in iudiciis contrariis agatur tantùm de indemnitate, & de calculo *leg. ei apud quem 5. infr. depoſit. leg. furti 6. §. vltim. ſupr. de his qui not. infam.* Sed compenſationem, vt dixi, minùs propriè hîc accipimus pro retentione, cui locum facere ſolet compenſatio, aut deductio, aut doli mali exceptio *dict. leg. penultim. Cod. depoſit. leg. 1. infr. de pignor.* Omnis compenſatio inducit retentionem, ſed non omnis retentio ex compenſatione fit, ſi propriè compenſationem accipias: minùs propriè tamen compenſatio dici aliquo-

aliquomodo poteſt, quoties vnum debitum ſiue ſpeciei ſiue quantitatis pro alio debito etiam diſſimili retinetur, quamuis ex neutra parte liberatio inducatur, vt in ſpecie huius §. niſi dicas, quæ ſecũda Accurſij interpretatio eſt, intelligendum eſſe hunc §. de ea re quæ culpa commodatarij perierit, & quæ proinde reſtituenda ſit in pecunia. quæ cõpenſationẽ poſſit admittere, quã ſpecies ipſa, ſi adhuc extaret, neq; deterior facta eſſet, non admitteret: & ita conciliandum hunc §. cum *d. l. vlt. C. hoc tit.* Sed tamen, vt dicam liberè quod ſentio, probabilius arbitror, vt quod in hoc §. ſcriptũ eſt, de vera compenſatione intelligatur, nec minùs de illo caſu quoties commodata extet adhuc, neque vllomodo deterior facta ſit, ſed petita fuerit per actionem cõmodati. Etſi enim verum eſt, ſpeciem ab initio debitam fuiſſe, & in ipſo tempore litis conteſtatæ, nõ pecuniam, certum tamẽ eſt, exinde cœpiſſe deberi pecuniam, itémque æſtimari in pecunia debuiſſe, vtro tempore pluris res fuiſſet vel litis conteſtatæ, vel rei iudicandæ adhibito etiam iureiurando in litem, ſi dolus malus, vel culpa commodatarij interuenerit *l. 3. §. in hac ſupr. hoc tit. iunct. l. 3. §. ſi per venditorem infr. de action. empt.* indéque fieri, vt quoniam litis æſtimatio ſemper fit in pecunia numerata, perinde actioni cõmodati poſſit obiici compenſatio, atque alij cuilibet actioni per quam pecunia non ſpecies petatur. Itaq; non ſunt iſta contraria prætextu debiti reſtitutionem commodati, non probabiliter recuſari, vt ſcriptum eſt in *d. l. vlti. C. hoc tit.* & nihilominùs commodatori agenti quocunq; caſu actione commodati, compenſationem obiici eius pecuniæ, quæ cõtrario iudicio peti poſſet, tanquam ſcilicet quantitatis ad quantitatẽ: facta nimirum per conteſtationem nouatione prioris debiti, id eſt, ſpeciei commodatæ, & transfuſione in debitum pecuniariũ *l. aliam 29. inf. de nouat.* Ergo idem dicendũ eſt, etiãſi ex alia quã cõmodati cauſa aliquid commodator debeat commodatario: eadem namque iuris ratio vtroque caſu locum habet. Quod & Cuiacius ſentit *lib 9. Obſer. cap. 37. ex l. Lucius 38. mandat.* quamuis alia ratione motus quam quæ à nobis adfertur. Nec enim vir doctiſſimus de litis æſtimatione cogitauit. Atque ita certè locus hic omnino explicandus eſt. Iunge quæ ſcripſi ad *leg. præced. §. 1. ſupr.*

19. IVLIANVS libro 1. Digeſtorum.

AD eos, qui ſeruandum aliquid conducunt, aut vtendum accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere, proculdubio eſt. qua enim cura, aut diligentia conſequi poſſumus, ne quis damnum nobis iniuria det?

*Ad l. Ad eos 19.*

RAT. DVB. Commodatum fit gratia ſolius commodatarij regulariter, vt diximus ad *l. ſi vt certo 5. §. nunc videndum ſupr.* Ergo præſtare commodatarius damnum debet, etiam quod iniuria ab alio tertio datum eſt, rei commodatæ penes commodatarium exiſtenti, quod datum non fuiſſet, ſi commodatum nullum præceſſiſſet *arg l. ſi ſeruus 61 §. quod verò infr. de furt.* DEC. Non tenetur cõmodatarius niſi de dolo, & culpa etiam leuiſſima, vt dictũ eſt ad *d. §. nunc videndum* & ad initium legis proximè præcedentis. Cæterum de caſu fortuito non tenetur, qui neque præuideri, neque impediri vlla diligentia potuit *§. vlt. l. prox. ſupr.* Atqui nulla cura aut diligentia conſequi poſſumus, ne aliquis dãnũ nobis iniuria det. Nam & verũ eſt quod Seneca quodã loco ſcribit, dominum eſſe vitæ alienæ omnem qui propriam negligit. Ergo ad eos qui aliquid vtendũ accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere, proculdubio eſt. Nec aliud iuris eſt in iis, qui ſeruandum aliquid conducunt, eàdem ſcilicet ratione, quòd nulla ſit culpa, ne quidem leuiſſima eius, qui damnum iniuria datum ab alio paſſus eſt, ideóque non ad alium pertinere fortuiti caſus damnum poſſit, quàm ad dominum *l. qua fortuitis 6. Cod de pignor act. l. contractus 23. in fin. de regul. iur. l. ſi ea res 31. infr. de action. empt.* Exceptio tamen ſubiicienda eſt, quam nec Azo nec Accurſius prætermiſit, niſi culpa caſum præceſſerit ex *l. ſi merces 25. §. culpa infr. d. l. prox. in princip ſupr.* vbi diximus, item niſi caſus ille potuerit, & debuerit præcaueri, vt in *leg. nauta 5. §. 1 iunct. leg. vltim. in princip. ſupr. naut. caupon. ſtabul. leg. ſed de damno 41. infr. locat. leg. damni 43. in princip. inf. de damn. infect.*

20. IDEM libro 3. ad Vrſeium Ferocem.

ARgentum commodatum, ſi tam idoneo ſeruo meo tradidiſſem ad te perferendum, vt non debuerit quis æſtimare futurum, vt à quibuſdam malis hominibus deciperetur: tuum, non meum detrimentum erit, ſi id mali homines intercepiſſent.

*Ad l. Argentum 20.*

RAT. DVB. Commodatarius tenetur de culpa qualibet etiam leuiſſima, vt proximè diximus & ad *l. in reb. 18 in princip. ſup.* Atqui culpa eſt, ſi quis minùs idoneum hominẽ & facilẽ, vt deciperetur, elegerit ad commodatam rem reſtituendam, & perferendam *l. qui non tam idoneum 11. ſupr. hoc tit.* Ergo & in huius legis ſpecie teneri cõmodatarius debet, ſi argentũ commodatũ ſeruo ſiue ſuo ſiue alieno perferendum dederit, & ille perferendo à malis hominib. interceptus ſit & deceptus, atq; ita argentum perierit: culpã enim eius cui rẽ cuſtodiendã & perferendam dedit, præſtare debet *l. apud Labeonem 20. inf. de præſcript. verb.* DEC. Nulla malæ electionis culpa eſt, quoties electus tam idoneus fuit, vt non debuerit quis exiſtimare futurum, vt à quibuſdã malis hominibus deciperetur. Id enim alius quilibet etiam diligentiſſimus paterfam. feciſſet: & pro idoneo hac parte habendus eſt etiã is, qui paſſus eſt ſe decipi, ſi credebatur non fuiſſe paſſurus. Eſt enim hic caſus ex eorum numero, in quib. plus eſt in opinione, quàm in veritate *l. ſi à bona fidei 27. ſup. de rei vindic. l. is qui putat 15 & ſeq infr. de acqu. hered.* Ac proinde caſui fortuito potiùs quàm culpæ cõmodatoris adſcribendũ eſt damnum, quod per huiuſmodi ſerui ſiue facilitatem, ſiue imprudentiam contigit, quod hic textus omnium optimè probat, & noſtri notant ad *l. 1. C. depoſit.* & Canoniſtæ in *ca. 1 de commod.* Ergo in propoſita ſpecie amiſſi argenti detrimentum cõmodatoris eſſe debet, nõ cõmodatarij.

21. AFRICANVS libro 8. Quæſtionum.

REm mihi commodaſti. eandem ſubripuiſti. deinde cum commodati ageres, nec à te ſcirem eſſe ſubreptam: iudex me condemnauit, & ſolui. poſtea comperi à te eſſe ſubreptam: quæſitum eſt, quæ mihi tecum actio ſit? reſpondi, furti quidem non eſſe, ſed commodati contrarium iudicium vtile mihi fore.

*Ad l. Rem mihi 21.*

RAT. DVB. Quod ex cauſa iudicati ſolutum eſt, repeti non poteſt, neque per condictionem indebiti *l. 1. C. de condict. indeb. l. ſi fideiuſſor 29. § in omnibus infr. mandat.* neque per condictionem ſine cauſa, quia non poteſt videri ſine cauſa ſolutum, quod ex iudicato ſolutum eſt. Ergo ſi rem tibi commodauerim, & poſteà ſubripuerim, & nihilominùs egerim commodati, túque neſciens à me ſubreptam condemnatus fueris & ſolueris, dicendum eſt, ſicuti agere furti contra me non potes, quia meum potiùs receperim, quàm tuum ſubtraxerim *l. ſi is qui 59. infr. de furt* ita nullam tibi contra me actionem competere ad repetendum quod ſoluiſti: præſertim verò actionem commodati contrariam, cùm directa nulla amplius ſit, ex cuius comparatione contraria ſubſiſtere ac retineri poſſit. Vbi enim directa actio nulla eſt, nec aliqua contraria intelligi poſſe videtur, ſiquidem per relationem ad directas actiones & comparatæ ſunt & nominatæ actiones contrariæ. Quod ſi qua actio in eam rem, id eſt, ad ſoluti repetitionem ſupereſſe videtur, non alia eſſe poteſt quàm condictio ſine cauſa *l. 2. ſupr. de condict. ſin. cauſ.* cùm negari non poſſit, quin pecunia, quam ex condemnatione mihi ſoluiſti, ſit penes me ſine cauſa, ſiquidem ſoluiſti eam pro re commodata, quaſi ea mihi abeſſet, quam tamen per furtum iam receperam. Nec enim melior condicio mea ob id eſſe debet, quòd per furtum & ignorante te rem meam receperim, quàm ſi voluntate tua & per manus tuas recepiſſem. DEC. Cōdictio quidem indebiti locum habere non poteſt ad repetitionem ſolutæ ex iudicato pecuniæ *d. l. 1. C. de cōdict. indeb.* quia impugnaret iudicatum, cuius authoritas ſalua ſemper eſſe debet *l. ſeruo 65. §. cùm Prætor infr. ad SC. Trebell.* Eadémq; ratio facit, vt neq; condictio ſine cauſa locum habere hoc caſu poſſit, quia æquè impugnaret iudicatum, quandoquidem probandum eſſet cauſam fuiſſe iniuſtam tempore ſententiæ, vt benè Bartolus contra Accurſiũ hîc diſputat. Aliud eſſet ſi poſt ſententiam cauſa quæ tempore ſententiæ ſuberat, deueniſſet ad non cauſam vt in *d. l. 2. de condict. ſin. cauſ.* Tum enim actio illa iudicatum non impugnaret: conſequens igitur eſt, vt nulla tibi actio aduerſum me poſſit competere ad repetitionem pecuniæ, quam ſoluiſti præter contrarium iudicium commodati, per quod ſcilicet non impugnatur ſententia, ſed res ad ſuam æquitatem reuocatur, cùm actiones contrariæ non minùs ſint bonæ fidei, quàm directæ, nec ſit ex bona fide, vt & rem meam, quam tibi commodaueram, penes me habeam, & propterea rei meæ precium, quod tu ignorans, rem à me ſubreptam mihi ſolueris *leg. ex empto 11. § qui autem l. bona fidei 50 infr. de action. empt.* Neque quod directa actio ſublata & extincta eſt, facere debet, vt contraria quoque ſublata ſit. Dicuntur enim actiones contrariæ per relationem quidem ad directas, ſed ad eas quæ ſunt, aut fuerunt, quemadmodum non eo minùs quis filij nomen retinet, quòd pater iam deceſſerit. Et ſicuti actiones contrariæ proponi, & exerceri poſſunt, etiam priùs quàm directæ inſtituantur *l. in commodato 17. §. 1. ſupr. commod. l. 1. §. vlt infr. de contrar. tutel. & vtil. action.* ita & poſtquàm extinctæ ſunt. In eóq; differunt actiones contrariæ ab exceptionibus, nō ſolùm quòd per modum exceptionis non opponuntur *l. in rebus 18. §. vlt. ſupr.* ſed quòd propriam habent naturam, & æquitatem ex eodem bonæ fidei contractu proficiſcentem, ex quo & directa proficiſcitur. Nec bona conſecutio eſt, vt quia nihil iam commodatori præſtare cōmodatarius debet, viciſſim nihil quoque commodatario præſtare cōmodatorem oporteat, qui omnimodo indemnitatem præſtare commodatario cogitur, ne beneficiũ quod ex commodato ſenſit, fiat ei captioſum *d. l. in commodato 17. §. ſicut in fin. ſupr. l. Paulus notat 8. infr. de prætor. ſtipulat.* Cæterùm ſi qua ratio eſſet, quæ impedire poſſet, ne contrarium iudicium hoc caſu locum haberet, danda vtiq; tibi eſſet contra me actio de dolo, quàm mihi permittendum, vt ex dolo & furto meo lucrarer, & ex iactura tua locupletarer: id enim nunquam ferendum eſt *l. ne ex dolo 12. & paſſ. ſupr. de dolo.* Iunge *d. l. in commodato 17. §. vlt. ſup.* Ex quo loco infert Accurſius, nec malè, contrariũ iudicium in hac ſpecie competere, non ad hoc præciſè, vt precium rei meæ quod à te accepi reſtituam, ſed vt alterutrum cogar facere, vel rem meam pro qua precium ſoluiſti, præſtare tibi, vel precium quod dediſti reddere.

1 ¶ In exercitu contubernalibus vaſa vtenda communi periculo dedi, ac deinde meus ſeruus ſubreptis his ad hoſtes fugit, & poſtea ſine vaſis receptus eſt. habiturum me commodati actionem cum contubernalibus conſtat pro cuiuſque parte. ſed & illi mecum furti nomine ſerui agere poſſunt, quando & noxa caput ſequitur. Et ſi tibi rem periculo tuo vtendam commodauero, eáq; à ſeruo meo ſubripiatur: agere mecum furti poſſes ſerui nomine.

*Ad §. 1. In exercitu.*

RAT. DVB. Commodatarius non tenetur de caſu fortuito, vt diximus ad legem præcedentem. Atqui inter caſus fortuitos eſt, ſi furtum fiat à ſeruo fugituro ad hoſtes, qui nec fugere ſolitus erat, nec cuſtodiri *dict. leg. præced. iunct. l. ſi à bona fidei 21. ſupr. de rei vindic.* Ergo ſi pluribus in exercitu

contubernalibus vaſa vtenda dederim, ac deinde ſeruus meus ea ſubripuerit, & ad hoſtes profugerit, qui poſteà ſine vaſis receptus ſit, dicẽdum eſt commodatarios eo nomine actione commodati teneri non debere mihi, qui ex contrario propter furtum ſerui mei teneor ipſis noxali actione furti, cùm noxa caput ſequatur, vt ſcriptum eſt in hac lege. Quid enim abſurdius eſt, quàm illum agere, qui ipſe teneatur ei, contra quẽ agit, præſtare indemnitatem? An non dolo facit, qui petit quod ſtatim eidẽ redditurus eſt, licèt alia actione? *l. dolo facit 8. infr. de doli mal. except. l. in condemnatione 173. §. vlt. de regul. iur. l. ſi ſocer. 44. §. Lucius infr. ſolut. matr.* D e c. Sicut incendium nunquam fit ſine culpa inhabitantium aut ſaltem perrarò *l. 3. §. 1. de offic. præfect. vigil.* ita neque furtum ſine culpa eius qui rem præſertim alienam, & ſibi commodatam cuſtodire diligentius debuit *l. cùm duobus 52. §. damna infr. pro ſocio l. videamus 11. §. vlt. infr. Locat.* Perdifficile enim eſt, vt diligenti patrifamilias furtum fiat, niſi à famulis & coniunctis perſonis, quæ ſi non ſint ſuſpectæ, furtum eo caſu inter fortuitos caſus numerandum eſt, non aliter, vt ad legem proximam ſcripſimus. Meritò igitur placuit commodatarios in hac ſpecie teneri actione directa commodati, præſertim cùm id actum ſit, vt commodatariorum periculum commune eſſe deberet. Quiſquis enim de periculo tenetur, etiam de caſu fortuito tenetur, nec de culpa hoc caſu quærendum eſt, nec eo minùs tenentur commodatarij quòd ipſi quoque viciſſim furti actionem noxalem habeant, cùm actio hæc naſcatur ex delicto, illa ex contractu, nec ſemper tantum ſit in actione vna, quantum in altera, vt proinde altera per alteram non tollatur. Poteſt enim minùs eſſe in noxali actione furti, quàm in directa commodati, ſi fortè minus ſit damnum, quod ſeruus dedit, quàm quanti ſeruus ipſe eſt. Ergo teneri hoc caſu commodatarios æquum eſt directa commodati actione. Nec poſſum probare, quod noſtri vulgò poſt Accurſium putant intelligendum hunc §. de illo caſu, quo commodans quoque perinde in culpa ſit, vaſaque ſua contubernalibus commodauerit, tã ſuo periculo quàm commodatariorum. Nam quod ponit Africanus, commodata fuiſſe vaſa contubernalibus *communi periculo* ad ſolos contubernales eóſq; cõmodatarios referri debet, qui plures erant, non ad cõmodatorẽ. Contubernales enim iidémq; cõmodatarij ſoli tenentur, quod oſtendunt verba illa *pro cuiuſque parte* idq; vir doctiſſimus Iacobus Cuiacius ad Africanum ſentire videtur. Quamuis eo quoque poſito, vt commodatariorum & commodatoris periculum commune eſſe deberet, & communi omnium culpa furtum factum eſſet, ſatis punita eſſet culpa cõmodantis, in eo quod furti admiſſi periculum pro ſua parte agnoſcere cogeretur, vt Accurſius & Caſtrenſis docent, nec niſi pro duabus tertiis aduerſus commodatarios actionem habere poſſet. Illud ſanè verum eſt, quod interpretib. placet. cõmodatarios hoc caſu ſingulos teneri non in ſolidum, ſed in viriles portiones, ob illa verba *cõmuni periculo* quæ hoc ipſo quod periculi cõmunionem inducunt inter commodatarios, inducunt etiam diuiſionẽ, vt diximus ad *l. 5. §. ſi duob. vehiculum ſup. hoc tit.* Nec illud quoq; improbo, quod Caſtrenſis notat, aliud reſponſurũ fuiſſe Africanũ, ſi cum vaſis ſeruus quoque commodatus fuiſſet, & cum ſubreptis vaſis profugiſſet, niſi fugæ culpam commodator præſtitiſſet, vt ſcriptum eſt in *d. l. 5. §. ſi me rogaueris in fin.* vbi diximus *ſup.* Sequitur,

a *Sed & illi mecum furti ſerui nomine agere poſſunt.* Intellige cum Accurſio, vt noxaliter agere poſſint, non aliter: neq; enim ex delictis ſeruorum tenentur vnquam domini niſi noxaliter, præterquàm ſi iis ſcientibus delictum admiſſum proponatur *l. 1. 2. & paſſ. ſupr. de noxal. action.* Poſſet tamen etiam commodati actio contraria in hanc rẽ competere, non quidem ad damnum omnimodo ſarciendum in ſolidum vt in *l. prox. ſeq.* ſed vt vel damnum pro fure decidatur, vel ſeruus pro noxæ dedito relinquatur, quaſi poteſtas noxalis actionis etiam bonæ fidei iudicio inſit, vt ſubtiliter docet Cuiac. ex *l. inter cauſas 26. § ſed cùm infr. mandat. l. ſi ſeruus 61. in princip. infr. de furt.* ſicut, inquit, & actio arbitraria *l. in bonæ fidei 7. ſupr. de eo quod cert. loc.* & actio de dolo *l. ſi quis adfirmauit ſupr. de dol.* Ruiſum intellige cum eodem Accurſio, niſi commodatarij ſint in dolo: nam quoties is cui commodaui, dolo aliquid fecit circa rem commodatam, agere mecum furti non poteſt, ne ex dolo ſuo & improbitate actionem ſibi acquirat *l. eum qui 14. §. item Pompon. iunct. l. itaq; 14. §. 1. de furt.* Secus eſt ſi culpa tantùm interuenerit etiam lata, quamuis Cuiacius contrà putet: nec enim culpa delictũ eſt & in commodato facienda eſt remiſſior interpretatio etiam circa dolum quàm in mandato, vel depoſito *d. l. ſi ſeruus §. circa commodatum & ſeq. de furt.* vt diximus ad *l. in reb. 13. §. item qui ſciens ſup.* Planè quod Accurſius requirit culpam aliquam commodatariorũ interueniſſe, vt furti actionẽ aduerſus commodantẽ habeant, quoniam alioqui nihil eorum intereſſet, actio autem furti non alij datur, quàm ei cuius intereſt, non puto ad rem pertinere, quandoquidem nulla etiam culpa interueniente in ſpecie huius §. intereſſet tamẽ commodatariorum qui ea lege commodatum accepiſſent, vt etiam de periculo tenerentur, quod vtique nihil cum culpa commune habet: imò verò tum maximè conuẽtionis huius poteſtas elucet, cùm neque dolus, neque culpa præceſſit. Alioqui ſi neq; conuentio hæc neque culpa vlla interceſſerit, furti certè agi non poteſt *d. l. eum qui 15. §. idem ſcribit infr. de furt.*

22. Pavlvs libro 12. ad Edictum.

SI ſeruus, quem tibi commodauerim, furtum fecit: vtrum ſufficiat contraria commodati actio, quemadmodum competit, ſi quid in curationem ſerui impendiſti: an furti agendum ſit, quæritur: & furti quidem noxalem habere eum, qui commodatum rogauit, proculdubio eſt: contraria autem commodati tunc eum teneri, cùm ſciens talem eſſe ſeruum, ignoranti commodauit.

*Ad l. Si ſeruus meus 21.*

Rat. dvb. Actionibus bonæ fidei etiam noxales actiones inſunt, vt ex Cuiacio diximus ad legem præcedẽtẽ ex *l. inter cauſas 26. §. ſed cũ ſeruus inf. mãdat. l. ſi ſeruus 61. in princip. infr. de furt.* Ergo in ſpecie huius legis, ſi ſeruus meus quem tibi cõmodaueram,

furtum tibi fecerit, non debuit Paulus diſtinguere, an ſciente me, an ignorante furtum factum ſit, vt, ſi ſciente me competat tibi tunc contraria actio commodati, ſi verò me ignorante, & tibi ignoranti, noxalem furti contra me habeas actionem.

Decin. Contrariam actionem ſiue commodati ſiue aliam quamlibet cùm dicimus, eam intelligimus quæ de indemnitate in ſolidum competit, non quæ ad noxæ deditionem. Nec enim contrariæ actiones ſui natura ſunt noxales, quamuis noxales inſint contrariis, ſicut in eo quod plus eſt, continetur quod eſt minus *leg. in eo* 110. *de regul. iuris.* ideòque noxales contrariis opponuntur, non tamen quaſi contrariæ, ſed quaſi diuerſæ tam in hac *leg.* quàm in *leg. ſi ſeruum pignori* 31. *infrà titul. proxim.* Cùm ergo quæritur, an pro furto, quod ſeruus commodatus fecit, danda ſit commodatario actio contraria aduerſus commodantem, an noxalis, meritò adhibenda diſtinctio eſt, an ſciente domino eodémq; commodatore furtum factum ſit, an eo ignorante, vt priore caſu contraria commodati actio neceſſaria ſit, ad pleniſſimam indemnitatem conſequendam, ſicuti ſi quid commodatarius in ſerui curationem impendiſſet *leg. in rebus* 18. §. *poſſunt ſupr. hoc titulo.* poſteriore verò noxalis tantùm competat, vel, quod effectu idem eſt, contraria quidem, ſed alternatiuè, in id vt commodator vel damnum decidat, vel ſeruum pro noxæ dedito relinquat: quæ noxalis actionis natura & condicio eſt *leg. miles* 6. §. *decem infr. de re iudic. & tot. titul. de noxal. action.* Iunge *dict. leg. inter cauſas* 26. §. *ſed cùm ſeruus infr. mandat. leg. ſi tibi domum* 45. §. *primo infr. locat.* vbi tamen dicitur extra conductionis cauſam eſſe furtum à ſeruo conducto admiſſum, & in propriam perſecutionem cadere, id eſt, in actionem furti, quæ tamen ſit noxalis. Actio enim bonæ fidei tum quoque cùm noxalem in ſe continet, non ideò tamen noxalis propriè dicitur, ſed quaſi noxalis, vt ſcriptum eſt in *dict. leg. ſi ſeruus* 61. *in princip. infr. de furt.*

23. Pomponius libro 21. ad Quintum Mucium.

SI commodauero tibi equum, quo vtereris vſque ad certum locum: ſi nulla culpa tua interueniente, in ipſo itinere deterior equus factus ſit: non teneris commodati. nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter equum commodarim, qui eum laborem ſuſtinere non potuit.

*Ad l. Si commodauero vlt.*

Rat. dub. & dec. ad hanc legem eadem eſt, quæ ad *leg. eum qui* 10. *ſup.* Nam cùm de culpa qualibet etiam leuiſſima teneatur commodatarius *leg. in rebus* 18. *in princip. ſupr.* non videbatur carere culpa is qui in tam longum iter vſus eſſet equo commodato, vt is ea itinere deterior factus eſſet. Sed contrà reſpondetur, imò verò nullam ipſius culpam eſſe, qui commodato equo in eam ipſam rem vſus eſt, in quam accepit *dict. leg. eum qui*, & culpam, ſi qua eſt, totam eius eſſe, qui commodauit, quippe qui non debuerit in tam longum iter equum commodare, vt eum laborem ſuſtinere equus non poſſet. Planè ſi qua alia in re commodatarij culpa aliqua interuenerit, propter quam equus deterior factus ſit, non faciet culpa præcedens commodatoris, quominùs de ſua propria commodatarius teneatur *dict. leg. eum qui iunct. leg.* 3. §. *ſi reddita ſupr.* Adde *leg. ſi ſeruus ſeruum* 27. §. *penultim. & leg. vltim. ſupr. ad leg. Aquil.*

# DE PIGNORATITIA ACTIONE, VEL CONTRA,

## TIT. VII.

VLPIANVS libro 40. ad Sabinum.

PIgnus contrahitur non ſolùm traditione, ſed etiam nuda conuentione, & ſi traditum non eſt.

*Ad l. Pignus contrahitur.*

RATIO DVBIT. Pignus eſt ex numero eorum contractuum, qui re tantùm, id eſt traditione, non etiam nudo conſenſu perficiuntur *leg. 1. §. creditor quoque. infr. de oblig. & action. §. creditor. Inſtit. quibus modis re contr. oblig.* quamuis conſenſus in hoc quoque contractu, vt in omnibus cæteris neceſſarius ſit *l. in omnibus negotiis 57. eod tit. de oblig. & action.* In eóque differt pignus ab hypotheca, quæ conſenſu nudo contrahitur *l. 4. infr. de pignor. l. ſi tibi 17. §. de pignoris. ſupr. de pact. l. iuſto 43. §. non mutat. infr. de vſucap.* quamuis extra hanc cauſam non poſſit conſtitui ius in re citra traditionem *l. traditionibus 20. C. de pact. l. 3. §. 1. ſupr. de vſufr. l. ſi partem 19. quemadmodum ſeruit. amitt.* Vnde eſt quòd pignus contractum eſſe dicimus, cùm manente penes debitorem proprietate poſſeſſio ſola tranſit ad creditorem, hypotheca verò cùm nec poſſeſſio tranſit *l. ſi rem alienam 9. §. propriè, & l. cùm & ſortis 35. §. 1. infr. hoc tit.* id eſt, cùm nulla traditio interuenit: nec enim vlla traditio ſine poſſeſſionis tranſlatione, aut eſſe aut intelligi poteſt *l. 3. inf. de action. empt. l. clauibus 74. de contr. empt.*

DEC. Pignoris appellatio & ſignificatio duplex eſt, vna propria, altera impropria. Propria illa eſt, quæ traditionem exigit *dict. l. ſi rem. §. propriè,* & ad res mobiles tantùm pertinet, quæ pugno teneri poſſunt. Pignus enim dictum eſt à pugno, quia res quæ pignori dantur, manu traduntur *l. plebs eſt 138. §. pignus. infr. de verb. ſignific.* Impropria rurſus eſt duplex, vna, quæ traditionem quidem perinde requirit, ſed ad quaſcunque res etiam immobiles refertur: nam & res immobiles æquè ac mobiles tradi poſſunt, licèt non pugno. Sic paſſim noſtri prudentes tractant de fundo & prædio pignori dato in *l. 1. §. cùm prædium. l. ſi fundus 16. & paſſ. infr. de pignor.* Altera eſt, quę nec traditionem exigit, ſed nudo conſenſu & ſimplici pacto etiam nudo contenta eſt, quam rectiùs & magis propriè hypothecam appellamus *§. item Seruiana. Inſtit. de action.* Et hoc eſt, quod ait Marcianus in *l. res hypothecæ 5. infr. de pignor.* inter pignus & hypothecam nominis tantùm ſonum differre, ſcilicet quantum ad effectum actionis hypothecariæ, vt Iuſtinianus explicat in *d. §. item Seruiana.* Perinde enim dat Prætor actionem ex nudo pacto hypothecæ, atque daret ex ſtipulatione aliòve contractu ciuili: non quia pignus ſit modici præiudicij, vt putat Bartolus, ſed propter publicam hominum vtilitatem, & quia hypothecæ obligatio ſemper acceſſoria eſt, ideóque fauorabilior nunquam principalis, vt dixi ad *l. 1. ſupr. de conſtit. pecun.* Quam actionem interpretes vulgò hypothecariam vocant, prudentes elegantiùs, quaſi Seruianam, quòd inducta ſit ad exemplum actionis Seruianæ, quæ primùm à Prætore Seruio propoſita eſt de rebus coloni in prædium ruſticum inuectis, & pro penſione domino prædij nuda conuentione obligatis *d. §. item Seruiana,* interdum etiam pignoratitiam, vt in *l. rem alienam 41. hoc titul. l. ſi à Titio 22. infr. de pignor.* & alibi ſæpe. Et ſi pignoratitiam actionem ſimpliciter cùm noſtri dicunt, eam intelligunt, de qua in hoc tit. id eſt, quæ debitori competit ſoluto debito contra creditorem, vt pignus quod acceperat, pro debito reſtituat, non illam quæ datur creditori, ſiue contra debitorem, ſiue contra quemlibet alium pignoris poſſeſſorem ad pignus vindicandum. Hæc enim, de qua in *tit. de pignor.* in rem eſt, non in perſonam, & aduerſus quemcunque poſſeſſorem datur *l. pignoris 17. infr. ill. tit. l. pignoris 15. Cod. eod.* ideóque vindicatio pignoris appellatur *l. ſi fundus 16. §. in vindicatione. infr. ill. tit.* At illa, de qua in hoc tit. merè perſonalis eſt, nec arbitraria, qualis eſt hypothecaria *§ præterea. Inſtit. de action.* ſed bonæ fidei *§. actionum eod tit.* datúrque non contra poſſeſſorem, ſed contra debitorem ſolum, etiamſi rem pignoratam non poſſideat, heredémve ipſius. Hypothecaria directa actio eſt, nec vllam habet contrariam: pignoratitia verò, de qua nunc agimus, duplex eſt, vna directa, quæ debitori aduerſus creditorem competit de pignore dato reſtituendo poſtquàm ſolutum eſt, aut alıter ſatisfactum creditori *dict. l. ſi rem alienam 9. § omnis pecunia. infr.* Altera contraria, quæ viciſſim datur creditori contra debitorem ad ſumptus repetendos, quos in rem pignoratam fecit, aut ſi quid aliud ex ea cauſa impenderit *l. tutor 16. §. contrariam. infr.* Ex quo apparet, quod ſcripſit Iuſtinianus in *l. 2. §. ſequentem 5. C. de veter. iur. enucl.* actionem hypothecariam non longè admodum ab actione pignoratitia diſtare, non alium ſenſum habere poſſe, quàm quòd vna alteri quodammodo conſequens eſſe videatur: conuentio enim pignoris, ſicut inducit hypothecariam fauore

creditoris, vt pignus perſequi & vindicare poſſit, ita & ſoluto quandocunque debito inducit pignoratitiam fauore debitoris, vt pignus à ſe datum recuperare poſſit. Ob idque Papinianus in *l.pen.infr.* hanc actionem vocat iudicium, quod de pignore dato proponitur, ſcilicet reddendo, non vindicando. Cæterùm pignoratitia de qua in hoc tit. non competit, niſi de pignore tradito, & cuius poſſeſſio in creditorem tranſlata ſit: nec enim poſſet creditor reſtituere pignoris poſſeſſionem, quam nunquam habuiſſet. Hypothecaria verò contrà non competit niſi de pignore non tradito, ſed nuda conuentione obligato, vt pignoris poſſeſſionem quam nondum habuit, nanciſci poſſit *dict.l.ſi fundus 16.§.in vindicatione de pignor.* Nam ſi pignus propriè contractum ſit, hoc eſt, ita vt rei obligatæ poſſeſſio tranſlata fuerit in creditorem, nulla prorſus actio creditori competere poteſt, id eſt, neque pignoratitia neque hypothecaria, quia pro rebus corporalibus nulla poſſeſſori actio prodita eſt *§.1.Inſtit.de act.* quoniam nec actione indiget is qui poſſidet, cùm ſibi conſulere poſſit per retentionem *l.1.in princip. infr. de pignor.* Sed debitori omni caſu neceſſaria eſt actio, vt rem à ſe datam pignori & pro debito obligatam poſſit ſoluto debito recipere: cùm non fuerit ei permittendum, vt rem pignoratam propria authoritate recuperet, nec ſi vinculo & nexu pignoris liberata ſit, quemadmodum nec creditori hypothecatio permittitur ſua authoritate vel debitum exigere, vel pignus vindicare, niſi de eo expreſſa conuentio facta ſit *l.extat 13.ſupr.quod met.cauſ.l.3.C. de pignor.l.miles 6.§.qui iudicati.infr.de re iudic.* Scio debitorem qui rem ſuam pignori datam, ſoluendo aut aliter ſatisfaciendo liberauit, poſſe, ſi malit eam quaſi ſuam, & iure dominij vindicare, nec proinde perſonali actione iſta indigere, vt rem ſuam recipiat. Sed dico incommodam plerunque eſſe directam rei vindicationem, quia exactam & concludentem dominij probationem exigit, quæ vt plurimùm difficillima eſt *§.commodum. Inſtit. de interd.* cùm tamen pignoratitia nihil niſi conuentionis & ſolutionis aut ſatisfactionis probationem requirat, adeóque interdum ſola oblatione contenta eſt, quæ modò in iudicio facta ſit etiam poſt inſtitutam actionem *d.l.ſi rem 9.§.vlt.infr.* Præter id quod actio pignoratitia bonæ fidei eſt, habétque pleniſſimas præſtationes, vindicatio autem omnis, id eſt, ſiue dominij ſiue pignoris arbitraria eſt *l.& ex diuerſa 35.§.1.l.qui reſtituere 68.ſupr. de rei vindic.* & idcirco non tam facilè nec niſi per ambages expediri poteſt. Facti enim cognitionem & de rei dominio priùs pronunciari oportet, deinde arbitrium ferri de re reſtituenda, vt ad ſententiam & condemnationem perueniatur. Sed & interdum euenit, vt quis rem alienam pignori dederit: quo caſu licèt pignoris obligatio ipſo iure non teneat, niſi aut ex domini voluntate facta ſit *l.aliena 10.hoc tit.& tot.tit. C.ſi alien. res pignor.dat.ſit.* aut pignus pignori datum proponatur *tit.C.ſi pignus pignor.dat.ſit.* non eò minùs tamen tenetur creditor, cui ſolutum debitum, alitérve eo nomine ſatisfactum eſt, vt rem pignoratam cuiuſcunque ſit debitori reſtituat, qui tamen eam tanquam alienam vindicare, etiamſi maximè vellet, non poſſet. Eſt igitur non ſolùm commodior, ſed etiam latiùs patens actio pigneratitia, quæ ex contractu naſcitur, quàm vindicatio dominij, quæ non niſi dominium ex parte actoris pro cauſa habet, & ex parte eius qui conuenitur, præſentem poſſeſſionem *l.non aliàs 24.§.ſed ſi poſtulatur.ſupr.de iudic.l.vnic. C.de alienat.iudic.mut.cauſ.fact.* Hæc ad pignus conuentionale pertinent, de quo & totus hic titulus eſt. Nam de prætorio, de quo Accurſius & Bartolus hîc latiùs tractant, accommodatior erit dicendi locus ad *l.non eſt mirum 26.§.1.infr.*

1 ¶ Si igitur contractum ſit pignus nuda conuentione: videamus, ſi quis aurum oſtenderit, quaſi pignori daturus, & æs dederit, an obligauit aurum pignori. & conſequens eſt, vt aurum obligetur, non autem æs: quia in hoc non conſenſerunt.

*Ad §.1. Si igitur.*

RATIO DVBIT. Ad obligationem pignoris conſtituendam, ſiue propriè pignus accipias, ſiue impropriè pro hypotheca præſenti conſenſu opus eſt, non qui ad futurum tempus referatur *l.qui autem 14.§.1. ſupr. de conſtit. pecun. l.in omnibus negotiis 57. infr. de oblig.& action.* Atqui cùm quis aurum oſtendit, quaſi daturus pignori, & nihilo minus æs dedit, non videtur debitor conſenſiſſe in auro dando, ſicut nec creditor in accipiendo ære, quin potius fatendum eſt, debitorem animum habuiſſe decipiendi creditoris, propter quam cauſam etiam de ſtellionatu teneri eum ſcribit Vlpianus in fine huius legis: nec præterea conſenſus eſt, cùm quis oſtendit aurum quaſi pignori daturus, niſi det in tempore præſenti: aliud enim eſt dare rem pignori, aliud verò pignori dare velle: ſicuti diximus ad *l.vlt.ſupr.de condict. cauſ. dat.* aliud eſſe vendere, aliud verò paciſci de vendendo, denique aliud eſt paciſci, aliud decipi *l.qui cum tutoribus 9.§.1.ſupr.de tranſact.* Ergo quamuis hodie poſt inductam à Prętore hypothecariam ex nudo pacto pignoris naſcatur iure honorario & obligatio & actio, non tamen conſequens eſt, vt aurum pignori obligatum ſit, non ſolùm quia traditum non eſt, (ea namque ratio concludit tantùm pignus propriè non eſſe ſecundùm ea, quæ proximè ſcripſimus) ſed etiam quia nõ habuit debitor animum auri obligandi, qui pro auro æs ſubiecit & tradidit, ſicut neque æs obligatum eſt, quia in accipiendo eo creditor non conſenſit.

DEC. Neque pignus neque hypotheca ſpecialiter contrahi poteſt, niſi certi corporis: genus enim nunquam obligatur, ne tum quidem cùm generaliter bona debitoris omnia pignori ſunt obligata: reſoluitur namq; generalitas in ſuas ſingularitates *l.falſa 33.§.vlt.infr.de condic. & demonſtr.* quia pignoris obligatio rem ipſam afficit quæ obligata eſt, & tribuit creditori ius non ſolùm ad rem, ſed in re *l.1.l.pignoris 17.& paſſ.infr. de pignor.l.ſi creditor 7.§.vlt.infr. de diſtract.pignor.* affici autem genus non poteſt, vt neque tradi neque tangi cùm ſit incorporale *l.1.§.vlt. ſupr.de rer.diuiſ.* & apud Iuſtinianum *tit.de reb.corpor & incorp.* Sufficit ergo vt ſit conſenſum in corpore, de quo obligando actum eſt, quemadmodum & in ſtipulatione dici ſolet *l.ſi id quod 22.infr. de verb oblig.* Alioqui deciperetur creditor qui nõ fuerat ſine pignore crediturus, ſi neque aurum oſtenſum, neq; æs

quod

quod traditum fuit, obligatum eſſe diceremus. Etſi enim traditione pignus propriè conſtituitur, non tamen ita accipi debet, vt incipiat pignus à traditione: inutilis ſiquidem traditio eſt, niſi præceſſerit conſenſus de re obliganda: quo conſenſu præcedente inutilis quoque traditio eſt ad pignoris obligationem conſtituendam, quæ iam ſatis nudo conſenſu conſtituta eſt. Venditionis alia ratio eſſe creditur ex *l. quid tamen 14. infr. de contr. empt.* Valet enim venditio etiam generis, quia non ſicut per pignus, ita & per venditionem res afficitur, ſed perſona tantùm obligatur *l. rem alienam 28. eod. tit.* Quod tamen an verum ſit, quoniam obſtare videtur, quod ſcriptum eſt in *l. cùm ab eo 41. §. vlt. eod. tit.* dicendum erit latiùs ad *d. l. quid tamen.* Illud non improbo, quod ex hoc loco noſtri notant, quoties ob vtilitatem alterutrius contrahentium, ſiue ex cauſa doli, ſiue ex alia, contractus nullus aut inutilis eſt, habendum tamen eſſe pro valido, ſi is velit, qui deceptus eſt, ne quod eius fauore cõſtitutum eſt, in ipſius odium retorqueatur. Hoc enim fauor decepti poſtulat, & odium decipientis, vt hîc Bartolus notat ex *l. & eleganter 7. in princip. ſupr. de dolo. l. ſub prætextu 19. Cod. de tranſact. l. creditoribus 5. C. de ſeruo pignor. dat. manum. l. non eò minùs 14. C. de procurat. l. penult. C. ad SC. Trebell.* quamuis extra hunc caſum non debeat eſſe in poteſtate vnius contrahentium, vt contractus valeat, aut plus minúſve comprehendat *l. ſi vina emerim 6. infr. de peric. & commod. rei vendit.*

a *Si quis tamen cùm æs pignori daret.* RAT. DVB. & DECID. eadem eſt quæ ad ſententiã præcedentem, niſi quòd cùm debitor adfirmauit æs, quod dabat pignori, aurum eſſe, tantò magis apparet nõ in hoc conſenſiſſe contrahentes, vt æs daretur pignori, ſed vt aurum, ideóque tanquam deficiente conſenſu pignus non tenere videbatur, licèt ſecuta traditione, quia nec aurum, ſed æs traditum fuit. Sed magis eſſe Vlpianus ait, vt pignoris obligatio teneat, quia verum eſt conſenſum eſſe in corpore, non in qualitate & ſubſtantia materiæ. Quid enim aliud exigimus ad obligationem pignoris in eo corpore quod oſtenditur conſtituendam, quàm vt conſenſum ſit in corpore? Nec quod dolus debitoris hoc caſu euidentior ſit, ad rem facit. Tantò magis enim dicendum eſt, contractum tenere fauore decepti creditoris, ſi id malit, iuxta ea quæ proximè ſcripſimus.

b *Tenebitur tamen pigneratitia contraria actione, qui dedit.* RAT. DVB. Pignoratitia actio contraria non poteſt latiùs patere quàm directa: dicitur enim contraria ex comparatione directæ. Atqui non poteſt directa actio pignoratitia competere ſoluto debito, niſi ad reſtitutionem eius corporis, quod pignori datum eſt æneum, licèt conuenerit, vt daretur tanquam aureum. Pignoratitia enim cùm nomen ſumat à pignore, non poteſt latiùs patêre quàm pignus ipſum: & abſurdum eſſet debitorem dato ære in pignus, repoſcere aurum quod non dediſſet. Ergo neque contraria actione pignoratitia teneri poteſt debitor, qui dedit æs pro auro, vt præſtet quanti creditoris intereſt aurum pignori datum fuiſſe. Et quamuis debitor in dolo fuerit qui falsò adfirmauit aurum eſſe, quod dedit pignori, cùm æs eſſet, videtur tamẽ ea res inducere debere actionem ſubſidiariam de dolo potiùs, quàm actionem contrariam pignoratitiam, ne dolus maneat impunitus.

DEC. Actiones contrariæ ſicuti inductæ ſunt ex æquitate & bona fide, ita tã latè patent, quàm æquitas ipſa quæ illas inducit: nullis enim aliis finibus aut dilatantur aut coercentur quàm æquitatis, quæ circa ipſum negotium verſatur, ex quo proficiſcuntur. Itaque licèt directa actio non competat, contraria tamen non eò minùs danda eſt, ſi eius dandæ aliqua ſubſit æquitas, quæ ſemper ſubeſt, quoties indemnitati eius qui contrariam actionem exercere vult, conſulendum eſt *l. ei apud quem. inſr. depoſit. l. in commodato 17. §. 1. & l. ſeq. §. vlt. ſupr. tit. prox.* Atqui cùm debitor pro auro dedit æs pignori, quod affirmauit aurum eſſe, non poteſt conſultum eſſe indemnitati creditoris, niſi præſtetur ei quanti ipſius intereſt, aurum pignori datum fuiſſe, quò magis ei cautum ſit, non enim datur pignus, vt neque fideiuſſor, niſi vt debitum magis ſit in tuto *l. ſi mandatu 59. §. vlt. inſr. mandat. l. 4. §. addici. infr. de fideic. libert.* Ergo nihil cauſæ eſt, cur non hoc nomine danda ſit creditori actio contraria, per quam fiat, vt plenisſimam indemnitatem conſequatur. Nam quod debitor in ea re dolum admiſerit, non inducit neceſſitatem proponendæ actionis de dolo, cùm ſufficere poſſit contraria pignoratitia, quæ ſicut bonæ fidei eſt, ita de dolo actionem non minùs quàm exceptionem vi ipſa in ſe continet *l. ſi quis affirmauit 9. ſupr. de dolo.* Nunquam enim Prætor dat actionem de dolo, quę quoniam damnato infamiam irrogat, ſemper odioſa eſt, niſi alio quolibet auxilio, ſiue ordinario, ſiue extraordinario deficiente *l. 1. §. 1. & §. idem Pomponius & paſſ. eod. tit.*

c *Præter ſtellionatum quem fecit.* RAT. DVB. Quod in cauſis ciuilibus eſt actio de dolo, hoc in criminalibus eſt ſtellionatus perſecutio *l. 3. §. 1. infr. de crimin. ſtellion.* Atqui in propoſita ſpecie, licèt dolus commiſſus ſit, actio tamen de dolo non habet locum, quia contraria actio pignoratitia poteſt ſufficere, vt proximè diximus. Ergo neque perſecutio ſtellionatus hoc caſu locum habere poteſt.

DEC. Actio quælibet competens ſiue ordinaria ſiue extraordinaria excludit actionem de dolo, quę non niſi ſubſidiaria eſt: ſed non excludit accuſationem & perſecutionem ſtellionatus, quæ etſi nec ciuilis & priuata nec publica eſt, cùm ſtellionatus iudicium publicum non ſit, tamen extraordinariam habet coercitionem *l. 1. l. 2. & d. l. 3. §. 1. de crimin. ſtellion.* quamuis cum *dict. l. 2.* pugnare videatur, quod ſcriptum eſt in *l. quid ergo 13. §. vltim. ſupr. de his qui notant. infam.* vbi ſcripſimus. Publicè autem intereſt extra ordinem puniri eos, qui contra legum ordinem & præſcriptum deliquerunt *l. ita vulneratus 51. §. vlt. ſupr. ad leg. Aquil. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. 1. de ſolut.* Ergo quod actio pignoratitia contraria competat creditori, non debet ei adimere accuſationem & perſecutionem ſtellionatus, quæ in eo fauorabilior eſt, quàm actio de dolo. Quamuis non negem fauorabilius eſſe creditori, vt habeat contra debitorem contrariam actionem, quàm vt ſtellionatus perſecutionem: quia de ſtellionatu agi non poteſt, niſi probato dolo, ſine quo nec delictum vllum eſſe poteſt, dolum autem ſemper excludit ignorantia, & conſequenter ſtellionatum, at non æquè contrariam actionem pignoratitiam, quæ nihil aliud exigit, niſi vt ex æquitate indemnitas creditori præſtanda ſit, nec tam ad puniendum debitoris dolum datur, quàm ad indemnem ſeruandum creditorem *l. tutor 16. §. 1. infr. hoc titul. dict. leg. ei apud quem 5. infr. depoſit.* Iunge *l. ſi quis in pignore 36. infr. hoc titul.*

3. Idem libro 18. ad Sabinum.

SI quaſi recepturus à debitore tuo comminus pecuniam, reddidiſti ei pignus, iſque per feneſtram id miſit, excepturo eo, quem de induſtria ad id poſuerat: Labeo ait, furti te agere cum debitore poſſe, & ad exhibendum. & ſi agente te contraria pigneratitia, excipiat debitor de pignore ſibi reddito: replicabitur de dolo & fraude, per quam nec redditum, ſed per fallaciam ablatum id intelligitur.

*Ad l. Si quaſi 3.*

Ratio dvbit. Soluto debito ſicut liberatur pignus, ita & naſcitur actio pignoratitia *leg. ſi rem 9. §. omnis pecunia infr. hoc tit. l. item liberatur 6. infr. quibus modis pign. vel hypoth. ſoluit.* Atqui nihil intereſt, an ſoluta ſit pecunia debita, an verò fides habita ſit de ſolutione *l. quod vendidi 19. l. vt res 53. infr. de action. empt. l. 5. §. ſed ſi dedi. l. penult. infr. de tribut. action.* Potiò ſatis habet fidem de ſoluto debito creditor, qui quaſi comminus & ſtatim accepturus pecuniam debitam, reddit pignus creditori: nam & pro facto haberi ſolet, quod in eo eſt, vt proximè fiat *l. penult. infr. de teſtam. milit.* Ergo licèt poſtea contigerit, vt pecunia nulla creditori ſoluta ſit, non eò minùs tamen liberatum pignus intelligi debet: & conſequenter non eſt danda creditori actio furti aut ad exhibendum contra debitorem, licèt ipſe creditor vt pignus redderet, illud per feneſtrā miſerit, excepturo eo quem debitor de induſtria ad id poſuerat. Sed imputare ſibi potius debet creditor, qui pecuniam ſibi debitā habuerit pro ſoluta, priuſquàm ſolueretur. Multò minùs dicendum eſt agente debitore pignoratitia actione dandam creditori replicationem de dolo, cùm nihil poſſit videri dolo malo factum à debitore, qui non modò ex creditoris voluntate, ſed etiam per ipſas creditoris manus pignus receperit.

Dec. Dolus & mala fides abeſſe debet ab omni contractu *l. bonam fidem 4. C. de obligat. & act.* ſed maximè à contractu bonæ fidei, cui nihil iam contrarium eſt, quàm dolus *l. ſi dolo 5. C. de reſcind. vendit. l. 3. in fin. infr. pro ſocio.* Atqui contractus pignoris bonæ fidei eſt *§. actionum Inſtit. de action. l. quæ fortuitis 6. C. de pignor. action.* Ergo bonam fidem in eo adeſſe oportet, ſiue de contrahendo ſiue de diſſoluendo pignore tractetur, & ſiue de tradendo eo, ſiue de reddendo. Atqui non poteſt videri debitor bona fide verſatus in diſſoluendo pignore, & recipienda re obligata, cùm receperit quaſi pecuniam ſtatim ſoluturus, quam tamen neque tum incontinenti, neque poſtea ex interuallo ſoluerit. Non enim pignus creditor reddidiſſet, niſi ſe pecuniam ſtatim accepturum ſperaſſet. Proinde non tam redditum hoc caſu pignus aut remiſſum, quàm per fraudem & fallaciam ablatum intelligitur, vt Pomponius hîc ſcribit. Cùmque non ex voluntate libera creditoris, ſed ex proprio ſuo dolo pignus debitor receperit, conſequens eſt, vt ex ea cauſa furti quoque actione teneatur, itémque ad exhibendum, quæ actio furti actionem ſemper concomitatur quandiu idem fur & rei furtiuæ poſſeſſor eſt *l. ſi pro fure 7. §. 1. ſup. de condict. furt.* Nec enim nouum eſt, vt quis etiam rei ſuæ furtum faciat, ſi modò eam abſtulerit, & contrectet inuito eo, qui iuſtam eius retinēdæ cauſam habuiſſet *l. ſi is qui rem 59. l. ſi is qui rem pignori 66. in princip. infr. de furt. §. vnde conſtat. Inſtit. de oblig. quæ ex delict. naſcunt.* Ergo non poteſt hoc caſu recuſare creditor, quin & furti & ad exhibendum actione teneatur, multò magis ſi agat pignoratitia, vt pignus quaſi iam redditum perſequatur, quod fortè ad creditorem redierit, doli replicationem pati debet, quia dolo facit qui & pignus habere vult, nondum ſoluto debito *d. l. ſi rem 9. §. vlt. infr.* & debitum haberi pro ſoluto, quod ipſe nunquam ſoluerit. Non tam enim videtur fidem creditor habuiſſe de ſolutione pecuniæ, quàm ſolutionem ſperaſſe promiſſam ſibi à debitore, quod ſanè ad pignoratitiam inducendam ſufficere non poteſt, nam nec remiſſum debitum intelligitur ex ſola pignoris redditione, adeóque nec pactum de non petendo inducitur ex pignoris cautione, quomodo ex cautionis & chirographi reſtitutione induceretur *l. 2. & 3. ſupr. de pact.* Vt non malè Bartolus hîc, & hinc notet, eum fidem de precio ſoluto non habere, qui putat ſtatim ſibi ſolui, ſed eum ſolum, qui ſpe futuræ aliquando ſolutionis habet pecuniam pro ſoluta, accepto in eam rem fideiuſſore aut expromiſſore, aut facta etiam vt fieri ſolet debiti nouatione *d. l. quod vendidi, & d. l. vt res de contr. empt.* Iunge *l. ſi quaſi accepturi 7. C. de non numer. pecun.*

4. Vlpianvs libro 41. ad Sabinum.

SI conuênit de diſtrahendo pignore, ſiue ab initio, ſiue poſtea: non tantùm venditio valet, verùm incipit emptor dominium rei habere: ſed etſi non conuenerit de diſtrahendo pignore: hoc tamen iure vtimur, vt liceat diſtrahere: ſi modò non conuenit, ne liceat: vbi verò conuenit, ne diſtraheretur[a]: creditor, ſi diſtraxerit, furti obligatur: niſi ei ter fuerit denuntiatum[b], vt ſoluat, & ceſſauerit.

*Ad l. Si conuênit 4.*

Ratio dvbit. Nemo plus iuris in alium transferre poteſt, quàm ipſe habeat *l. nemo plus iuris 71. de regul. iur.* neque traditio quælibet transfert dominium, ſed ea tantùm quæ fit à domino, & quidem ex præcedente titulo habili ad transferendum dominium *l. traditio 20. l. nunquam nuda 31. inf. de acquir*

*rer. domin. l. clauibus 74. de contrah. empt.* Atqui creditor pignoratitius non eſt dominus pignoria, cùm neq; pignus rei propriȩ conſiſtere poſſit *l. neque pignus 45. de regul. iur.* nec rurſum titulus pignoris eſt habilis ad transferendum dominium, quia non id agit creditor, qui pignus accipit, vt eius dominium ſibi acquirat, ſed tantùm vt pro pecunia ſibi debita cautum habeat, & debitum ſit in tuto *l. ſi mandatu 59. §. vlt. infr. mandat. l. 4. §. addici 8. de fideic. libert.* Ergo ſi pignoratitius creditor pignus diſtrahat, ſiue ex conuentione cum debitore facta, ſiue citra conuentionem, non poteſt emptor incipere dominium habere eius rei, quam à non domino comparauit. Non enim pactis & conuentionibus, ſed traditionibus tantùm, & quidem à vero domino factis rerum dominia transferuntur *l. traditionibus 20. C. de pact.*

Decid. Quemadmodum aliquando accidit, vt is qui dominus eſt, tradendo tamen dominium non trãsferat, vt cernere eſt in marito fundum dotalem diſtrahente contra legem Iuliam, & in prodigo vel minore aduerſus legis aut Prætoris prohibitionem diſtrahente *Inſtit. quib. alien. licet vel non. l. ſi ab eo 12. inf. de vſucap.* ita è contrario interdum euenit, vt qui nõ eſt dominus, rei tamen alienæ dominium transferat in accipientem, ſi modò titulus habilis præcedat ex quo transferri dominium poſſit, puta venditionis. Id verò euenit maximè in ſpecie huius legis, id eſt, creditore pignus diſtrahente *l. non eſt nouum 46. de acquir. rer. domin.* non ſolùm ſi ex voluntate debitoris eiuſdémque domini id faciat, quod contingit, ſi conuentio præceſſerit de diſtrahendo pignore, quo caſu perinde habenda traditio eſt, ac ſi è domino ipſo facta eſſet (nihil enim refert, an quis per ſe contrahat, & tradat, an per alium *l. quia perinde 42. ad SC. Trebell. l. 5. §. 1. de admin. tutor. l. qua ratione 9. §. nihil autem intereſt. l. ſi procurator 35. de acquir. rer. domin.*) ſed etiam ſi nulla conuentio præceſſerit, quia in omni pignoris datione id ſemper agitur, vt creditor pignus poſſit vendere, quoniam alioqui pignus eſſet inutile, quod vendi non poſſet *l. mulier 11. & tot. tit. C. de diſtract. pignor.* Cur enim datur pignus, niſi vt ex eius venditione poſſit creditor ſibi ſatisfacere, & pecuniam ſibi debitam explicare? *l. à Diuo Pio 15. §. ſi pignora & paſſ. de re iudic.* Mirum igitur non eſt ex pignoria venditione per creditorem quoquomodo facta, id eſt, ſiue ex conuentione, ſiue citra conuentionem transferri dominium in emptorem, quaſi facta omni caſu & venditione, & traditione ex domini voluntate ſaltem tacita *§. 1. Inſtit. quib. alien. licet vel non, & d. l. non eſt nouum.* Sed hoc tamen ita accipiendum eſt, ſi creditor bona fide pignus diſtrahat. Intelligitur autem ita demùm diſtrahere bona fide, ſi & priùs denunciauerit debitori vt ſolueret *l. vlt. §. 1. C. de bon. author. iudic. poſſid.* & eo non ſoluente pignoris venditionem proſcripſerit, & publicè fecerit *l. ſi eo tempore 6. l. ſi hypothecas 8. C. de remiſſ. pignor. l. 1. 2. 3. & 4. C. ſi vendit. pignor. agat.* Sunt enim hæ ſolemnitates non tantùm iuris noui, vt malè putat Accurſius, ſed etiam veteris *l. creditor 4. l. qua ſpecialiter 9. C. de diſtract. pignor.* nimirum cùm creditor ex neceſſitate iuris diſtrahit, non ex pacto & conuentione, vt dicemus ad *l. eleganter 24. §. penult. infr. hoc tit.* Facta verò pignoris venditione bona fide, vſque adeò transfertur dominium in emptorem, vt de proprietate vinci non poſſit *l. quæ à creditore 18. C. de diſtract. pignor.* ſi modò traditio ſecuta ſit, aut quod effectu idem eſt, ſi emptor inductus ſit in vacuam rei obligatæ poſſeſſionem *l. qui pratium 13. eod. tit.* Adeóque plus iuris habet, qui à creditore non domino emit, quàm qui à debitore eodémque domino, quod ei offerre debitum poſterior creditor nõ poteſt, quomodo poſſet ei offerre qui à debitore ipſo comparaſſet *l. 1. & 2. C. ſi antiq. credit. pignor. vendid.* vnde eſt quòd creditor de euictione non tenetur, niſi hactenus, vt ſe præſtet creditorem potiorem & bona fide venditorem *l. 1. & 2. C. credit. euict. pignor. non deber.* ſiue aliena res pignori data proponatur, quam dominus euincat poſtea, ſiue quæ alij creditori anteriori pignoris iure fuerit priùs obligata: duæ enim ſunt hæ cauſæ, ex quibus euictio ſequi ſolet *l. ſi quis mancipium 34. §. vltim. & l. ſeq. infr. de euict.* Cùm autem dicimus eum qui à creditore emit, non poſſe vinci de proprietate, de eo creditore intelligimus, qui rẽ debitoris pignori acceperit, non de eo qui alienam, quia nec pignus rei alienæ tenet *l. 2. ſup.* Prius autem eſt, vt iure teneat, quàm vt iure vendi poſſit: de ea ſiquidem venditione tractamus, quæ facta ſit à creditore iure creditoris. Ergo quæ facta ſit iure: ad differentiam ſcilicet illius quæ fit officio & imperio iudicis, licet vrgente ipſo creditore, cuiuſmodi ſunt ferè omnes venditiones quæ hodie fiunt: non tam enim è creditore, quàm à debitore ipſo fieri intelliguntur, quia factum iudicis eſt factum partis *l. 1. & 2. C. ſi in cauſ. iudic. pign. capt. ſit. d. l. 1. Cod. ſi antiq. credit. pign. vendid.* Indéque fit quod hoc caſu debitor, cuius res vendita eſt, & cui ſolutio proficit, de euictione tenetur, non creditor, qui rem vendi poſtulauit *l. ſi ob cauſam 13. Cod. de euict.* Huiúſque rei argumentum fortiſſimum eſt, quod hodie cùm pignus authoritate iudiciali, & poſtulante creditore diſtrahitur, non ſolùm poteſt creditor illud emere, ſed etiam officio iudicis cogitur, vt emat vice extranei emptoris *d. l. 2. C. ſi in cauſ. iudic. pign. capt. ſit.* quod facere non poſſet, ſi venderet ipſe iure creditoris. Nec enim poteſt idem eſſe emptor & venditor, cùm neceſſario debeant eſſe diſtinctæ perſonæ venditoris & emptoris *l. 1. infr. de rer. permut.* adeò vt ſi creditor qui pignus vendit iure creditoris, emat illud per ſuppoſitam alterius perſonam, nihil agat, eáque venditio nullius ſit momenti *l. & qui ſub imagine 10. Cod. de diſtract. pignor.* Ex quo apparet, quàm grauiter decipiantur noſtri pragmatici, qui leges omnes & Rubricas Pandectarum, & Codicis de diſtractione pignorum loquentes, ad eas venditiones accommodant, quæ hodie ſub haſta fiunt poſtulantibus creditoribus authoritate iudicis, cuius de ea re notio eſt, quæ tamen non ad alium titulum pertinent, quàm ad ſupradictum, *ſi in cauſ. iudic. pign. capt. ſit, & ad dict. l. à diuo Pio 15. de re iudic.* Omnia enim pignora venduntur hodie tanquam iudicialia, quoniam hodie pignora omnia etiam conuentionalia iudicis authoritate capiuntur, vt diſtrahantur, nec priuata pignoris venditio & extraiudicialis ferè vlla ſit, ſed omnes fiunt publicè, & authoritate iudicis interueniente. Ideò fortaſſis, vt arbitror, quòd plerique creditorum inhient acquirendis & emendis debitorum bonis, quæ tamen ſibi acquirere & emere non poſſent, ſi ipſi venderent, nec ſi alterius emptoris perſonam ſupponerent *d. l. & qui ſub imagine.* Separanda igitur eſt pignoris venditio conuentionalis à iudiciali, etiam cùm pignus conuentionale eſt (nihil enim vetat pignus eſſe conuentionale, & tamen diſtrahi iudicialiter) conuentionalis ſemper priuata eſt, iudicialis ſemper publica. Et huius diſtinctionis ignoratio mirum eſt, quàm multos in praxi errores circa pignorum materiam inuexerit.

xerit, quos obſeruauimus & refutauimus fuſiùs in *Chiliade de error. pragmat.*

a *Vbi verò conuenit ne diſtraheretur.* Rat. dub. Seruanda ſunt pacta omnia, quæ nec contra leges ſunt, nec contra bonos mores, neque contra Senatuſconſulta *leg. iuris gentium 7. §. ait prætor ſuprà de pact. leg. pacta quæ contra 6. Cod. eodem* etiamſi ſint præter leges: aliud enim eſt fieri quid contra leges, aliud præter leges *leg. nec non 28. §. quæ ad eius ſupr. ex quibus cauſ. maior. leg. cum ſponſus 12. §. ſi res ſupr. de public. in rem action.* Et quamuis ſecundùm leges ſit conuentio de diſtrahendo pignore, non tamen contra leges eſt conuentio de non diſtrahendo. Ergo ſi conuenerit, vt pignus omninò non diſtrahatur, ſeruanda conuentio eſt, nec permittendum, vt etiam trina denunciatione præmiſſa poſſit creditor pignus vendere aduerſus conuentionem: nam & ſpecialiter conſtitutum eſt, vt valeant pactiones omnes, quæ fiunt circa venditionem pignoris in *leg. vlt. in. §. 1. Cod. de iur. domin. impet.* Quidni verò cùm liceat cuilibet iuri ſuo renuntiare *leg. penult. Cod. de pact.* nec iura ſua remittentibus dandus ſit vllus ad ea regreſſus? *leg. quæritur 13. §. ſi venditor infr. de euict.* Et verò negari non poteſt, quin plus iuris habeat debitor in pignore, cuius eſt verè dominus, quàm creditor pignoratitius, qui non habet niſi ius in re. Plus enim longè eſt habere ius dominij, quàm vinculum pignoris, quod cum iure dominij nulla ſocietate coniungitur *leg. iuſto errore 44. §. non mutat. infr. de vſucap. leg. 1. §. cùm prædium infr. de pignor.* Atqui valet conuentio, ne liceat debitori pignus vendere, ita vt ſi contra pactionem venditum ſit pignus à debitore, nulla ſit venditio, vt pactioni ſtetur *leg. ſi creditor 7. §. vltim. infr. de diſtract. pignor.* quamuis regula iuris ſit, neminem poſſe eam ſibi legem dicere, ne alienare rem ſuam poſſit *leg. penult. ſupr. de pact.* cùm nihil ſit tam naturale, quàm voluntatem domini rem ſuam in alium transferre volentis, ratam haberi *leg. quæ ratione 9. §. hæ quoque res infr. de acquirend. rer. domin. vulg. leg. in re mandata 21. Cod. mandat.* cùm tamen creditori nil noceat alienatio contra pactionem facta à debitore, quippe quæ facta intelligitur cum ſua cauſa & ſaluo iure pignoris *leg. qui prædium 13. Cod. de diſtract. pignor. leg. debitorem 15. Cod. de pignor. leg. vnic. Cod. rem alien. gerent. non interd. rerum ſuarum adminiſtr. leg. alienatio 67. de contr. empt.* Quanto magis ergo dicendum eſt, valere conuentionem, ne omninò liceat creditori pignus diſtrahere, nec ſi ter debitori denuntiet, vt ſoluat, ſibi námque imputet creditor, qui talem adhibuit conuentionem, vt ius ſuum læderet. Proinde dicendum eſt, hoc quoque caſu creditorem, qui contra fidem contractus pignus diſtraxit, non modò furti crimine & actione teneri: ſi pignus datum ſit rei mobilis, & traditio facta ſit, aut ſpecialis obligandæ rei pactio præceſſerit *leg. ſi is qui rem pignori 66. in princ. inf. de furt.* tanquam qui inuito debitore eodémque domino id fecerit, ſed etiam diſtrahendo nihil prorſus egiſſe, nullámque venditionem eſſe, vt pactioni ſtetur *argum. dict. leg. ſi creditor 7. §. vltim. infr de diſtract. pignor.* Dec. Non eſt pignus quod vtilitatem pignoris adferre creditori nullam poteſt. Tota verò pignoris vtilitas in eo conſiſtit, vt cautum ſit creditori pecuniæ debitæ nomine ad eam conſequendam inuito etiam debitore, ſi ceſſet ille in ſolutione *leg. ſi mandatu 59. §. vltim. infr. mandat. leg. 4. §. addit 8. infr. de fideicommiſſ. libert.* Atqui non poteſt ex corpore obligato eligi pecunia *leg. cogi 16. §. inde quæritur infr. ad Senatuſconſultum Trebellian.* quoniam pecunia non ex re, ſed ex negotiatione percipitur *leg. venditor 21. infr. de hered. vel action. vendit.* Ergo implicat contradictionem, vt pignoris datio valeat, & vt conuentio quoque valeat, ne vllomodo pignus diſtrahatur, éſtque conuentio hæc directò contra naturam contractus, vt & illa, de qua in *leg. cùm precario 12. infrà de precar. leg. vbi ita donatur 27. de mort. cauſ. donat.* Neque tamen idcirco eſt omnino inutilis conuentio, per quam ſcilicet fit, vt ad pignus ritè rectéque diſtrahendum tribus denuntiationibus opus ſit, quarum vna alioquin ſufficeret, æquiſſimo ſanè temperamento, vt neque conuentio de non vendendo pignore omnino reiiciatur, neque ei præcisè ac omnimodò ſtetur. Trina igitur denuntiatione præmiſſa ſi creditor pignus diſtrahat, non ſolùm furti non obligatur, ſed etiam valet venditio: ita enim locus hic accipi debet, vt per trinam denuntiationem non modò furti actio excludatur, ſed etiam venditio pignoris confirmetur. Longéque alia ratio eſt debitoris pignus inuito creditore diſtrahentis. Non enim lædit ea venditio ius creditoris, quod vtique ex conuentione de non vendendo pignore prorſus læderetur. Nec quod iuri ſuo renuntiare quilibet poſſit *dict. leg. penult. Cod. de pact. leg. ſi iudex circumuento 41. ſupr. de minor.* ad rem facit. Id enim ad ea pertinet, quæ priuatam contrahentium vtilitatem reſpiciunt, non ad ea quæ publicam. Inter quæ illud eſt, vt pignus & dari & diſtrahi poſſit, ne alioqui vel nulla vel longè incommodior ſit miſeris debitoribus ratio conquirendæ pecuniæ, cùm fideiuſſoris datio non ſemper ſit in expedito *leg. 2. §. penult. ſupr. de iudic.* & plerunque plus cautionis ſit in re, quàm in perſona *leg. plus cautionis 25. de regul. iur.* Quotus enim quiſque eſt creditor, qui pecuniam credere vellet ſub pignore, quod diſtrahere nullomodo poſſet? Ea nimirum vtilitas eſt pignorum quam irrepſiſſe Vlpianus ſcribit in *leg. qui autem 14. §. 1. ſupr. de pecun. conſtitut. leg. vnic. Cod. ſi pignus pignor. dat. ſit leg. ſi conuenerit 18. in princip. infr. hoc titul.* Denique venditio pignoris eſt ex iure publico, cui derogari priuata conuentione nunquam poteſt *leg. ius publicum 38. leg. inter debitorem 42. ſupr. de pact.* Quid ergo ſi pignus à debitore datum ſit creditori in antichreſim, id eſt, ea lege, vt quandiu debitor pecuniam creditoris retinebit viciſſim creditor fructus rei pignoratæ etiam ſuprà modum legitimum vſurarum, eóque commodo creditor contentus eſſe cogatur, nec vnquam vendere pignus poſſit? Quis dicat inutile eſſe pignus creditori, qui ex eo tam ingens lucrum percipiat? *leg. ſi pecuniam 33. inf. leg. ſi is qui 11. §. primo infr. de pignor. leg. ſi ea pactione 14. leg. ſi ea lege 17. Cod. de vſur.* Quòd ſi pignus hoc caſu non eſt inutile, cur non valebit conuentio, ne vnquam diſtrahatur? Puto tamen nec hoc caſu valere conuentionem præciſam & abſolutam de non vendendo pignore, quia nunquam eſt cogendus cre-

ditor, vt perpetuò inhæreat pignori, ſi pecuniam ſuam habere malit, quàm antichreſim retinere. Eſt enim pignoris cauſa ſemper temporalis, nunquam perpetua, ideóque non eſt titulus habilis ad transferendum dominium, quod ex cauſa perpetua tantùm transfertur, nunquam ex temporali *leg.1. infr. de iur. dot.* Quod autem obiicitur ex *dict. leg. ſi creditor 7. §. vltim. infr. de diſtract. pignor.* quoniam difficilius eſt, explicandum erit ad eum l. com. Interim videnda ſunt, quæ de illius loci ſententia & emendatione ſcripſimus in parte vltima Chiliadis noſtræ *de error. pragmat. in error. 2.3.4. decad. 87.*

b *Niſi ei ter fuerit denunciatum.* RAT. DVB. Qui iam eſt certus, non debet magis certiorari, vt ſcriptum eſt in regula iuris Pontificij & in *leg.1. §. vltim. infr. de action. empt.* Atqui tam fit certus debitor per primam, & vnicam, atque per trinam denunciationem. Inutile igitur & ſuperfluum eſt, tres denunciationes exigere, cùm vna ſufficiat. DEC. Denunciatio cùm fit ad finem certificationis tantùm, &, vt loquuntur, notificationis, vna ſufficit, vt in ſpecie *leg. Titia Seio 87. § vſuras de leg. 2. leg mora 32 infr. de vſur. leg. traiectitia 23. infr de oblig & action.* ſed cùm ad implendam ſolemnitatem aliquam à lege præſcriptam, quæ tres denunciationes requirat, vt in caſu propoſito, tribus denunciationibus opus eſt, vt legis ſolemnitati ſatisfiat: quam nec ſine cauſa introductam eſſe credendum eſt: nihil enim lex facit vnquam fruſtra, vt nec natura. In propoſita autem inducendæ ſolemnitatis trium denunciationum ratio euidens illa fuit, vt hoc ſaltem adhibito temperamento aliqua conuentionis ratio haberetur, quæ de non vendẽdo pignore interpoſita abſolutè fuiſſet, atque ita tardiùs ad pignoris diſtractionem procederetur, ideóque longius temporis ſpatium miſero debitori ad luendum pignus daretur. Trina igitur denunciatio hoc caſu neceſſaria eſt, & quidem ita, vt non ſufficiat creditori, vna eadémque hora vel die denunciare debitori vt ſoluat, dicendo, Solue, ſolue, ſolue, vt ponit Accurſius: quoniam qui ſic denunciaret, non tam denonciaret ſæpiùs, quàm loqueretur ſæpius, vt eleganter ait Bartolus ex *leg. Mæuius 66. §. cum qui de legat.* a Sed interuallum aliquod intercedere neceſſe eſt, nec id vnius diei, ita vt pro tribus denunciationibus triduum poſſit ſufficere, quomodo Accurſius & Bartolus exiſtimant ex *dict. leg. inter accuſatorem*, ſed tanti temporis quantum conueniens videatur debitori ad explicandam pecuniam, arbitrio quidem iudicis conſtituendum pro qualitate perſonarum, & quantitate debiti, ſed tamen quod regulariter non minùs eſſe debet, quàm decem dierum *leg. promiſſor 21. in princ. ſupr. de pecun. conſtit.* niſi malis modicum tempus intelligere, quod poſt condemnationem reis indultum eſt ex *leg. ſi debitori 21. ſupr. de iudic.* quod mihi probabilius videtur. Quod autem quærit Bartolus poſt Accurſium, an poſt has denunciationes debeat currere biennium, non videtur mihi ad huius legis ſententiam pertinere. Tunc enim de biennio tractandum eſt, cùm agitur de iure dominij impetrando, idque ex nona Iuſtiniani conſtitutione in *leg. vltim. Cod. de iur. domin. impetr.* Hæc autem lex eſt de pignore vendendo. Qui tractatus longè diuerſus eſt, ſicut & ille de pignore addicendo creditori, hoc eſt dando ei in ſolutum, vt in *leg. à Diuo Pio 15. §. ſi pignora infr. de re iudic.* Denique effectus dationis pignorum in eo maximè conſiſtit, vt vel diſtrahantur, vel addicantur in ſolutum, vel dominij iure impetrato poſſideantur, vt dicemus ad *l. eleganter 24. in princip. infr.*

5. POMPONIVS libro 19. ad Sabinum.

IDémque iuris eſt: ſiue omnino fuerint pacti, ne veneat: ſiue in ſumma, aut condicione, aut loco contra pactionem factum ſit.

*Ad l. Idémque iuris eſt 5.*

RAT. DVB. Debent ſeruari pactiones, quæ inter debitorem & creditorem interpoſitæ ſunt de diſtrahendo pignore, id eſt, quemadmodum diſtrahi pignus debeat, ſiue in tempore, ſiue in aliis facti circumſtantiis *dict. leg. vltim. §. 1. Cod. de iur. domin. impetr.* puta circa ſummam, vel condicionem vel locum, de quibus in hac lege agitur. Ergo ſi conuenerit, vt non niſi certo loco, vel certo tempore, vel certa condicione, vel denique pro certa ſumma pignus vendere poſſit creditor, non eſt ei permittendum, vt alio loco, vel tempore, vel aliis legibus vendat, nec ſi denunciatio trina præceſſerit. DEC. Ad obligandum actione furti creditorem, qui pignus contra pactionem vendidit, nihil intereſt, an conuenerit, vt pignus omnino non veneat (niſi hoc caſu trina præceſſerit denũciatio, vt proximè diximus ad legem præcedentem) an verò vt certo loco, & tempore veneat: omni enim caſu quo fit venditio aduerſus pactionem lege non permittente, furtum facit creditor, qui contra debitoris eiuſdémque domini voluntatem contrectat rem obligatam. Sola enim conuentio ſiue expreſſa, ſiue tacita de vendendo pignore illa eſt, quæ facit ne debitor pignus diſtrahendo furtum faciat *l. ſi is qui rem pignori 66. in princip. infr. de furt.* Quid autem refert, an diſtrahat nulla præcedente conuentione, an verò contra initam conuentionem? niſi quod longè intolerabilior eſt creditor, qui aduerſus conuentionem vendit, quàm qui citra, & præter conuentionem *leg. nec non 28. §. quo ad eius ſupr. quib. ex cauſ. maior. l. cùm ſponſus 12. §. ſi res ſupr. de public. in rem act.* Sed quod pertinet ad validitatem venditionis pignoris, multum intereſt, an conuenerit, ne omnino veneat, an verò vt certo loco & tempore & modo fieri venditio poſſit. Priore caſu venditio pignoris interdum valet, interdum non valet. Valet ſi trina denunciatio præceſſerit, non valet ſi aut nulla aut pauciores, quàm tres denunciationes interuenerint, poſteriore autem caſu, nunquam poteſt valere venditio contra pactionem facta, nec ſi præceſſerint tres pluréſve denonciationes. Et ratio diuerſitatis euidens illa eſt, quia hoc poſteriore caſu non tam impeditur abſolutè venditio pignoris, quam eius faciendæ libertas reſtringitur, quæ tamen priore caſu omnino impediretur, niſi triplicis denunciationis temperamentum pro remedio adhiberetur. Itaque poſteriore

riore caſu aliqua poteſt eſſe vtilitas pignoris, priore verò nulla eſſet, niſi triplici denuntiatione interueniente venditio pignoris permitteretur. Alia porrò cauſa nulla eſt, ob quam permitti debeat à conuentione, quæ de non vendendo pignore facta eſt, diſcedere, quàm cùm ex neceſſitate ita ius conſtituendum eſt, ne alioqui conuentio & datio pignoris prorſus inutilis efficiatur. Et ita locus hic accipiendus eſt, non quomodo ab Accurſio & Bartolo explicatur.

6. IDEM libro 35. ad Sabinum.

QVamuis conuenerit, vt fundum pigneratitium tibi vendere liceret: nihilo magis cogendus eſt vendere, licèt ſoluendo non ſit is, qui pignus dederit: quia tua cauſa id caueatur. ſed Atilicinus ex cauſa cogẽdum creditorem eſſe ad vendendum dicit. quid enim, ſi multò minùs ſit, quod debeatur: & hodie pluris venire poſſit pignus, quàm poſtea? melius autem eſt dici[a], eum, qui dederit, pignus poſſe vendere: & accepta pecunia ſoluere id, quod debeatur, ita tamen, vt creditor neceſſitatem habeat, oſtendere rem pigneratam, ſi mobilis ſit: priùs idonea cautela à debitore pro indemnitate ei præſtanda. inuitum enim creditorem cogi vendere ſatis inhumanum eſt.

*Ad l. Quamuis 6.*

RATOVR. Conuentioni inter debitorem & creditorem factæ non minùs ſtare creditor tenetur, quàm debitor. Sunt enim mutuæ conuentiones, quæ fiunt in contractu vltro citróque obligatorio, & ex iis vterque contrahentium perinde obligatur, cùm generaliter verum ſit, conuentiones in contractu præſertim bonæ fidei factas dare legem, & cauſam contractui *l. 1. §. ſi conuenit infrà depoſit. leg. ſi vt certo §. nunc videndum t. ſupr. tit. prox.* Ergo ſi in dando pignore conuenerit, vt creditori liceat illud vendere: quemadmodum creditor ex ea conuentione pignus vendere inuito debitore poteſt, ita & cogendus eſt, etiamſi nolit vt vendat, ſi fortè id expediat debitori, cuius interdum poteſt intereſſe, ſi fortè ipſe ſoluendo non ſit, nec enim tam facilè cogendus eſt, vt alias rationes quærat explicandæ pecuniæ, quas nec inuenire facilè poteſt is, qui ſoluendo non eſt. Deinde quid ſi multò minùs ſit, quod debeatur, & hodie pluris venire poſſit pignus, quàm poſteà? Cur eo commodo priuandus eſt miſer debitor, cui non poſſis imputare cur non luat pignus, cùm ponamus non eſſe illum ſoluendo? Alioqui videbitur contractus claudicare, quod extra certos caſus ferendum non eſt *leg. Iulianus 13. § ſi quis à pupillo infr. de action. empt. l. cum te 6. Cod. de pact. int. emptor. & vendit.* Nec quod creditoris cauſa fiat conuentio, vt liceat ei pignus vendere, ad rem facere videtur, vt conſtat ex *l. ſi vina emerim 6. infr. de peric. & commod. rei vendit.* vbi Pomponius ſcribit, ſi vina emerim exceptis acidis & mucidis, & mihi expediat acida quoque accipere, quamuis id mea cauſa exceptum ſit, tamen acida & mucida non veniſſe: nam quæ inuitus emptor accipere, inquit, non cogeretur, iniquum eſſe non permitti venditori, vel alij ea vendere.

DEC. In conuentionibus omnibus interpretandis ſemper ſequimur id quod actum eſt *leg. ſemper in ſtipulationibus 34. de regul. iur.* Cùm autem quæſitur quid actum ſit, illud potiſſimùm & maximè inſpiciendum eſt, cuius gratia conuentio facta ſit, & cui legem dictam eſſe contrahentes voluerint *leg. in ratione 30. §. tametſi infr. ad legem Falcidiam leg. Lucius 40. in fin. de fideicomm. libert. lea lege 51. infr. locat.* ne alioqui eueniat, vt quod vnius fauore conſtitutum eſt, in eius odium retorqueatur, quod abſurdum & iniquum eſſet *l. quod fauore 6. Cod. de legib leg. nulla 25. ſupr. ill. tit. leg. pen. Cod. ad Senatuſconſultum Trebellianum.* Atqui conuentio, de qua in ſpecie huius legis, vt liceat creditori pignus vendere, apertè appoſita eſt in fauorem creditoris, qui vtique ea conuentione legem debitori dicere voluit, non ſibi. Ergo fauore creditoris interpretanda conuentio eſt, vt poſſit pignus vendere, ſi velit, non etiam vt cogatur, tametſi nolit. Quid enim tam abſurdum eſt, quàm quod arbitrio & poteſtati creditoris permiſſum eſt, id transferre ad iuris neceſſitatem? *argum. leg. non quicquid 40. ſupr. de iudic.* Hoc ita ſi de conuentione contractui adiecta tractemus, quæ non tam contractus ſubſtantiam reſpiciat, quàm adminicula, & conſequentia contractus, vt in propoſito. Nam ſi quæratur, quid in contractum veniat, id eſt, an plus minùſve, vt in ſpecie *dict. leg. ſi vina*, non debet eſſe in arbitrio & poteſtate alterutrius contrahentium, etiam cuius fauore conuentum aliquid & exceptum ſit, vt id veniat in contractum, quod velit venire, & quod non veniret tamen, ſi nollet. Quod enim à venditione aut pignore exceptum eſt, quamuis fauore emptoris aut creditoris, non poteſt creditoris, aut emptoris voluntas facere, vt vnquam pro vendito vel pro pignorato habeatur, ne alioqui contractus claudicet, quod abſurdum eſſet, vt diximus ex *dict. leg. Iulianus 13. §. ſi quis à pupillo de action. empt.* Benè igitur putabat Atilicinus, quem Pomponius hîc refert, non eſſe cogendum creditorem pignus vendere, licèt ſoluendo non ſit debitor, quia creditoris non debitoris cauſa id caueatur, vt & in *l. à Diuo Pio 15. §. quod ſi res inf. de re iudic.* ſed tamen addendam exceptionem, niſi ex cauſa. Quid enim, inquit, ſi multò minus ſit quod debeatur, & hodie pluris venire pignus poſſit, quàm poſteà? Hoc nimi-

rum caſu non dubitabat Attilicinus, quin cogendus ſit creditor quoque pignus vendere.

Rat. dub. Nemo cogitur vti iure ſuo ſi nolit, nec ea conuentione, quæ ipſius tantùm fauore adpoſita ſit, licèt aduerſarij quoque interſit, vt proximè dictum eſt *ex dict. leg. in ratione 30. §. tameſi infr. ad leg. Falcid. dict. leg. Lucius 40. in fin. de fideicommiſſ. libert.* Atqui conuentio hæc vt creditori pignus vendere liceat, non niſi creditoris fauore adicitur. Ergo nullo caſu cogendus eſt creditor vendere. Quemadmodum enim iure ſuo vtitur, ſi vendat, ita & ſi non vendat *leg. ſi iudex circumuento 41. ſupr. de minor.* præſertim cùm venditio ſit facti *leg. conſilio 7. §. vltim. infr. de curat. furioſ.* nemo autem præciſè cogi poſſit ad factum *leg. ſi quis ab alio 13. §. vltim. de re iudic.* neque ad venditionem rei ſuæ propriæ *leg. nec emere 16. Cod. de iur. delib.* Quanto minùs ad venditionem rei alienæ, & ad explicandam pecuniam, quæ debitori ipſi magis quàm creditori ſit profutura? *leg. ſi ob cauſam 13. Codice de euict.* Nam neque cum creditore ſic tractandum eſt, quaſi ſit ipſe procurator debitoris *leg. ſi pignori 29. ſupr. famil. erciſcund. leg. poſtulante 44. §. vltim. ad Senatuſconſult. Trebellian.* Precium enim rei venditæ non tam ex re ipſa, quàm ex negotiatione percipitur *leg. venditor. 21. infr. de hered. vel action. vendit.* Non eſt igitur cogendus creditor vt vendat, & ita debitoris nomine negotietur.

Dec. Non eſt debitori denegandum id, quod ſine ipſius creditoris diſpendio futurum eſt *leg. in creditore 38. in fin. de euict.* & ex quo debitor commodum aliquod, creditor verò nullum damnum, aut incommodum ſentire poſſit. Atqui nullum eſt incommodum creditoris, etiamſi cogatur pignus vendere, cùm pignus pluris eſt, quàm quod debetur, & pluris hodie poteſt vænire quàm poſteà, ſi modò debitor inueniat emptorem, quomodo in propoſita ſpecie ponendum eſt iouenisſe. Alioqui quomodo ſciri poſſet, an pluris hodie vendi res poſſit, quàm poſteà? Neque verò vlla in eo ſit iniuria creditori, qui ſolutionem ab ipſo emptore accepturus eſt, nec priùs pignoris ſui ius dimiſſurus *dict. leg. à Diuo Pio 15. §. quòd ſi res pignorata infr. de re iudic.* Cur non ergo cogendus ſit ex hac cauſa vendere? Nam nec nouum eſt, vt quis ex cauſa etiam rem ſuam vendere cogatur *leg. Iulianus 13. §. idem Celſus 17. infr. de action. empt.*

a *Melius autem eſt dici.* Totus hic verſiculus ad §. vſque proximum Triboniani eſſe ſemper mihi viſus eſt, non admittentis Attilicini ſententiam, quaſi ſatis inhumanum ſit, vt ille poſtea loquitur, creditorem inuitum cogi pignus vendere: quaſi magnum aliquod in eo ſit incommodum, aut damnum creditoris, cùm debitor ipſe emptorem inuenit. Quid ergo eſt, quod melius dici poſſe Tribonianus exiſtimat? Eum, inquit, qui dederit pignus, poſſe vendere, ex accepta pecunia ſoluere id, quod debeatur. Ac quoniam non poteſt debitor pignus vendere, quin ſibi à creditore exhibeatur, ſubiicit Tribonianus, *ita tamen vt creditor neceſſitatem habeat oſtendere rem pignoratam ſi mobilis ſit*, & rurſum, quia non poteſt debitor pignus vendendo precium eius accipere, niſi rem tradat *leg. Iulianus 13. §. offerri de actio. empt.* nec rurſus rem tradere, ſi non prius eam poſſideat, nec denique eam poſſidere quin creditori poſſeſſio ſua auferatur. Addit idem Tribonianus *prius idonea cautela à debitore pro indemnitate ei præſtanda.* Quæ verba etiamſi aliud nihil eſſet, Triboniani manum ſatis meo iudicio per ſe proderent. Sed eiuſdem Triboniani ingenium ſit manifeſtius ex eo, quòd omnia, quæ in hoc verſiculo ſcribuntur, pugnant euidenter cum iuris ratione. Quid enim abſurdius eſt, quàm auferri creditori poſſeſſionem pignoris, vt poſſit illud debitor vendere, & pro retentionis iure, quod habet creditor, cautionem de indemnitate ipſi præſtare; aut, vt loqui Tribonianus ſolet *idoneam cautelam*? Cur enim pignus creditor acceperat, niſi quod ſciret plus cautionis fore in re quàm in perſona? *dict. leg. plus cautionis 25. de regul. iur. §. furti autem verſ. vnde conſtat Inſtitut. de oblig. quæ ex delict. naſcunt.* Quod ſi in executione quoque iudicati non patitur prætor obligationes ex obligationibus fieri *leg. 4. §. ait Prætor infr. de re iudic.* ne parta ex cauſa iudicati perſecutio ad initium alterius petitionis redigatur, vt ſcriptum eſt in *leg. minor 40. in princip. ſupr. de minor.* quanto minùs ferre debebit, vt ius retentionis, quod per pignoris poſſeſſionem habet creditor, inuito ei auferatur, & in nouam actionem perſonalem commutetur? idonea enim cautela eſt, ſiue fideiuſſor ſiue pignus offeratur, vt notat Accurſius ex *leg. ſi mandatu 59. §. vltim. infr. mandat.* Opponitur enim idonea cautio nudæ & ſimplici, quæ ſola repromiſſione contenta eſt *leg. 3. Cod. de verb. ſignificat.* Tum verò quid ſi creditor à debitore idoneam illam cautelam præſtare volente ſtipulari nolit? Quis, obſecro, eum coget vt ſtipuletur? An non perinde facti eſt ſtipulari, atque vendere? An fortè dicemus inuito ei actionem perſonalem acquiri citra ſtipulationem? Aut cur enim ſtipulari cogamus, potiùs quàm vendere? Sed & cùm tradere, non minùs quàm vendere ſit facti *dict. leg. conſilio 7. §. vltim. de curat. furioſ.* qua fronte, aut qua arte cogamus creditorem eundémque poſſeſſorem pignoris ad traditionem, ad quam nec tenetur emptori venditor, ſi malit præſtare id quod emptoris intereſt *leg. 1. infr. de action. empt. leg. ſi traditio 4. Codice eod.* nec poſſeſſor rei alienæ, vt eam rem domino reſtituat, nec ſi vendicatione conuentus ſit *leg. eius rei 46. & ſequent. ſupr. de rei vendicat. leg. 1. leg. tutor. 8. ſupr. de in lit. iurand.* An non multo durius eſt, creditorem cogi antequàm ſolutionem debiti acceperit à creditore, pignus ei tradere? Et tamen pignoris traditionem à creditore fieri neceſſe eſt, vt pignoris venditio ſequi poſſit. Quomodo enim faciet debitor emptorem dominum ſine traditione? Et quomodo tradet pignus emptori, niſi traditum ſibi priùs à creditore; quem ponimus ex natura proprij pignoris factum eſſe rei obligatæ poſſeſſorem? Alioqui nemo dubitat, quin poſſit debitor etiam ignorante, adeóque inuito creditore nulla quoque cogente neceſſitate, pignus vendere ſaluo creditori iure ſuo pignoris *dict. leg. debitorem 15. Codice de pignor. dict. leg. qui prædium 13. Codice de diſtract. pignor.* Sed debet id intelligi de eo, qui poſſeſſor pignoris eſt, quíque tradendo transferre dominium poteſt, ac proinde de pignore minùs propriè ſumpto pro hypotheca. Ex quo apparet longè probabiliorem & expeditiorem eſſe Attilicini ſententiam illam, vt creditor ex cauſa pignus vendere, ac eiuſmodi venditionis faciendæ incommodum ſubire cogatur

gatur, quàm ſit iſta Triboniani, quæ per tam longas ambages & circuitus, poteſtatem facit debitori, vt pignus inuito creditore vendat, longéque grauiore non tantùm incommodo, ſed etiam damno adficiat creditorem, quod certè multo inhumanius eſt. Sed & Triboniani inſcitiam illud valde prodit, quod ſic loquitur, Græciſmo ſatis ei familiari, *ita tamen vt creditor neceſſitatem habeat oſtendere rem pignoratam: oſtendere* namque dixit pro *exhibere* quod eſt ridiculum. Etſi enim rem oſtendit quiſquis exhibet, quia exhibere propriè eſt extra ſecretum habere, non tamen exhibet quiſquis oſtendit: plus ſiquidem eſt exhibere, quàm oſtendere. Exhibere eſt, non tantùm videndæ tangendæque rei facultatem præbere, ſed etiam in publicum eam producere, vt aduerſarius, ſiue rei vindicatione, ſiue interdicto, experiri de iure ſuo poſſit *leg. 2. ſupr. ad exhib. leg. 3. §. ait Prætor infr. de homin. liber. exhibend.* Quod autem addit *ſi res mobilis ſit* rectè quidem dicitur, quia res immobiles non exhibentur, cùm ſeipſas ſatis exhibeant *leg. 2. §. ſed vbi Codice quando & quibus quart. pars debeatur lib. 10. titul. 34.* Sed tamen debuit Tribonianus de immobilibus quoque aliquid addere. Nam & immobilis res pignorata, vt à debitore vendi poſſit, eiuſque dominium transferri in emptorem, qui vtique non niſi planè ſtultus precium aliter ſoluturus eſt, neceſſariò perinde ac mobilis tradenda eſt à creditore, cui proinde neceſſitas tradendi æquè imponenda eſt, quod ipſum tamen cùm citra vim, & impreſſionem fieri non poſſit, nullis certè machinis tentari iure poteſt, niſi manum militarem adhibeas, cuius auxilium idem Tribonianus æquè imperitè ac inuita Iuriſprudentia implorare auſus eſt in *leg. qui reſtituere 63.* vbi ſcripſimus *ſupr. de rei vindic.* Hinc verò intelligimus, non ſibi temperaſſe Tribonianum, quin multa in hoc titulo ex ſuo ingenio immutauerit, & corrupcrit, quod fiet certius, & probabilius ex iis quæ ad alias pleraſque huius tituli leges obſeruaturi ſumus.

1 ¶ Si creditor pluris fundum pigneratum vendiderit, & id fœneret, vſuras eius pecuniæ præſtare debet ei, qui dederit pignus, ſed & ſi ipſe vſus ſit ea pecunia[a], vſuras præſtare oportet. quòd ſi eam depoſitam habuerit[b], vſuras non debet.

*Ad §. 1. Si creditor.*

Rat. dub. Per liberam perſonam quæ iuri noſtro ſubiecta non eſt, nihil acquiri nobis poteſt *leg. ſolutum 11. §. per liberam infr.* Atqui creditoris perſona libera eſt, neque ſubiecta iuri & poteſtati debitoris. Ergo ſi creditor fundum pignoratum pluris vendiderit, & id quod plus fuit in precio fundi quàm in debito fœnerauerit, non ideò tamen vſuras præſtare debet ei, qui pignus dedit: præſertim, cùm non debitoris nomine, ſed ſuo pecuniam fœneraſſe proponatur, nec rurſus pecuniæ debitæ fœnus citra ſtipulationem debeatur *leg. 3. Codice de vſur. leg. Titius 24. infr. de præſcript. verb.* Nam nec ſi creditor vſuras illas debitori ſtipulari voluiſſet, tamen potuiſſet *leg. ſtipulatio iſta 38. §. alteri infr. de verb. oblig.* Et ſpeciale ius eſt pupilli, vt ex ſtipulatione tutoris qui aliquid ex re ipſius pupilli ſtipulatus eſt, vtilis actio acquiratur *leg. 2 infr. quando ex fact. tutor.* Dec. Non debet creditor ex re pignorata lucrum aliquod facere, vt nec tutor ex tutela *leg. qui negotiationem 58. in fine principij infr. de adminiſt. tutor.* nec procurator aliúſve mandatarius ex mandato *leg. qui proprio 46. §. procurator. ſupr. de procurator. leg. edémque 10. §. ſi procurator infr. mandat. leg. ſi pignore 54. §. 1. de furt.* datur enim pignus creditori, vt de debito ſuo cautum habeat, non vt inde lucri occaſionem captet. Adeò vt quos fructus ex pignore percipit, licèt ſuos faciat, quia percipit eos ex debitoris eiuſdemque domini voluntate *leg. ſi ſeruus 61. §. locans infr. de furt.* in ſortem tamen imputare cogatur *leg. 1. & paſſ. Cod. hoc titul.* niſi cùm antichreſis contracta eſt, quo caſu non tam lucratur fructus, quàm compenſat cum vſuris pecuniæ ſibi debitæ *leg. ſi is qui 11. §. ſi antichreſis infr. de pignorat. leg. cùm debitor 8. in quibus cauſ. pignor. vel hypothec. tacit. contra.* Atqui vendito pluris pignore, quàm ſit, id quod debeatur, ſi creditor id quod plus eſt, fœnerauerit, nec fœnus reddat ei, qui pignus dedit, proculdubio lucrum ſentiet ex pignore, cùm debitoris ſit pecunia ex qua fœnus redactum eſt. Ergo quemadmodum contraria actio pignoratitia debitori competit aduerſus creditorem, vt quod ex pignoris venditione plus percepit, quàm debebatur, reſtituat debitori *Paulus libr. 2. ſentent. titul. 13. § prima leg. qui occidit 30. §. primo ſupr. ad leg. Aquil. leg. ſi inter 21. §. vltim. infr. de pignor. leg. creditoris 15. de furt. leg. vltim. Codice de diſtract. pignor.* ita & vt fœnus quod ex pecunia debitoris percepit, eadem actione contraria pignoratitia reſtituat debitori, teneri eum neceſſe eſt. Itaque habet hoc caſu debitor fœnus à creditore perceptum, non quaſi acquiſitum ſibi ex ſtipulatione creditoris, ſed quia quod ex re debitoris ſine cauſa habet creditor, id eum debitori reddere bonum & æquum eſt, *leg. ſi & me & Titium 32. ſupr. de reb. credit.* Vnde fit, vt etiamſi nullum fœnus creditor perceperit, nihilominùs tamen vſuras debeat, ſi ea pecunia ipſe vſus ſit, vt ſequitur in textu. Id enim eſt quod ait Pomponius:

a *Sed & ſi ipſe vſus ſit ea pecunia.* Rat. dub. Pecunia ſterilis res eſt, nec aliam pecuniam gignit, vt ſcribit Ariſtoteles in Ethicis, quia non natura, ſed iure, & negotiatione vſura percipitur *leg. ſi nauis 62. ſupr. de rei vindic.* Ergo etiamſi creditor qui pignus pluris vendidit, vſus ſit ea pecunia, quæ amplius fuit in precio quàm in debito, nihilo magis vſuras eius pecuniæ præſtare debet, quas non percepit, ne alioqui in damnum incidat, dum id agimus ne ex pignore lucrum ſentiat. Dec. Lucrum eſt, ſi quis aliena pecunia vtatur, vt ſuum negotium gerat, adeóque ſpecies quædam furti eſſe creditur, ſi ea pecunia vtatur ignorante vel inuito domino *leg. ſi pignore 54. §. primo infr. de furt.* Ergo eſt ex bona fide, vt pro illo lucro creditor præſtet vſuras debitori, non quas percepit, ſed quas percipere debitor potuiſſet, ſi eam pecuniam alij vten-

dam dediſſet: idque contraria actione pignotatitia, quæ cùm bonæ fidei ſit, perindeat directa æquè omnes bonæ fidei præſtationes admittit. Itaque ad rem non pertinet, ſi quis obiiciat, vſuras non deberi citra vinculum ſtipulationis *l.3. C de vſur. l. Titius 24. infr. de præſcript. verb.* Id enim ad pecuniæ creditæ vſuras ſpectat, non ad eas quæ bonæ fidei iudicio præſtantur, nec tam quòd in obligatione ſint, quàm officio iudicis *l.4. C. depoſit. l. qui per colluſionem 49. §.1. de action. empt. l. quaro 54. infr. locat.* nam in bonæ fidei iudiciis, quod ad vſuras attinet, tantundem poteſt officium arbitri quantum ſtipulatio *leg. Lucius 24. infr. depoſ. leg. ſi pupilli 6 §. vltim. & leg. ſeq. ſupr. de negot. geſt.* Nec ruſſus mouere debet, quòd etiam ex bonæ fidei iudiciis vſuræ non niſi à die moræ præſtantur *l. mora 32. §. in bona fidei leg. vſura 34. & ſeq. l. & in contraria 37. infr. de vſur. l. g. Titia Seio 87. §. vſuras de legat. 2. l. in minorum 3. C in quib. cauſ. non eſt neceſſ. in integr. reſtit.* Etſi enim regulare eſt, vt vſuræ non tam propter lucrum non petentium, quàm ob moram non ſoluentium infligantur *l. cùm quidam 17. §. ſi pupillo de vſur.* plerunque tamen accidit, vt mora contrahatur re ipſa, & citra interpellationem, ſiue ob fauorem & priuilegium minoris ætatis vt in *d. l. in minorum, & d. §. vſuras*, ſiue quòd in vicem & compenſationem fructuum debeantur vt in *l. euictis 18. §. 1. de vſur. l. Iulianus 13. §. veniunt 20. infr. de action. empt. l. curabis 5. Cod. eod.* ſiue denique quòd aliena pecunia quis vſus ſit, ex qua lucrum ſperare citra furtum non potuiſſet *l. die 25. §. 1. l. quintus 28. infr. depoſit. l. 3. & 4. Cod. eod.* Nam & boni conſulere debet is qui aliena pecunia vſus eſt, quòd furti actione non conueniatur, qua vtrique conueniri etiam poſſet *d. l. 3.* vbi eſt textus omnium apertiſſimus, & accommodatiſſimus, nec minùs ad ſpeciem huius §. pertinens, quàm ad pecuniam depoſitam.

b *Quòd ſi eam depoſitam habuerit.* Rat. dvb. Depoſitio & obſignatio pecuniæ non poteſt habere vim ſolutionis, niſi præcedente oblatione, quam creditor ſine cauſa accipere recuſauerit *leg. acceptam 19. Cod. de vſur. leg. nec creditores 10. leg. vlt. Cod. hoc tit.* Ergo non eo minùs debebit creditor vſuras ſuperflui precij, quòd eam pecuniam obſignatam in cauſam depoſiti habuerit, quamuis ea vſus non ſit, ſi modò eam debitori ſuo, qui hac parte creditor eſt, non obtulerit vt in *l. 2. C. de vſur.* Dec. Vſuræ non debentur citra ſtipulationem, ne quidem in bonæ fidei iudiciis, niſi ex die moræ quæ contracta ſit, vel per interpellationem, vel reipſa, vt proximè diximus. Atqui cùm creditor pignus pluris vendidit, nec precium ſuperfluum debitori reſtituit, non idcirco moram contrahere videtur, ſi neque interpellatus ſit, vt pecuniam redderet, nec ea pecunia vſus ſit. Non autem poteſt videri vſus eſſe, ſi eam pecuniam penes ſe obſignatam & depoſitam habuerit, licèt oblatio nulla præceſſerit. Obſignatio igitur hoc caſu ſola ſufficit, id eſt nulla etiam oblatione præcedente, quia tunc oblationem præcedere neceſſe eſt, cùm id agitur, vt obſignatio vim ſolutionis obtineat, vt in *d. l. acceptam leg. obſignatione 9. C. de ſolut.* In propoſito autem obſignationem factam ponimus, non ad inducendam liberationem; ſed ad impediendum duntaxat ne debitum ex non vſurario fiat vſurarium: quod multo facilius eſt, quàm vt ex vſurario fiat non vſurarium. Purganda enim hoc caſu mora eſt, quæ porrò per obſignationem non purgatur, ſed per oblationem *leg. ſi ſeruum 91. §. ſequitur infr. de verb. oblig. l. qui decem 72. in princip. & §. 1. infr. de ſolut.* quemadmodum & minus eſt purgari moram, quàm induci liberationem. Nihil enim prohibet debitorem extra moram eſſe, & manere nihilominùs debitorem: mora ſiquidem ſequitur debitum, non concomitatur. Itaque & oblationem præcedere, & obſignationem ſubſequi neceſſe eſt, vt debiti liberatio inducatur. Quòd ſi iam mora contracta ſit, ſiue per interpellationem, ſiue re ipſa, & idcirco purgari eam oporteat, vt in ſpecie *d. l. 2. C. de vſur.* quia emptor poſt traditam ſibi poſſeſſionem rei venditæ fructus ea ea perceperat, tunc oblatio neceſſaria eſt, nec tantùm oblatio, ſed etiam obſignatio in ſpecie *d. l. a. d. l. euictis 18. §. 1. de vſur. leg. 2. C. de pact. int. empt. & vendit.* ne alioqui perpetuo moram emptor contrahat, quandiu in ea cauſa eſt, vt & rei venditæ fructus percipiat, & venditionis precium penes ſe retineat *d. l. Iulianus §. veniunt iunct. l. ex empto 11. §. qui autem l. bona fides 50. eod. tit.*

7. Pavlvs libro 2. Sententiarum.

SI autem tardiùs ſuperfluum reſtituat creditor id, quod apud eum depoſitum eſt: ex mora etiam vſuras debitori hoc nomine præſtare cogendus eſt.

*Ad l. Si autem tardiùs 7.*

Rat. dvb. Obſignatio & depoſitio pecuniæ debitæ impedit, ne vſuræ eius pecuniæ deberi poſſint, vt proximè ſcripſimus ex *leg. euictis 18. §. 1.* in illis verbis *precij quod in cauſa depoſiti non fuit infr. de vſur.* Ergo quamuis pecunia depoſita tardiùs ſoluta ſit, cùm tamen depoſita ſemper maneat, eius vſuræ quaſi ex mora deberi non poſſunt. Dec. In bonæ fidei iudiciis debentur vſuræ ex mora, ſiue regulari, ſiue irregulari, vt diximus ad *leg. præcedentem* ex *l. 3. Cod. in quib. cauſ. non eſt neceſſ. in integr. reſtit. leg. mora 32. § in bonæ fidei infr. de vſur. leg. Titia Seio 87. §. vſuras de legat. 2.* nec minùs in contrariis iudiciis, quia ſunt bonæ fidei, quàm in directis *l. & in contraria 37. de vſur.* Atqui actio pignoratitia bonæ fidei eſt tam cõtraria quàm directa. Ergo etiam in contraria veniunt vſuræ ea mora: quæ porrò contrahitur per interpellationem cõgruo loco & tempore factam *d. l. mora in princ. leg. qui Romæ 121. in princip. l. ſi pupillus 127. infr. de verb. oblig.* Ergo quemadmodum ſi depoſita ſit & obſignata ſimpliciter pecunia, quam creditor ex pignoris pretio redegit ſupra eam quantitatem, quæ debebatur, nullas vſuras eius pecuniæ debet, quaſi nulla contracta mora re ipſa cùm pecunia obſignata vſus nõ ſit, ita dicendum eſt, ſi obſignationem mora aliqua creditoris ſubſecuta ſit, quod euenit ſi interpellatio creditor, congruo loco & tempore ceſſauerit in ſuperfluo illo precij reſtituendo, non impediri moram per eiuſmodi obſignationem. Nam quemadmodum purgatur mora iam contracta per ſubſequentem oblationem, ita & inducitur mora per ſubſecutam interpellationem, quia ſemper nocet poſterior mora *l. ſi ſeruum 91. §. ſequitur infr. de verb. oblig.*

leg. qui

*l qui decem 72.in princ.& §.1.de ſolut.* Et præcedens obſignatio, quemadmodum non prodeſſet ad contractam moram purgãdam, ſi nulla oblatio præceſſiſſet *l.2. C. de vſur.* ita neque prodeſſe poteſt ad impediendam moram, quæ contrahatur per ſubſequentem interpellationem, niſi addatur oblatio quæ interpellationis vim & effectum impediat. Facilius ſiquidem eſt, vt obſignatio & depoſitio pecuniæ impediat moram, quæ alioqui reipſa induceretur ex ſola præſumptione iuris, & de iure, quòd creditor ea pecunia vſus eſſet, quàm vt impediat morã contrahendam per expreſſam interpellationem. Expreſſa namque interpellatio non niſi per expreſſam oblationem poſteriorem elidi poteſt. Aliud iuris eſt in ea obſignatione, quæ poſt oblationem congruo loco & tempore factam ritè ſecuta ſit, de qua in *leg. acceptam 19. C. de vſur.* Nam cùm ea obſignatio vim ſolutionis habeat *l. obſignatione 9. C. de ſolut.* non potes is qui iam liberatus eſt, amplius in mora conſtitui, cùm mora quælibet ſupponat obligationẽ præexiſtentem *l. nulla 88. de reg. iur. dict. leg. ſi pupillus 127. de verb. oblig.* dummodo depoſitio duret in eodem ſtatu depoſitionis, alioqui nec depoſita pecunia videretur, ſicuti nec videtur in rem verſum, quod non durat verſum *leg. ſi pro patre 10. § verſum infr. de in rem verſ. iunct. l. euictis 18. §.1. infr. de vſur.*

8. POMPONIVS libro 35. ad Sabinum.

SI neceſſarias impenſas fecerim in ſeruum, aut in fundum, quem pignoris cauſa acceperam, non tantùm retentionem, ſed etiam contrariam pigneratitiam actionem habebo: finge enim medicis, cùm ægrotaret ſeruus, dediſſe me pecuniam, & eum deceſſiſſe. item inſulam fulſiſſe, vel refeciſſe, & poſtea deuſtam eſſe, nec habere, quod poſſem retinere.

*Ad l. Si neceſſarias 8.*

RAT. DVB. Facilius eſt, vt detur retentio quàm actio *l.1. infr. de pign. act.* nec videtur quicquam intereſſe creditoris, qui habet retentionem, vt etiam debeat habere actionem: cùm plus cautionis ſit in re, quàm in perſona *l. plus cautionis 25. de reg. iur.* nec debeat deſiderare id quod minus eſt, qui iam habet quod plus eſt *l.1. ſup. de Public. in rem act.* Et verò ſicuti non ſunt multiplicandæ actiones ſine neceſſitate *d. l.1. l. in naue Sauſeij 31. infr. locat.* ita neque inducendæ *§.1. Inſtit. de actio.* Atqui pro impenſis neceſſariis, hoc eſt, quæ ſi factæ non eſſent, res peritura vel deterior futura fuiſſet *l. impenſa 79. de verb. ſignif. l. impenſa 14. de impenſ. in reb. dotal. fact.* habet creditor retentionem pignoris, vt antequam ei ſatisfactum ſit, pignus reſtituere non cogatur, ne alioqui debitor ex ipſius iactura locupletetur, quod eſſet contra naturam & bonam fidem *l. nam hoc natura 14. ſupr. de condict. indeb. l. iure naturæ 206. de reg. iur.* Ergo nil neceſſe eſt, vt eo nomine demus ipſi contrariam pignoratitiam actionem. DEC. Intereſt eorum omnium qui habent retentionem, vt eo nomine habeant, ſi fieri poſſit, etiam actionem, non ſolùm ne ſi fortè per errorem aut per imprudentiam omittant retentionẽ, omni alio auxilio deſtituantur, per quod indemnitati ſuæ poſſint conſulere *l. ſi in area 33. ſupr. de cond. indeb. l. in hoc iudicium 14. §.1. ſupr. commun. diuid. leg. heres 21. infr. ad SC. Treb.* ſed etiam quia fieri facilè poteſt, vt nihil ſit quod retineri poſſit: quo tamen caſu æquum non eſt, manere in damno creditorem qui in pignus impendit, & quidem eo animo, vt alium ſibi obligaret, quod ſufficit, vt contra ipſum poſſit, & debeat habere actionem *d. l. in hoc iudicium §.1 iunct. l. ſi quis cum 29. eod. titul. commun. diuid.* actio enim requirit præcedentem aliquam obligationem, quam retentio nullam requirit. Quæ ratio facit vt multò facilius ſit habere retentionem quàm actionem vllam ſiue directam, ſiue contrariam. Sed finge factã eſſe impenſam à creditore ad curandum ſeruum ægrotum oppigneratum, qui poſtea deceſſerit, aut ad fulciendam inſulam, quæ poſtmodum ſine culpa vlla creditoris combuſta ſit. Nihil certè eſt, quod his caſibus retinere creditor poſſit. Fruſtrà ergo de retentione quæratur, & neceſſariò ad actionem pignoratitiam contrariam recurrendum eſt, per quam indemnitati creditoris cõſulatur: vt quod per viam retentionis haberi non poteſt, habeatur per viam actionis. Similis ratio eſt, nec valde diſſimilis ſpecies in *leg. in rebus 18. §. vltim. ſupr. titul. proxim.* vbi licet tractetur de compenſatione, compenſatio tamen ipſa retentio eſt, tametſi non omnis retentio perinde ſit compenſatio. Nec diſtinguemus an magna ſumma ſit, an modica, quam creditor in pignoris conſeruationem impendit. Tum enim diſtinctioni huic locus eſt, cùm de eo contractu agitur, qui factus ſit in gratiam ſolius accipiẽtis, vt puta de commodato, vt benè docet Accurſius ex *d. l. in rebus 18. §. poſſunt & ſeq.* Sed & cibaria quæ creditor ſeruo pignorato præſtitit, repetet, quæ commodatarius non repeteret *§. ſed & id quod d. l. in rebus*, quia ſcilicet commodatarius habet vſum rei commodatæ, creditor autem non habet vſum rei pignoratæ. Et ita Bartolus hîc, ceſſante, inquit, ratione poſita in *l. vlt. §. vlt. infr. hoc titul.*

1 ¶ Si pignori plura mancipia data ſint, & quædam certis pretiis ita vendiderit creditor, vt euictionem eorum præſtaret, & creditum ſuum habeat: reliqua mancipia poteſt retinere, donec ei caueatur, quòd euictionis nomine promiſerit, indemnem eum futurum.

*Ad §.1. Si pignori.*

RAT. DVB. Neque retentio, neq; contraria actio pignoratitia competit creditori, niſi pro indemnitate conſequenda, cùm quid & abeſt propter cauſam

pignoris, vt proximè diximus. Atqui cùm creditor, qui plura mácipia pignori acceperat, quędam ex iis certo precio ita vendidit, vt euictionem eorum pręſtaret, atque ita ex eo precio creditum ſuum integrum conſecutus eſt, nihil ei abeſt, quandiu euictio ſecuta non fuit, cùm fieri poſſit, vt nec vnquam ſequatur *l. habere licere 57. infr. de euict.* Vnde eſt quod nec ſtipulatio de euictione tam facilè committitur, licèt per ſententiam res iam euicta ſit, vt ſcriptum eſt in *d. l. habere.* Ergo non eſt permittendum creditori, vt eo prætextu reliqua mancipia retineat donec ei caueatur de indemnitate eius, quod pro euictione promiſerit: præſertim cùm ei poſſit imputari cur de euictione ſe obligauerit, cùm ex iuris ratione creditor, qui iure creditoris pignus diſtrahit, ad id non teneatur *tot. tit. Cod. credit. euict. pignor. non debere.* Nec enim aut facilitas, aut ignorátia creditoris debitori damnoſa eſſe debet *l. non debet 71. l. factum 155. de regul. iur.* DEC. Abeſſe creditori intelligitur etiam id in quo creditor obligatus eſt *l. ſi quis mandatu 28. in fin. de neg. geſt.* Atqui ponimus eum obligatum eſſe emptori pignoris de euictione, & quidem nullo dolo malo vel culpa interueniente, ſed quia diligens quilibet alius paterfamilias ita contracturus fuerat, ſiue quòd aliter emptorem inuenturus non fuerit, aut quòd certè non tanti vendituros. Quibus caſibus commodum huius conuentionis etiam ad debitorem pertinet, qui tanto citius ac facilius debito liberatur, vt in *l. ſi pignore 22. §. vlt. & l. ſeq. infr.* vt taceam, quòd etiamſi debitor ipſe venderet ſiue creditori ipſi, quod vtique facere poteſt, tanquam dominus *leg. reſcriptum 12. in princip. infr. de diſtract. pignor* ſiue alij, magiſtratu fortaſſe id in cauſa iudicati exequente debitoris nomine, perinde debitor de euictione teneretur *l. ſi ob cauſam 13. C. de euict.* Non ergo recuſare poteſt debitor, quominus cætera mancipia nondum vendita creditor retineat, quouſque cautum ei ſit de indemnitate ipſi præſtanda pro euictione quam promiſerit. Non enim damnum dũtaxat, ſed etiam periculum omne creditoris amouendum eſt, vt Paulus loquitur, licèt in alia ſpecie in *l. cùm mulier 55. infr. ſolut. matrim. iunct. leg. heredes 25. § idem iuris eſt ſup. famil. erciſc.* Denique in ſumma debiti computantur omnia, quæ abſunt creditori ſiue propter pignus, quid præſtiterit, ſiue ſe obligauerit *l. in ſumma debiti 6. C. de pignor.* Ergo quemadmodum non poteſt debitor agere pignoratitia, vt pignus auferat creditori, quouſque debitum totum ſoluerit *l. ſi rem prox §. omnis pecunia infr. leg. quandiu 6. C. de diſtract. pignor.* ita neque recuſare, quominus creditor totum pignus retineat, quandiu aliquid ex cauſa pignoris ei abeſt.

2 ¶ Si vnus ex heredibus debitoris portionem ſuam ſoluerit, tamen tota res pignori data venire poterit: quemadmodum ſi ipſe debitor portionem ſoluiſſet.

*Ad §. 2. Si vnus ex heredibus.*

RAT. DVB. Inter plures vnius debitoris heredes, obligatio defuncti diuiditur per legem duodecim tabularum pro hereditariis portionibus *l. 1. C. ſi cert. petat. leg. vlt. C. de heredit. action.* Ergo vno ex heredib. ſoluente debiti partem ſuam hereditariam, fatendum eſt, pro ea parte liberatum eſſe pignus, & conſequenter pignoratitiam competere. Nec enim poteſt obligatio pignoris, cùm ſit acceſſoria, ſubſiſtere ſine perſonali, quæ principalis eſt, & quæ ſit ſaltem futura *l. 5. infr. de pignor. l. cùm principalis 178. de regul. iur.* Pignoratitia porrò competit ſtatim atque ſolutum eſt, & liberatum pignus, vt conſtat ex toto hoc titulo. DEC. Ex perſonis heredum immutari non poteſt condicio obligationis, neque diuidua fieri obligatio, quæ in perſona defuncti indiuidua fuit *l. 2. §. ex his infr. de verb. oblig.* Atqui obligatio pignoris indiuidua eſt in perſona ipſius debitoris *l. rem hereditariam 65. infr. de euict.* ita vt nihil proſit debitori ad liberandum pro parte vinculũ pignoris, quòd partem debiti ſoluerit *l. quandiu 6. C. de diſtract. pignor.* Ergo nec vnus ex heredibus debitoris ſoluendo eam debiti partem, quę perſonali actione peti ab eo potuit, res obligatas in ſolidum diſtrahendi facultatem creditori adimit *l. vnus ex multis 16 eod. tit. l. 1. & 2. C. ſi vnus ex plurib. hered. debit.* Non quaſi perſonalis obligatio per ſolutionem partis pro parte ſublata non ſit, ſed quia hypotheca ſemel contracta vtiliter, & obligatio quælibet pignoris, habet tacitam ſuam condicionem, ſi debitum ſolutum ſit, aut aliter eo nomine ſatisfactum: qua condicione ceſſante tenet *leg. prox. §. omnis pecunia infr. l. grege 13. §. etiam de pignor. leg. debitor 59. ad SC. Trebell. l. penult. §. 1. infr. de except. rei iudic.* Idem iuris eſt in pluribus heredibus creditoris *l. ſolutum 11. §. ſi creditori infr. hoc tit.* condicio enim omnis indiuidua eſt *l. cui fundus 56. D. de cõd. & demonſtr.* Itaque quamuis non poſſit obligatio pignoris ſubſiſtere, vt contrahatur ſine principali, cõtracta tamen durat etiam poſt ſubmotam principalem obligationem *l. 1 & 2. C. de luit. pignor. l. heredes 25. §. idem obſeruatur ſupr. famil. erciſc. leg. in executione 85. §. penult. inf. de verb. oblig.* Cur autem indiuidua ſit cauſa pignoris, ratio ex eo petenda eſt, quòd non alia de cauſa pignus datur, quàm vt cautum ſit debitori nõ pro parte debiti, ſed pro toto debito. Inde namque fit, vt integrũ debitũ ſolutum eſſe neceſſe ſit, vt pignus aliqua ex parte liberetur: nec enim quicquam vetat pluris eſſe pignus, quàm debitum, imò non eſt prudens creditor, ſi pro pignore rem accipiat, quæ non multo pluris ſit, quàm quod debetur, vt ſi vſurarũ acceſſione vel qua alia occaſione, debiti quantitas augeatur, adhuc poſſit creditori eſſe cõſultum. Pignus enim ſimpliciter acceptũ tenetur etiam ad vſuras, tanquam acceptum in omnem cauſam *l. 2. C. debit. vendit. pignor. imped. non poſſe l. quæro 54. infr. locat.* Eadem ratio facit, quod hîc notat Bartolus, vt ſi ex plurib. emphyteutæ heredib. vnus penſionem non ſoluerit, cæteri verò omnes ſoluerint, non eo minus tota res cadat in commiſſum, quia æquè ius domini directi indiuiduum eſt, licèt non pignoris ius ſit (nec enim res ſua domino poteſt eſſe obligata *l. neque pignus 45. de reg. iur.*) ſed dominij, quod & potentius & fauorabilius eſt *l. communi 7. in princ.* vbi diximus *ſup. commun. diuid.* Denique lex duodecim tabularum diuidit quidem perſonalem obligationem inter heredes pro hereditariis portionibus, vt initio diximus, ſed non diuidit obligationem pignoris *d. l. 1. & 2. C. ſi ex plurib. hered. debit. vel credit.* quia nec poteſt, vt Paulus loquitur in *d. l. heredes §. an ea ſtipulatio ſup. famil. erciſc.* Eas namque obligationes ſolas diuidit lex duodecim tabularum, quę diuidi poſſunt, & diuiduæ ſunt, non indiuiduas.

3 ¶ Si annua, bima, trima, die triginta ſtipulatus, acceperim pignus: pactúſq; ſim, vt niſi ſua quaque die pecunia ſoluta eſſet, vendere eam mihi rem liceret: placet, antequam omnium penſionum dies veniret, non poſſe me pignus vendere: quia eis verbis omnes penſiones demonſtrarentur. nec verum eſt, ſua quaque die non ſolutam pecuniam, antequam omnes dies veniret. ſed omnibus penſionibus præteritis, etiam ſi vna portio ſoluta non ſit, pignus poteſt venire. Sed ſi ita ſcriptum ſit, *Si qua pecunia ſua die ſoluta non erit*, ſtatim competit ei pacti conuentio.

*Ad §. 3. Si annua.*

RAT. DVB. Cùm quis annua, bima, trima, die triginta dari ſtipulatus eſt, diuiditur ſolutio per tres penſiones *l. ſed Celſus 6. §. 1. inf. de contr. empt. l. Seia 12. de vſur.* Ergo & ſi conuenerit, vt niſi ſua quaque die pecunia ſoluta ſit, vendere pignus liceat creditori, poterit creditor etiam priuſquam omnium penſionum dies venerit, pignus vendere, vt ſecunda conuẽtio ex priore interpretationem recipiat, nec eueniat, vt vna diuidua ſit, altera indiuidua. Verum enim eſt, ſua quaque die nõ eſſe ſolutam pecuniam, cùm prima penſio ſua die ſoluta non eſt. DEC. Multum intereſt quibus verbis concepta ſit conuentio de vendendo pignore. Nam ſi quidem ita ſcriptum ſit, vt ſi qua pecunia ſua die ſoluta non erit, liceat creditori pignus vendere, id ſanè obtinet quod modò diximus, quia ſingulæ penſiones ſeparatim demonſtratæ intelliguntur, & ſufficit vel in prima ſoluenda ceſſatum eſſe, vt conuentioni de vendendo pignore locus fiat tanquam exiſtente condicione. At ſi pactus ſim, vt niſi ſua quaque die pecunia ſoluatur, liceat creditori pignus vendere, omnes penſiones huiuſmodi conuentione demonſtrantur, quia nec verum eſt, ſua quaque die nõ eſſe ſolutam pecuniam, priuſquam dies omnes venerint *argum. l. quicquid adſtringendæ 99. §. 1. infr. de verb. oblig.* Ergo nec permittendum eſt creditori, vt antequam penſionum omnium dies venerint, pignus vendat; alioqui ſi aduerſus conuentionem vendat, non ſolùm nihil agit, nec transfert dominium, ſed etiam furti ſe obligat *l. quamuis 6. §. vlt. ſupr.* Nam cùm ſic oratio & condicio aliqua concipitur, vt ſignificatio ſumatur ex vniuerſo, ſi quid in oratione falſum ſit vel minimum, totam orationem falſam efficit *l. ſi is qui ducenta 13. §. vtrum ita infr. de reb. dub.* Planè penſionibus omnibus præteritis, ſi vna portio ſoluta nõ ſit, etiamſi aliæ omnes ſolutæ proponantur, poteſt creditor pignus vendere, quia verum eſt, ſua quaque die nõ eſſe ſolutam pecuniam, cùm nõ omnes ſolutæ ſunt, & indefinita hoc caſu, vt aliàs ferè ſemper æquipollet vniuerſali *leg. ſi pluribus 44. de legat. 2.* (eadem ſcilicet ſubſiſtente ratione omnium ſub indefinita comprehenſorum, vt hîc Caſtr. notat) ſicuti pluralitas reſoluitur plerumque in ſuas ſingularitates *leg. falſa 33. §. vltim. de condict. & demonſtr. l. ſi ſeruus 9. §. 1. ſup. ſi quis cantion.* Notat etiam Bartolus ex hoc §. vniuerſalem negatiuam non poſſe dici falſam, priuſquã in quolibet particulari ſuo ſit impoſſibilis, item orationem diſtributiuam verificari in quolibet diſtributorum. Nec malè, nam dictio *quiſque* diſtributiua eſt vniuerſalis, non vt dictio *quiſquis* diſtributiua particularis *leg. qui liberis 8. §. 1. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Et quod dicimus hoc articulo *quiſque* omnes ſignificari *leg. hoc articulo 29. de hered. inſtit.* verum quidem eſt in ſenſu diſtributiuo, ſed non in collectiuo. Neque verò in prima ſpecie huius §. ait Pomponius orationem eſſe vniuerſalem collectiuè, ſed diſtributiuè, vt proinde nil neceſſe ſit dicere cum Bartolo Pomponium hîc loqui, non ſecundum propriam ſignificationẽ verborum, ſed iuxta rudem, vt ille loquitur, & graſſum verborum ſignificatum ex mente contrahentium. Apertè enim nititur Pomponius propria verborum, quibus condicio vendendi pignoris concepta eſt, ſignificatione; à qua ſi recedere ſine cauſa Iureconſulto liceret, nihil in iure noſtro certum eſſe aut dici poſſet *l. non aliter 69. de l. 3. l. ille aut ille 25. §. 1. eod. l. Labeo 7. in f. de ſupel. legat.* Fortior illa obiectio eſt, quam adfert Bartolus ex eo, quod ſicuti oratio iſta nõ eſt vera *omnibus diebus & terminis ſolutum eſſe* quando in aliquo ceſſatum eſt, ita neque illa vera eſſe poteſt *omnibus terminis non eſſe ſolutum*, ſi in aliquo ſit ſatisfactum. Cur ergo permittit creditori Pomponius hoc caſu pignus vendere, cùm pactio & condicio vendendi pignoris defeciſſe videatur? Reſpondet Bartolus, ſecundùm propriam ſignificationem verborum poſſe hanc obiectionem procedere: ſed in propoſita ſpecie, vt & in cæteris ſtipulationibus omnibus pœnalibus, aliter verba intelligi debere ex mente contrahentium, quæ illa fuit, vt omnibus terminis debitum ſolueretur, & conſequenter, vt ſi in aliquo terminorum ceſſatum eſſet, pignus vendi poſſet. Mihi verò magis placet, vt dicamus, ea potius ratione moueri Pomponium, quòd ad impediendam pignoris venditionem nihil proſit debitori partem debiti ſoluiſſe, ſi non totum ſoluerit, vt diximus ad §. *præcedentem*. Itaque quod diſtinguit Pomponius, quomodo verba condicionis concepta ſint, non ita accipiendũ eſt, quaſi aliquo caſu poſſit impediri vẽditio pignoris, ex eo quod in aliquo termino fuerit pro parte ſatisfactum, ſed vt intelligamus aliquo caſu contingere poſſe, vt quamuis nulla adhuc ex parte ſolutum ſit, debitum nondum tamen peruenire poſſit ad venditionem pignoris, quandiu tempora conuentionis largiuntur, vt ſatisfieri conuentioni, & totum debitum intra tempus præſtitutum ſolui poſſit. Denique differri venditio pignoris interdum poteſt, non ſolùm ſi pars debiti ſuo tempore ſoluta ſit, ſed etiamſi nihil, dummodo verba conuentionis non repugnent, nec totum tempus iam elapſum ſit, intra quod ſolui totum debitum adhuc poſſit: ſed præciſè impediri venditio pignoris non poteſt per partis ſolutionem, licet vel minimum ex ſorte aut vſuris deſit *l. quandiu 6. C. de diſtract. pignor. l. 1. & 2. C. debit. vendit. pignor. imped. non poſſ.* ſcilicet ſi totum tempus præterierit, intra quod totum debitum ſolui debuit, aut ſi conuentionis verba nihil niſi vnius aut alterius termini lapſum exigant, in quo ceſſatum ſit, & ita intelligi Pomponius hîc debet. Par-

ticularis enim oratio etiam in vno verificatur. Nec ruſus prohibendus eſt debitor ſoluere in vltimo termino, quod in prioribus duobus ſoluere potuerat, & debuerat: ne alioqui nulla ei ſuperſit ratio moræ purgandæ ad impediendam venditionem pignoris, cuius faciendæ nec alia cauſa eſt, quàm vt ex precio ſatis facere ſibi creditor poſſit. Toties enim purgatio moræ impeditur, quoties intereſt eius qui moram paſſus fuit *l. & ſi poſt tres 8. ſupr ſi quis cau tion l. ſtica quis 135. §. 8. ta in fin. de verb. oblig.* Atqui non ſolùm non intereſt creditoris moram non purgari, quæ per ceſſatam in prioribus terminis ſolutionem contracta fuit, ſed è contrario ipſius intereſt purgari, vt tanto citiùs & expeditiùs debitum ſuum per ſolutionem conſequatur, quod alioqui multo tardiùs & incommodiùs per venditionem pignoris conſequeretur. Differtur ergo pignoris venditio in id vſque tempus, quo terminus vltimus elapſus ſit, non quaſi condicio pactionis de vendendo pignore, non priùs extiterit, ſed quia non debet nocere debitori, quòd extiterit, cùm etiam poſt impletam cõdicionem vtiliùs & commodiùs futurum ſit creditori ſolutionem accipere, quàm ex conuentione pignus vendere. Itaque non eſt quod quis hoc caſu obiiciat, fruſtrà exſpectari euentum cõdicionis, cuius nihil operatur euentus ex *l. aliquando 13. §. vlt. infr. ad SC. Velleian. l. ſi quis ita 33. de hered. inſtit.* Nam qui in hac ſpecie euentus exſpectatur, prodeſſe poteſt, & verò omnimodo profuturus eſt, & debitori ad purgandam moram, & creditori ad conſequendam ſolutionem: qua ſecuta nihil iam erit, quod de vendendo pignore tractari vel poſſit, vel debeat.

4 ¶ De vendendo pignore in rem pactio concipienda eſt, vt omnes contineãtur. Sed, & ſi creditoris duntaxat perſona fuerit comprehenſa, etiam heres eius iure vendet, ſi nihil in contrarium actum eſt.

*Ad §. 4. De vendendo.*

RAT. DVB. Non alius poteſt pignus vendere, quàm creditor pigneratitius heréſve ipſius *leg. 4. ſup. & tot. tit. de diſtract. pignor. infr. & Cod.* Atqui etiam cùm in perſonam creditoris conceptum eſt pactum de vendendo pignore, nihilominùs heres eius poteſt vendere, niſi in contrarium expreſſim actum ſit, ne poſſit, vt ſubiicitur in hoc §. Ergo fruſtrà eſt quærere, an pactum de vendendo pignore in perſonam conceptum ſit, an in rem, cum vtroque caſu prod eſſe debeat creditori, eiuſque heredi. DEC. Eſt hæc vna ex pactorum diuiſionibus, vt alia ſint in rem, alia in perſonam *leg. iuris gentium 7. §. pactorum ſupr. de pact.* Quæ in perſonam ſunt, adeò cohærent perſonæ, vt eam egredi non poſſint, ne quidem fauore heredis aut patris, quæ verò in rem, proſunt omnibus, quorum poteſt intereſſe *leg. & heredi 21. in princip & §. vlt. & l. ſeq. l. idem in duobus 25. §. 1. leg. tale pactum 40. in princip eod.* Nec ad rem pertinet, quod quiſquis ſibi paciſcitur, in dubio etiam heredi ſuo paciſci intelligatur *leg. ſi pactum 9. infr. de probat.* ſiue quòd heredis & defuncti vna eadémque perſona eſſe videatur *leg. heredem 59 de regul iur. Nouell. 48. in princip. de iuretur. à morient. præſtit.* ſiue quòd heredis quoque perſona pro adiecta habeatur: id enim ſit, quia in dubio pactum cenſetur eſſe in rem, non in perſonam, vt nimirum non tantùm creditori proſit, ſed & creditoris heredi: alioqui licèt pignoris vinculum rem ipſam obligatam afficit, non perſonam ſolam obligantis, *leg. pignoris 17. infr. de pignor. l. pignoris 18. C. eod.* non ideo tamen conſequens eſſet, vt pactum ipſum de vendendo pignore omnimodo in rem videri deberet non in perſonam: quia poſſet eſſe perſonale, ſi id actum eſſet, quod tamen in dubio præſumendum non eſt, vt diximus. Eſt enim odioſa interpretatio, & quodammodo maligna, quæ facit vt ius alicui ex pacto ipſius quæſitum cum paciſcentis perſona intercidat *d. l. ſi pactum 9 de probat.* ſicut & ne onus alicui iniunctum ad eius quoque heredes pertineat *leg. annua 20. §. 1. de ann. legat. leg. alimenta 16. in princip. infr. de alim. legat.* Nec quod in pacto certa perſona demonſtrata ſit, ad rem facit. Id enim plerumque fit, vt appareat, cum quo pactum initum ſit, non vt perſonale pactum fiat *d. leg. iuris gentium 7 §. pactorum d. leg. tale pactum 40. in princip. ſupr. de pact.* Itaque ſi cum creditore pactum ſit de vendendo pignore, ita vt ſolius creditoris perſona demonſtrata ſit, poterit fieri vt adhuc pactum in rem ſit non merè perſonale. Hactenus nimirum vt creditoris heres quoque poſſit vendere, at non etiam alius quilibet ſingularis ſucceſſor, nempe quia creditoris hæres perinde creditor eſt, cùm ex lege duodecim tabularum actiones omnes hereditariæ & actiuæ & paſſiuæ tranſeant in heredem *leg. 1. C. ſi cert petat. leg. vlt C. de hered. act. leg. 1. & 2. Cod. ſi vnus ex plurib. hered. debit.* At cæteri ſucceſſores creditoris ſingulares, non æquè ſunt creditores, quia perſonalis obligatio ſiue actiua, ſiue paſſiua nunquam tranſit in ſingularem ſucceſſorem *leg. vlt. §. 1. infr. de contr. empt. leg. 1. §. ſi heres ad SC. Trebell.* Proinde videtur pactum hoc eſſe mixtum ex reali & perſonali. Eſt enim reale quod pertinet ad heredem creditoris, quoniam pacti verba non repugnant quod ſufficit *l. talem inſtitutionem 51. §. 1. in fin de hered. inſtit.* perſonale verò quod ad cæteros. Quòd ſi in rem conceptum expreſſim eſſet, vtique ſingularibus etiam ſucceſſoribus prodeſſet. Heredem porrò hîc cùm dicimus, non eum ſolum intelligimus, qui verè ac iure ciuili heres ſit, ſed omnes iuris ſucceſſores ſiue honorarij ſint, ſiue ciuiles, cuiuſmodi ſunt bonorum poſſeſſor, is cui reſtituta eſt ex Trebelliano hereditas & cui libertatis cauſa bona addicuntur, & ſi qui alij ſunt, qui cùm verè non ſint heredes, tamen heredum loco habentur. In priuilegiis eadem quæ in pactis diſtinctio adhibetur, an ſcilicet perſonalia ſint, an realia, id eſt, an perſonæ, an rei & cauſæ cohæreant, vt perſonalia ad alium non tranſeant, ne quidem ad heredem, realia verò tranſeant *l. quia tale 14. infr. ſolut matrim leg. ex pluribus 42. in fin. de admin. tutor. leg. vnic. Cod de rei vxor act. leg. 1. C. de priuileg. dot. iunct. l. aſſiduis 12. C. qui potior. in pign. hab.*

5 ¶ Cùm pignus ex pactione venire poteſt: non ſolùm ob ſortem non ſolutam venire poterit, ſed ob cætera quoque, veluti vſuras, & quæ in id impenſa ſunt.

Ad §.

*Ad §. vlt. Cùm pignus.*

RAT. DVB. Non ſolent attendi quæ fiunt per conſequentias *l. 1. l. quod dicitur 7. infr. de author. tutor.* Inſpiciendum enim eſt in conuẽtionibus omnibus quid principaliter actum ſit, non quid per conſequentiam euenire poſſit. Atqui cùm ſit pactum de vendendo pignore, id maximè ac potiſſimum agitur, vt ex ea venditione ſortis quantitas redigatur; quæ ſcilicet purè & abſolutè debetur, non autem vt eadem vſurarum quæ ſortis ratio conſtituatur. Nec enim vſuræ ſimpliciter & abſolutè debentur, ſed per accidens & ſecundùm quid ſub conditione illa *ſi ſors ſoluta non erit leg. Seia 12. & paſſ. infr. de vſur.* maximè verò ſi vſuræ non ſint in obligatione & ſtipulatione, vt in *l. centum Capua 8. ſupr. de eo quod tert. loc. l. 3. C. de vſur.* ſed officio tantùm iudicis præſtentur, vt in *l. 4. C. depoſit. l. qui per colluſionem 49. §. 1. de act. empt. l. quæro 54. infr. locat.* Denique omni caſu vſuræ ſunt acceſſiones. Ergo ſi ſors pro qua pignus datum fuerat, ſoluta ſit, non debet pignus vendi pro vſuris *arg. l. ſolutum 11. § ſi in ſortem infr.*

DEC. Pignus dari ſolet, vt cautum ſit creditori, non tãtùm pro ſorte, ſed etiam pro vſuris, quia nec aliter indemnis ſeruari creditor poteſt; quàm ſi & ſortem & vſuras ſibi debitas ſiue ex ſtipulatione, ſiue ex mora debitæ ſint, conſequatur. Ergo non minus pro vſuris etiam naturaliter tantùm debitis quã pro ſorte debita pignus vendere creditor poteſt: nimirum cùm pignus ex pactione vẽditur. Qui enim paciſcitur, vt liceat ſibi pignus vendere, de omni ſua vtilitate paciſci intelligitur, nec proinde diſtinguendum eſt, an vſuræ ex ſtipulatione, an officio iudicis debeantur, ſed tantùm an in eas quoque pignus obligatum fuerit necne *d. § ſi in ſortem verſ. ſiue autem.* In dubio tamen dicendum eſt pignus in omnem cauſam datum videri, id eſt, non minus in vſuras quàm in ſortem *l. 2. C. debit. vendit. pignor. imped. non poſſ.* quemadmodum dicimus fideiuſſorem ſimpliciter acceptum in omnem cauſam acceptum intelligi *l. quæro 50. vbi dicemus inf. locat.* Planè ſi in ſortẽ dũtaxat pignus obligatum ſit, nulla ratio eſt, vt propter vſuras id vendere liceat creditori: nam eo ſoluto propter quod pignus obligatum fuerat, ſiue in ſortem duntaxat, ſiue in vſuras tantùm, habet locũ pignoratitia *d. § ſi in ſortem.* Porrò quo caſu pignoratitia locum habet, certum eſt venditionem pignoris habere locum non poſſe, quia pignoris vinculum tenere neceſſe eſt, vt res obligata vẽdi poſſit. Quid? Nónne etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri poteſt *tot. tit. Cod. etiam ob chirogr. pecun. pign. retin. poſſ.* Vtique retineri, ſcilicet contra debitorem ipſum, ſed non vendi, ſiue de diſtrahendo pignore conuenerit ſiue non. Ita enim titulus ille intelligẽdus videtur, de quo tamen latius alibi ſcribemus. Et notandus eſt tanquam ſingularis hîc caſus, in quo pignoris retentio ſic datur, vt tamen vẽditio non permittatur. Non tantùm autem pro vſuris, quæ principali debito acceſſerunt, pignus vẽdi poteſt, ſed etiam pro iis omnibus, quæ in cauſam conſeruandi pignoris impenſa ſunt. Nam & pro iis impenſis pignus datum videri debet, pro quibus etiam retentio pignoris competit, non minus quàm contraria actio pignoratitia, vt initio huius legis vidimus. Quamuis tempore dati pignoris nihil dum eo nomine deberetur. Nec enim nouum eſt, vt etiam futuræ obligationi pignus accedat, ſicut & fideiuſſor *l. 5. infr. de pign. l. 6. §. 2. de fideiuſſ.* Iunge quæ dicemus ad *d. §. ſi in ſortem.*

9. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

SI rem alienam mihi debitor pignori dederit, aut malitioſè in pignore verſatus ſit: dicendum eſt, locum habere contrarium iudicium.

*Ad l. Si rem alienam 9.*

RAT. DVB. Actio pignoratitia, ſiue directa, ſiue contraria, locum habere non poteſt, niſi conſtituto & interueniente aliquo pignore, à quo & nomen ſumpſit. Vnde & dicitur à Papiniano iudiciũ, quod de pignore dato proponitur in *l. penul. infr. hoc tit.* Atqui alienæ rei pignus non ſubſiſtit, niſi vel ex volũtate domini datum ſit, vel per dolum & diſſimulationem domini *l. aliena res 20. infr. tot. tit. C. ſi alien. res pignor. dat. ſit leg. mulier 11. C. de diſtract. pignor.* Ergo pignoratitia contraria locum habere hoc caſu non poteſt, non magis quàm directa. In eóque alia cauſa eſt pignoris, alia venditionis. Res enim aliena vendi poteſt, licèt eam dominus auferre poſtea, & vindicare quandoque poſſit *l. rem alienam 28. infr. de contr. empt.* At res aliena pignori dari vtiliter non poteſt extra eos caſus, quos diximus.

DEC. Alia ratio conſtituenda eſt actionis hypothecariæ, alia verò pignoratitiæ perſonalis, ſiue directa illa ſit, ſiue contraria. Nam & ſi vtraque actio præſupponit pignoris aut hypothecæ conſtitutionem, attamen hypothecaria exigit omninò, vt pignus rectè ac vtiliter conſtitutum ſit, quia in rem actio eſt, quæ proinde ſupponit affectam eſſe rem vinculo pignoris, quæ porrò affici non poteſt, niſi pignoris conſtitutio efficaciter teneat. Pignoratitia verò perſonalis actio eſt, ad quam inducendam ſufficit præceſſiſſe conuentionem pignoris, licèt ab eo factã qui ius rei obligandæ nullum habuerit. Quod enim dicimus, rem alienam pignori dari non poſſe, non eò pertinet, vt qui rem alienam ignoranti ſciẽs dedit, non obligetur (quidni enim obligari debeat ex ſuo mendacio & dolo, cùm ignorantem creditorem deceperit *l. rem alienam 41. inf. hoc titul.*) ſed vt creditor tale pignus per hypothecariam perſequi non poſſit. Cæterum ſi debitor, qui etiam ſciens rem alienam pro ſuo debito pignori dedit, poſtea creditori ſuo debitum ſoluerit, nulla dubitandi cauſa eſt, quin perinde pignoratitiam actionem directam habere debeat ad rei in pignus datæ repetitionem, atque ſi rem ſuam propriam pignori dediſſet: ne alioqui plus iuris habeat creditor ex inutili conſtitutione pignoris, quàm habiturus fuerat, ſi vtilis præceſſiſſet. Quod certè abſurdum & ridiculum eſſet *arg. leg. in bello 12. §. ſi quis ſeruum infr. de capt. & poſtlim.* Quidni ergo habebit etiam creditor contrariam, ſi de dolo debitoris velit conqueri, quòd rem alienam ignoranti ſciens pignori dederit? Nam quod ad obligandas perſonas debitoris & creditoris, nihil aliud requirimus, niſi vt inter eos conuenerit de pignore, non etiam illud exigimus;

Digitized by Google

vt res pignori data iure obligata ſit. Neque in eo differentia vlla eſt inter pignus & venditionem rei alienæ: nam quemadmodum qui rem alienam vẽdit, & ſe obligat de euictione, & emptorem ad ſolutionem precij *d.l. rem alienam l. ſi quis alienam 46. de act. empt.* ita & qui rem alienam dedit pignori, obligat accipientem creditorem, vt ſoluto quandocunque debito eam rẽ actione pignoratitia illi ipſi qui dedit, reſtituere teneatur §. *is quoque infr.* (nec enim actio pignoratitia vllã habet implicitã dominij quæſtionem, cũ ſit merè perſonalis) & ſeipſum viciſſim obligat, vt ob dolum ſuum & mendacium actione cõtraria pignoratitia cõueniri poſſit: quomodo & ſi malitioſè verſatus eſſet circa pignus, vt ſequitur in textu, aut etiã ſi quid in illam rẽ pignori datam impẽdiſſet. Qua enim fronte recuſaret debitor earum impenſarum reſtitutionem, quã recuſare nõ poſſet, ſi propriam rem pignori dediſſet? An ideò fortè melioris conditionis eſſe debet, quòd rem alienam ſciens tanquam ſuam dederit pignori?

a *Aut malitioſè in pignore verſatus ſit.* Exempla duo adfert Accurſius. Primum ex Azone, ſi debitor rem quidem ſuam obligauerit, & pignori dederit, ſed quam ſciebat obligari non poſſe, fortè ob expreſſam prohibitionem teſtatoris, vt in *l. pater 38. §. fundum à filio de legat. 3. l. vlt. C. de reb. alien. non alienand.* Alterum ex Ioanne, ſi quis ſciens obligauerit ſeruum furem, qui poſtea creditori furtum fecerit vt in *leg. ſi ſeruus 31. inf. hoc titul.* Vtrumque exemplum rectum eſt, ſed tamen alij plerique caſus ſunt, & quotidie occurrunt, in quibus euenit, vt in pignore dando malitioſè verſetur debitor, vt proinde teneri debeat actione pignoratitia in id omne quod intereſt creditoris. Si tamen idem creditor etiam fideiuſſorem acceperit, nõ ideò fideiuſſorem habebit obligatum, quippe qui non pro pignore, ſed pro pecunia debita fideiuſſerit, vt eleganter Paulus noſter reſpondit in *l. ſi in pignore 54. inſ. de fideiuſſ.*

1 ¶ Non tantùm autem ob pecuniam, ſed & ob aliam cauſam pignus dari poteſt: veluti ſi quis pignus alicui dederit, vt pro ſe fideiubeat.

*Ad §. 1. Non tantùm.*

Rat. dvb. Pignus non alia de cauſa datur, quàm vt ſi pecunia debita non ſoluetur, poſſit creditor pignus diſtrahere, atque ita indemnitati ſuæ conſulere, vt diximus ad *leg. 4. ſupr.* Atqui ex pignoris venditione nihil niſi pecunia redigi poteſt. Venditio enim non fit ſine precio, quod porrò in pecunia numerata conſiſtere neceſſe eſt *leg. 1. infr. de contr. empt. l. 1. de rer. permut. §. precium Inſtit. de empt. & vendit.* Ergo non niſi pro pecunia debita pignus dari poteſt. Dec. Omni obligationi accedere pignus poteſt, ſicut & fideiuſſor *leg. res hypotheca 5. infr. de pignor. l. 1. de fideiuſſor.* id eſt, non tantùm ſiue ciuilis ſiue honoraria, ſiue denique naturalis duntaxat obligatio ſit, & ſiue præſens, ſiue futura, ſed etiam cuiuſcunque rei obligatio proponatur. Debitor enim eſt quiſquis ex quacunque cauſa aliquid debet, ſicut & creditor ille cui ex quacunque cauſa debetur *l. creditores 10. & ſeqq. l. condicionales 54. & ſeq. de verb ſignif.* & obligationem diffinimus iuris vinculum, quo neceſſitate adſtringimur, non tantùm pecuniæ, ſed generaliter alicuius rei ſoluendæ cauſa *Inſtit. de oblig.* Nemo autem neſcit rei nomen latiùs patêre, quàm pecuniæ *l. rei appellatio 5. de verb. ſignific.* quamuis pecuniæ appellatio ſit etiam generalis, vt omnia omnino, quæ in cuiuſque patrimonio eſſe poſſunt, cõprehendat *l. pecuniæ 178. eod.* Et hoc ſenſu accipi certè debet, quod ſcriptum eſt in *leg. debitor 108. eod. tit.* debitorem intelligi eum à quo inuito exigi pecunia poteſt. At Vlpianus in hoc §. cùm de pecunia loquitur, de pecunia numerata intelligit, quæ opponitur cæteris rebus omnibus quæ ſunt extra pecuniam numeratam *d. l. pecuniæ.* Denique ex qua cauſa poteſt quis eſſe alterius creditor, etiam pignoratitius eſſe poteſt *d. l. res hypotheca.* Proinde ſi quis fideiuſſorem quærat, nec facilè inueniat, niſi dato pignore, etiam ex hac cauſa pignus dare poterit. Iuſta enim & honeſta hæc cauſa eſt dandi pignoris, vt inuitetur ad fideiubendum is qui alioquin fideiuſſurus non eſſet, cùm neceſſitas dandi fideiuſſoris aliqua ſubeſt, vt in *l. 2. §. vlt ſup. de iudic. & tot. titul. qui ſatiſd. cogant.* Nec enim liberatur dando pignus qui ſatiſdare cogitur *l. 1.* vbi diximus *ill. tit.* Planè honeſtam cauſam eſſe oportet ob quam pignus detur, non turpem, vt benè hîc notat Accurſius ex *l. 1. & 2. C. de condict. ob turp. cauſ.* Hoc enim fit ex primo illo iuris principio, quo iubemur honeſtè viuere *l. iuſtitia 10. §. 1. ſupr. de iuſtit. & iur.* ex quo & cætera proficiſcuntur omnia, quæ ratione publicæ honeſtatis fieri vel iubentur vel prohibentur, vt docuimus in Iuriſprudentiæ Papinianeæ ſcientia ad *§. penult. eod. ill. tit. de iuſtit. & iur.*

2 ¶ Propriè pignus dicimus, quod ad creditorem tranſit: hypothecam, cùm non tranſit, nec poſſeſſio ad creditorem.

*Ad §. 2. Propriè pignus.*

Rat. dvb. Rem ſimpliciter cùm dicimus, rei proprietatem & dominium ſignificamus, non nudam poſſeſſionem. Vnde eſt quod Vlpianus ſcribit in *l. 3. §. vlt. infr. vti poſſid.* aliud eſſe rei precium, aliud poſſeſſionis, & ſeparatam eſſe cauſam proprietatis & poſſeſſionis in *l. 1. §. huius autem edicti eod. titul. l. naturaliter 12. §. nihil commune & l. pen. in princip. de acquir. poſſ.* Atqui pignus etiamſi ſit rei mobilis, & quæ pugno contineatur, quam magis propriè pignus appellamus *l. plebs eſt 238. §. pignus de verb. ſignific.* nunquam transfert dominium, nec ſi traditio ſecuta ſit, quia non omnis traditio, quamuis à domino facta transfert dominium, ſed ea tantùm quæ fit ex iuſta cauſa, id eſt, iure ciuili cognita & adprobata, & habili ad dominium transferendum *leg. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin. l. 3. ſupr. ſi vſusfruct. pet.* Ergo verum non eſt, quod hîc Vlpianus ſcribit, propriè pignus dici, quod tranſit ad creditorem: ſemper enim manet proprietas debitoris, & ſola poſſeſſio pignoris tranſit ad creditorem *l. cùm & ſortis 35. §. 2. inſr. hoc*

*inſr. hoc titul.* DEC. In vna quaque re duo potiſſimùm conſideranda ſunt, proprietas & poſſeſſio. Itaque etiam res tranſire in alium dicitur, cùm poſſeſſio ſola tranſit, licè proprietas non tranſeat. Ex verò cùm res corporales eæ dicantur, quæ tangi, videri, aut alio corporis ſenſu percipi poſſunt *l.1.§.quadam ſup.de rer.diuiſ.* & apud Iuſtinianum *tit. de reb. corpor. & incorp.* apparet poſſeſſionem illam ſolā eſſe, quæ tangi poteſt, quia in corpore conſiſtit non proprietatem quę tota iuris eſt, nec niſi intellectu percipi poteſt, & à poſſeſſione ſecerni. Ergo cùm Vlpianus hîc ſcribit, pignus propriè eſſe, quod tranſit ad creditorem, ſic neceſſariò accipi debet, vt quantum ad poſſeſſionem ſolam tranſeat, non quantum ad proprietatem, vt conſtat non ſolùm ex *d. l. cùm & ſortis §.1.* ſed etiam ex eo, quod idem Vlpianus noſter hîc ſubiicit, hypothecam eſſe propriè non pignus, cùm nec poſſeſſio ad creditorem tranſit. Nulla tamen inter pignus & hypothecam differentia eſt, quod pertinet ad actionem hypothecariam *l. res hypotheca 5.§.pen.infr.de pign.§ item Seruiana Inſtit. de action. l.1. ſup.* vbi diximus, & cætera quæ ad huius §. interpretationem adferri poſſent explicauimus.

3 ¶ Omnis pecunia exſoluta eſſe debet, aut eo nomine ſatisfactum eſſe, vt naſcatur pigneratitia actio. ſatisfactum autem accipimus [a], quemadmodum voluit creditor, licèt non ſit ſolutum. ſiue enim aliis pignoribus ſibi caueri voluit [b], vt ab hoc recedat, ſiue fideiuſſoribus [c], ſiue reo dato [d], ſiue pretio aliquo [e], vel nuda conuentione [f], naſcitur pigneratitia actio. Et generaliter dicendum erit, quoties recedere voluit creditor à pignore: videri ei ſatisfactum, ſi is, vt ipſe voluit, ſibi cauit: licèt in hoc deceptus ſit [g].

*Ad §.3. Omnis pecunia.*

RAT. DVB. Sicuti pecunia numerata per ſe diuiſibilis eſt numero, ita & pecuniæ obligatio & ſolutio *l.2. in princ. ſtipulationes non diuiduntur 72. de verb. oblig.* Et quamuis creditor, cui certa ſumma debetur, non ſit cogendus per partes accipere ſolutionem, quia ſolutio per partes habet magna incommoda ex parte creditoris *leg. 3. in princ. ſup. famil. erciſc.* ſi tamen creditor accipiat vltro partis ſolutionem, conſtat liberationem pro ea parte debitori contingere *l. ſtipulatus ſum 9.§.1. infr. de ſolut.* ſibi enim debet imputare qui vltro accepit, cùm non cogeretur. Atqui ſublata perſonali obligatione, pro qua pignus datum fuerat, pignoratitia actio naſcitur, quia cùm pignoris obligatio ſit acceſſoria, vt ſæpius diximus, non poteſt manere pignus obligatum pro quantitate iam ſoluta, nec tantùm ſi ſolutio vera ſit & naturalis, ſed & ſi ficta & imaginaria, puta per nouationem *l. nouatione 18. inf. de nouat.* Ergo quemadmodum ſi tota pecunia debita exſoluta ſit, naſcitur in totum actio pignoratitia pro toto pignore repetendo, vt ſcriptum eſt in hoc §. ita & parte duntaxat ſoluta, dicendum eſt pro ea parte naſci pignoratitiam, vt eadem ſit ratio partis ad partem, quæ totius ad totum *vulg. l. quæ de tota 76. ſupr. de rei vendic.* DEC. Pignoris cauſa indiuidua eſt, cùm pignus contrahitur *l. rem hereditariam 65. inf. de euict.* ita vt creditori competat hypothecaria in ſolidum aduerſus res obligatas, etiamſi maior pars debitæ pecuniæ ſoluta ſit, ſi modò aliquid deſit ex debito ſiue ſortis ſiue vſurarum *l. quandiu 6. & paſſ. C. de diſtract. pignor. l.1. & 2. C. debit. vendit. pignor. imped. non poſſ.* Ergo & in diſſoluendo pignore eadem iuris ratio facere debet, vt cauſam pignoris indiuiſam eſſe oporteat, & quemadmodum totam pecuniam exſolutam eſſe oportet, vt inhibeatur creditori hypothecaria, ita & vt naſcatur debitori pignoratitia: & quamuis ſolutione partis debiti tollatur pro parte perſonalis obligatio, & conſequenter pro ſumma ſoluta tollatur vinculum pignoris, attamen pro ea parte, quæ remanet debita, pignus totum & in ſolidum durat, quia indiuiduum eſt: ſicut & conditio tacita quæ tam hypothecariæ quàm pignoratitiæ actioni ineſt indiuida eſt, vt ſunt cæteræ omnes conditiones *l. cui fundus 56. infr. de condic. & demonſt.*

a *Satisfactum autem accipimus.* RAT. DVB. Non poteſt liberari pignus, nec proinde naſci pignoratitia, niſi principalis obligatio ſoluta ſit, vt proximè diximus. Atqui non poteſt contingere liberatio, niſi ſoluto eo ipſo quod debetur, non etiam ſi aliud pro alio *l. eam à quo 16. & ſeq. Cod. de ſolut.* Ergo nec poteſt videri ſatisfactum creditori, cui pecunia debebatur, ſi aliud ei ſolutum ſit, quàm pecunia, maximè verò cùm ſatisfactio pro ſolutione ſit *l. ſatisfactio 52. inf. de ſolut.* Vt proinde non aliud venire debeat in ſatisfactionem, quàm quod veniret in ſolutionem. DEC. Etiam ſolui aliud pro alio poteſt volenti creditori, *l.2.§. mutui datio ſup. de reb. credit.* Quid enim agit prætor, cùm dictat actionem creditori, niſi vt ei ſatisfiat? Ergo ſi creditori ſatisfecerit debitor aliter quàm per ſolutionem eius ipſius quantitatis quæ debebatur, dummodo ſatisfactum ſit eo modo, quo creditor voluit, dicendum eſt, perinde naſci pignoratitiam, ac ſi ſolutum eſſet illud ipſum quod debebatur. Id enim eſt, quod dicimus, ſatisfactionem pro ſolutione eſſe non quidem oblatam, ſed factam *d. l. ſatisfactio, iunct. l.1.§. inde quæritur inf. de oper. noui nunciat.* Satisfacere enim velle, nihil prodeſt, ſed ſatisfeciſſe prodeſt, vt ſubiicitur in *l. ſeq.* & apertiùs in *l. item liberatur 6.§.1. inf. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolut.* Is enim qui ſatisfecit, ſemper habet quod obiiciat petitori *l. ſi pupillus 45. in fin. de admin. tutor.* Oblationem ſiquidem ſatisfactionis iuſtè recuſare poteſt creditor, qui aliud pro alio accipere nec vult, nec cogitur, ſed facta poſtquàm fuit ſera & inutilis recuſatio eſt, neque poteſt videri facta iniuria ei qui ſemel voluit, licèt hodie nolit *l. in diem 9. §.1. de aqua & aquæ pluu. arcend.* neque rurſus poteſt obligatio iure extincta ea nuda creditoris voluntate & pœnitentia reuiuiſcere *vulg. l. g. qui res 98. §. aream infr. de ſolution. leg. ob eam cauſam 9. infr. de præſcr. verbor.*

b *Siue aliis pignoribus ſiue caueri voluit.* RAT. DVB. Non patitur prætor in executione iudicati obligationes fieri ex obligationibus. *l. 4. §. ait*

*prætor infr. de re iudic.* Ergo neque ad inducendam actionem pignoratitiam permittendum fuit pignora ex pignoribus fieri, & pro vno pignore aliud pignus dari, ne ita facilè res abeat in infinitum.

Dec. Alia ratio eſt ſatisfactionis, quæ offertur in executione contractus, vt hæc, de qua agimus, alia illius, quæ in executione iudicati, de qua *in d. §. ait prætor.* Quæ prioris generis eſt, nullum adfert creditori, nec reipublicæ incommodum: ſolius enim creditoris intereſt, vt quomodo velit, ei ſatisfiat. Quę verò poſterioris eſt generis, & creditori & reipublicæ plerunque non modò inutilis, ſed etiam damnoſa eſt: creditori quidem, quoniam ſi pro pecunia ſibi ex iudicato debita obligationem acciperet, partam ſibi iam ex cauſa iudicati perſecutionem ad initium alterius petitionis redigeret, quod non leue incommodum eſt, vt etiam hoc ſolo prætextu minor reſtitui in integrum poſſit *l. minor annis* 40. *in princip. ſupr. de minor.* reipublicæ verò, quia ſi obligationes ex obligationibus fierent, neceſſe eſſet fieri etiam de lite lites, vt ſcriptum eſt in *d. §. ait prætor*, quod à publica vtilitate valde alienum eſt, quæ lites execratur *l. 4. §. 1. ſupr. de alien. iudic. mut. cauſ. fact.* & nefas eſſe credit litem alteram conſurgere ex primæ litis materia *l. 13. Cod. de fructib. & lit. expenſ.* Ergo aliud pignus pro alio dari nihil prohibet. Quamuis enim hoc caſu principalis obligatio duret, quæ alia ad hunc verſiculum dubitandi ratio eſt, ipſum tamen vinculum pignoris ſublatum eſſe ſufficit, vt pro illa re, quæ antea pignori obligata fuerat, & hodie liberata eſt, actionem pignoratitiam inducamus. Qui enim agit pignoratitia, non hoc intendit ſe liberatum eſſe, ſed liberatam eſſe rem, quam obligauerat à vinculo pignoris, quo antea tenebatur, ſiue ſublata ſit perſonalis obligatio, ſiue adhuc duret *d. l. item liberatur in princip. l. 2. C. de luit. pign.*

c *Sine fideiuſſoribus.* Rat. dvb. In ſatiſdatione quæ nihil niſi fideiuſſoris dationem ſignificat, *l. 1. ſupr. qui ſatiſd. cogant*, non vtimur Atilicini ſententia, qui putabat, ſi ſatiſdetur alicui certæ pecuniæ nomine, recedere illum à pignorib. debere *d. l. item liberatur 6. in fin. infr. quib. mod. pign. vel hyp. ſoluit.* Ergo ex ſola datione fideiuſſoris quantumlibet idonei non poteſt naſci actio pignoratitia. Dec. Multum refert, an fideiuſſor pro pignore offeratur inuito creditori, an volenti: ſi inuito, non ideò pignus liberatur: ſed ſi volenti & expreſſim conſentienti, vt per fideiuſſoris dationem à pignore recedatur (hoc enim omnino exigitur, nec fideiuſſorem volenti creditori datum eſſe ſufficeret) aliud eſt, quia ſufficit ſatisfactum eſſe creditori eo modo quo voluit, vt ſcriptum eſt in hoc §. Liberatur ergo hoc caſu pignus, non quia ſatiſdatum ſit creditori, ſed quia ſatisfactum ei fuerit. Latiùs enim patet nomen & poteſtas ſatisfactionis, quàm ſatiſdationis, vt ex hoc §. apparet. Satisfieri quoquomodo poteſt dum creditor conſentiat, ſed ſatiſdari non poteſt niſi datis fideiuſſoribus *d. l. 1. qui ſatiſd. cogant.*

d *Sine reo dato.* Expromiſſorem intelligit, cuius obligatio differt in eo à fideiuſſoria, quòd ſemper principalis nunquam acceſſoria eſt. Obligat enim ſe expromiſſor pro non obligato, ſiue is obligatus aliquando fuerit, deinde per nouationem liberatus, ſiue nunquam obligatus fuerit *leg. & eleganter 7. §. ſeruus ſupr. de dolo leg. aliquando 13. in princip. infr. ad SC. Velleian. leg. vt res 53. infr. de contr. empt.*

Rat. dvb. etiam expromiſſore per debitorem dato verum eſt conueniſſe de pignore, nec tamen ſolutam eſſe pecuniã. Ergo nec hypothecaria, nec pignoratitia locum habere hoc caſu poteſt, vt argumentatur Caius in *d. l. aliquando* §. 1. Dec. Cùm expromiſſor datur ab eo qui iam obligatus fuit, expromiſſio facit nouationem, nouatio autem liberat pignus, niſi conuenerit, vt pignus repetatur *leg. ſolutum 11. §. 1. inf. hoc tit. l. nouatione 18. de nouat.* Atqui tractamus de expromiſſore dato ab eo qui iam erat obligatus: alioqui pignoris, quod dediſſet, obligatio non teneret. Ergo per expromiſſionem non minùs quàm per aliam quamlibet nouationis ſpeciẽ pignus liberatur, & conſequẽter pignoratitia perinde atq; per ſolutionem inducitur. Nam quod ad obligationem perimendam attinet, tantum poteſt nouatio, quantum ſolutio, niſi quòd ſolutio naturalis modus eſt tollendæ obligationis, nouatio autem ciuilis & fictitius *l. pen. infr. de ſolut. & apud Inſtit. tit. quib. mod. oblig. tollit. l. 1. & paſſ. infr. de nouat.*

e *Sine precio aliquo.* Rat. dvb. Cùm pignus reddit creditor accepto à debitore precio, non ideò videri poteſt accepiſſe, quod ſibi debebatur: aliud enim eſt debitum pro quo pignus datum eſt, aliud verò precium pignoris pro debito dari *l. ſi in pignore 54. infr. de fideiuſſ. l. ſoluitur 5. §. ſi conuenerit infr. quibus mod. pign. vel hyp. ſoluit.* Ergo non poteſt ea res inducere pignoratitiam actionem, quia precij loco non ſolutionis nomine accepta eſt *d. §. ſi conuenerit.*

Dec. Contractus pignoris bonæ fidei eſt. Ex bona autẽ fide non eſt, vt creditor & pignus retineat, & pignoris precium, ſicuti de venditore & emptore ſcriptum eſt in *l. ex empto 11. §. qui autem l. bona fides 50. infr. de action empt.* Ergo ſi creditor accipiat à debitore precium pignoris, licèt non ideo pecuniam ſibi debitam accipere videatur, idcircóq; perſonalis obligatio, cui pignus acceſſit, non perimatur, vinculum tamen ipſum pignoris neceſſariò ſolutum & ſublatũ intelligitur. Hoc verò ſufficit ad pignoratitiam inducendam. Ergo & hoc caſu pignoratitia naſcetur debitori ad pignus repetendum, quia hoc quoque caſu verum eſt, voluiſſe creditorem à pignore recedere, eíque ſatisfactum eſſe quantum ad pignoris cauſam attinet, eo modo quo creditor voluit. Aliud eſt in ſpecie *d. §. ſi conuenerit.*

f *Vel nuda conuentione.* Rat. dvb. Nihil tam naturale eſt, quàm diſſolui vnumquodque eo modo quo colligatum eſt *vulg. l. nihil tam naturale 35. de regul. iur. l. prout 80. de ſolut.* Atqui pignus non tantùm nuda voluntate, ſed etiam traditione contrahitur *leg. 1. ſupr.* Ergo nec nuda voluntate diſſolui poteſt, ſaltem eo caſu quo per traditionem contractum ſit: & verò conſtat certos eſſe ac legitimos quoſdam modos, vt contrahendæ, ita & diſſoluendæ cuiuſlibet obligationis *leg. obligationum ferè 44. §. placet de oblig. & action.* inter quos modos nuda voluntas non eſt, vt neque ad amittendum dominium, quod non niſi certis quoque modis & acquiritur & amittitur *l. ſi quis vi 17. §. differentia infr. de acquir. poſſ.* Nam & liberatio ab obligatione quædam veluti alienatio eſt, cùm is qui liberat debitorem, eum alienare videatur *§. at ex contrario Inſtit. quib. alien. licet vel non* ſicuti ex alia parte ſpecies acquiſitionis eſt ab ipſa obligatione liberari *leg. ſpecies 11. de acceptil. l. ſi pupilli 66. in fin. de ſolut.* Dec. Pignus non tantùm traditione, ſed etiam nuda voluntate debitoris conſtituitur, nec magis traditio pignoris rem obligatam efficit, quàm nuda conuentio de pignore *d. l. 1. ſupr.* Ergo quemadmodum ſi nulla tra-

ditione

ditione interueniente pignoris vinculum ſola conuentione contractum eſſet, æquè nuda voluntate diſſolui poſſet ex regula *dict. leg. nihil tam naturale.* ita & cùm traditio interuenit, perinde dicendum eſt, eâdem nihilominùs facilitate pignus diſſolui poſſe, cùm ad eius obligationem conſtituendam nihil adiiciat traditio, ſed tantùm proſit ad hoc vt in creditorem poſſeſſio transferatur *§. propriè* vbi diximus *ſupr.* Et quemadmodum nuda voluntas debitoris pignus conſtituit etiam abſente & ignorante creditore, vt cernere eſt in pignore teſtamẽtario *leg. non eſt mirum 26. infr. hoc titul. leg. Lucius 12. de alim. & cibar. legat.* ita & nuda quælibet voluntas debitoris ſufficere debet ad pignus diſſoluendum *leg. ſoluitur 5. & ſeqq. & paſſ. quibus modis pign. vel hypothec. tollit.* Et hæc vera germanáque huius iuris ratio eſt, non quam vulgò noſtri adferunt, quòd obligatio pignoris acceſſoria tantùm ſit, & modici momenti. Si tamen alicui contractui creditor conſenſerit, vt ex ea cauſa pignus remiſiſſe videatur, ſciendum eſt, non aliter ſublatum intelligi vinculum pignoris quàm ſi contractus ille effectum habuerit *leg. ſicut 8. §. ſi voluntate & l. voluntate 10. eod. tit.*

g *Licèt in hoc deceptus ſit.* RAT. DVB. Dolus magis abeſſe debet ab omnibus contractibus, præſertim ab iis qui bonæ fidei ſunt *leg. bonam fidem 4. Cod. de oblig. & action.* ita vt ſola æquitate iudiciorum bonæ fidei dolus, ſi ex alterutra parte admiſſus ſit, vindicetur *leg. ſed ſi ideo 21. ſolut. matrim. leg. huiuſmodi 84 §. qui ſeruum de legat. 1.* Atqui contractus pignoris bonæ fidei eſt, vt proximè diximus. Ergo & dolus ab eo abeſſe debet *leg. 3. ſupr.* nec ferendum eſt, vt pignus remiſſum intelligatur à creditore, qui deceptus fuit.

DEC. Vnicuique ſua nimia facilitas & credulitas imputanda eſt *leg. 1. §. dolum ſupr. de eo per quem fact. erit.* nec enim hîc, tam ab alio, quàm à ſeipſo decipitur, cautiúſque negotiari debuit, vt in *leg 2. Cod. de furt. & ſeru. corrupt.* Neque verò exiſtimandum eſt, deceptionis nomine dolum ſemper ſignificari, vt conſtat ex *leg in cauſa 16. §. idem Pomponius ſupr. de minor. leg. item ſi pretio 22. § vltim. infr. locat.* Atqui is qui pro pignore aut aliud pignus accipit minoris precij, aut fideiuſſorem minùs idoneum, aut etiam nuda voluntate diſceſſit à pignore, cùm falſo crederet, nullum ſibi ex eo damni periculum imminere, cùm ſe locupletiorem debitorem habere putaret, non eo minùs cenſendus eſt creditor à pignore in perpetuum diſceſſiſſe, vt pignoratitia actio inde naſcatur. Non enim debuit creditor tam facilis eſſe ad ſatisfactionem pro ſolutione admittendam. Dolus itaque hoc caſu eſt, non tam in perſona, quem vulgò dolum ex propoſito appellant, quàm in re ipſa vt in *dict. §. idem Pomponius & dict. §. vltim. leg. ſi quis cùm aliter 36. de verbor. obligat.* ideóque & in contractum bonæ fidei cadere poteſt, nec magis actione de dolo, quàm æquitate ipſius iudicij bonæ fidei vindicari debet. Denique pignoris remiſſio, neque alienatio, neque donatio eſt *l. 1. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolu. leg. etſi pignus 18. infr. quæ in fraud. cred. dit.* Vnde eſt, quod etiam conſtante matrimonio mulier iura hypothecarum dotalium remittere poteſt *d. l. etſi pignus l. etiam conſtante 11. leg iubemus 21. C. ad SC. Velleian* Ex his apparet, quod Accurſius & Bartolus hîc benè notant, pignoratitiam actionem naſci quidem ex contractu pignoris mediatè, ſed tamen immediatè non tam naſci ex contractu, quàm ex ſolutione & ſatisfactione: ſolutionem enim & ſatisfactionem præcedere neceſſe eſt, vt pignoratitia naſci poſſit, etſi Bart. non inſubtiliter diſtinguit, an quæramus vnde naſcatur hęc actio, an verò quando naſcatur, vt naſcatur quidẽ ex contractu dudum anteà inito & celebrato, tanquam ex materia antiqua, vt ipſe loquitur, ſed tamen non niſi à tempore ſolutionis, aut potiùs ſatisfactionis. Adfert exẽpla ſimilia Accurſius in mutuo recõciliato per conſumptionem. Naſcitur enim condictio illa certi ex cõtractu mutui, ſed ex die conſumptionis tantùm *l. nam & ſi fur 13. & l. præced. ſupr. de reb. credit. l. ſi quis pro eo 56. § ſi nũmos infr. de fideiuſſ.* item in actione tutelæ quæ naſcitur ex ſuſceptione tutelæ, nec tamen niſi à die malæ adminiſtrationis *l. ſi tutor 13. & ſeq infr. de tutel. & Ration. diſtr.* item in actione de dote, quæ non naſcitur, niſi ſoluto matrimonio aut ſuperueniente mariti inopia, non tamen ex diremptione matrimonij *l. 1. C. de repud. l. ſed ſi alia 5. infr. de bon. damnat. l. ſi conſtante 24. infr. ſolut. matr. l. vbi adhuc 29. Cod. de iur. dot.* Nec verum eſt, quod quidã crediderunt, quos Accurſius refert, in ſupradictis caſibus naſci quidem ſtatim actionem, ſed non ſtatim exerceri poſſe *arg. l. ſerui & filij 17 infr. de furt.* Non enim poteſt naſci actio, priuſquã caſus euenerit, qui actioni cauſam præbet. Hinc verò quærit Accurſius: an ergo actioni pignoratitiæ præſcribi poſſit, antè quàm nata ſit? Et rectè reſpondẽt non poſſe ex *l. 1. in fin. C. de annal. except.* Priùs enim eſt ordine naturæ, temporis, & intellectus, vt nata ſit actio, quàm vt extingui poſſit *l. 4. de iuſtit & iur l. ſi partem 19. in princip. ſupr. quem ſeruit. amitt.* Priuatio ſiquidem præſupponit habitum *l. decem 116. de verb. oblig.* Sed tamen addit Accurſius, & Bart. probat, iuri offerendi & ſoluendi præſcribi poſſe *arg. l. plures apochis 19. C. de fid. inſtrum. l. cùm notiſſimi 8. § eodem iure C. de praeſcr. 30. vel 40 annor. l. ſi finita 15. § poſteaquàm autem inf. de damn. infect.* Pro qua ſententia facit, quod habet iuris regula, eũ qui poteſt facere, vt poſſit, iam videri poſſe *l. qui poteſt facere 174. de regul. iur.* Qua tamen ratione poſſet quis etiã tentare, pignoratitię quoq; actioni præſcribi poſſe, cùm ſit in poteſtate debitoris facere, vt poſſit agere pignoratitia, ſoluendo ſcilicet debitum, aut aliter ſatisfaciendo, atq; ita implendo condicionem, ex cuius implemento pignoratitia naſcitur. Verùm ſicuti priorem Accurſij propoſitionem veram eſſe arbitror, quia non ſufficit naſci poſſe actionem ad hoc, vt præſcribi poſſit, ſed natam eam eſſe omnimodo neceſſe eſt, non minùs quàm vt poſſit exerceri *§. vlt. huius legis,* ita poſteriorẽ non probo, quia ius offerendi & ſoluendi ex quo naſcitur pignoratitia, non tã iuris eſt, quàm meræ volũtatis & facultatis, perinde atque vt alij cuilibet condicioni ſibi adſcriptæ quis pareat. Quæ autem meræ voluntatis & facultatis ſunt, præſcribi nunquam poſſunt *vulg. l. viam publicam 2. infr. de via public.* Iura enim illa ſunt quæ ſpatio triginta, vel ad ſummum quadraginta annorum perimi poſteriores Imperatores voluerũt in *l. 3. & 4. C. de praeſcrip. 30. vel 40. annor.* In eõq; ius hoc offerendi quod debitori cõpetit aduerſus creditorem ad inducendam pignoraticiam actionem, differt maximè ab eo de quo in *d. l. cùm notiſſimi 8. § eodem iure Cod. de praeſcript. 30. vel 40. annor.* id eſt, quod creditori poſteriori competit aduerſus anteriorem ad confirmandum ius ſui pignoris. Conſiſtit enim illud in iure non in facultate, & idcirco præſcribi iure poteſt. Concludamus igitur neque pignoratitiam actionem priuſquàm nata ſit, neque

ius offerendi ad eam inducendam, competens vllo temporis ſpatio præſcribi poſſe. Alioquin fieret, vt creditor alienam rem ſibi datam pignori ſciens vſucaperet ac ſibi acquireret, ſi non directò, ſaltem per indirectum, quod eſſet contra iuris rationem: Titulus enim pro ſuo, vt in omnibus vſucapionibus concurrat neceſſe eſt, nunquam autem titulus pro alieno *l. pignori 14. infr. de vſucap. l. 1. pro ſuo.*

4 ¶ Is quoque, qui rem alienam pignori dedit, ſoluta pecunia poteſt pigneratitia experiri.

*Ad §. 4. Is quoque.*

Rat. dvb. Is qui alienam rem pro ſuo debito pignori dat, nullum pignus contrahit, niſi det ex voluntate domini, aut expreſſim conſentientis, aut ſubdolè diſſimulantis *leg. aliena 10. infr. & tot. tit. C. ſi alien. res pignor. dat. ſit.* Ergò fieri non poteſt, vt ſoluto debito pignoratitiam habeat, cùm pignoratitia non poſſit eſſe ſine pignore. Dec. Conuentio de pignore, quamuis rei alienę, ſufficit ad inducendam pignoratitiam actionem, tam directam ex parte debitoris aduerſus creditorem ſoluto debito, vt in hoc §. quàm contrariam ex parte creditoris aduerſus debitorem, vt in principio huius legis diximus. Aliud enim eſt rem ipſam affici & obligari, quod per conuentionem pignoris rei alienæ fieri non poteſt, aliud verò perſonas ipſas obligari, quæ de pignore conueniunt, quòd æquè fit data pignori aliena atq; propria: quomodo etiam in venditione alienæ rei contingit *l. rem alienam 28. infr. de contr. empt.* vt ſcripſimus ad initium huius legis. Aliud iuris eſt in hypothecaria, quæ non poteſt naſci ex ſola conuentione pignoris, niſi res ipſa obligetur, & afficiatur, quoniam actio illa in rem eſt, non vt pignoratitia in perſonam. An autem data pignori re aliena, eáque vendita, debitor liberetur, alia quæſtio eſt, de qua in *l. reſcriptum 12. §. 1. infr. de diſtract. pignor.* vbi ſi Deus volet, dicemus.

5 ¶ Qui ante ſolutionem egit pigneratitia, licèt non rectè agit: tamen, ſi offerat in iudicio pecuniam, debet rem pigneratam, & quod ſua intereſt, conſequi.

*Ad §. vlt. Qui ante.*

Rat. dvb. Non poteſt ſequi condemnatio ex actione malè inſtituta, non magis quàm ex actione nulla. Quid enim refert an vicioſè quid fiat, an nullomodo? *l. quoties 6. ſupr. qui ſatiſd. cogant. l. 2. infr. de auth. tutor.* ſicuti nec ſine actione agere quiſquam poteſt *leg. ſi pupilli 6. §. vlt. de negot. geſt.* Atqui malè inſtituit actionē is, qui agit pignoratitia antequàm debitum ſoluerit, aut aliter eo nomine ſatisfecerit, cùm pignoratitia non niſi ex ſolutione aut ſatisfactione naſcatur §. *omnis pecunia ſupr.* Imò verò non tam malè agit, quàm ſine actione, cùm eam actionē inſtituat, quæ nondum nata eſt, neq; competit vt & in *leg. vnic. in fin. ſup. quand dies vſufr. legat. ced.* Fieri ergo non poteſt, vt ex eiuſmodi actione nullomodo competente, támque malè inſtituta, ſequi poſſit condemnatio. Nam & hodie poſt ſublatas actionum impetrationes & formulas à Theodoſio, actionem tamen quæ inſtituitur, neceſſe eſt cōpetere *l. 1. & 2. Cod. de formul. & impetr. act. ſublat.* nec quod ex poſtfacto, & pendēte iam lite ius aliquod actori ſuperueniat, facere debet, vt poſſit vincere, quia ſicuti contractus ita & actionis cuiuſque initium ſpectandum eſt *l. ſi procuratorem 8. in princip. infrà mandat. l. non tantùm 12. de SC Maced.* Non enim poteſt videri in iudicium veniſſe id, quod poſt iudicium acceptum accidit. Ideóq; alia interpellatione opus eſt *l. non poteſt videri 22. ſupr. de iudic.* nempe cùm actio perſonalis eſt. Nam in actionib. in rem aliud iuris eſſe conſtat, ſiue ſpecialis in rem actio ſit, ſiue generalis, adeóq; ſi in rem actio ſcripta ſit *l. quæſitum 30. infr de pecul.* Quamquam & hoc caſu ex parte actoris requirimus, vt dominium ei acquiſitum pendēte lite, ſit acquiſitum ex cauſa de præterito, vt puta ſi extiterit cundicio legati, quomodo Bartolus bene diſputat contra Azonem.

Dec. Multum intereſt, an ius ſuperueniat pendente lite ex cauſa de præterito, quæ iam deducta ſit in iudicium, an ex cauſa de futuro. Priore caſu poteſt ſequi condemnatio ex actione præmatura & malè inſtituta *leg. ſi mandauero tibi 17. infr. mandat. l. ſi Titium 9. infr. de verb. oblig.* Poſteriore verò non poteſt *d. l. non poteſt.* vbi vide quæ ſcripſimus *ſupr. de iudic. l. ſi ponas 13. §. vlt. l. ſi non mortis 25. in fin. ſupr. de inoffic. teſtam.* Atqui cùm debitor dat pignus creditori, ius ſibi ſtatim acquirit, vt quandocunque ſoluto debito pignoratitia actio naſci poſſit cōtra creditorem. Ergo ſi egerit debitor pignoratitia ante ſolutionē, licèt malè egerit, ac præmaturè ante natam actionem, ſi tamen poſteà pecuniam offerat in iudicio, perinde haberi debet, acſi benè ritéque egiſſet, vt & rem pignoratam, & quod ſua intereſt ex natura actionum bonæ fidei conſequatur, quia ius illud cauſam habet de præterito, non de futuro. Sufficit enim per creditorem ſtetiſſe, quominus pecunia ei ſoluatur, vt naſcatur pignoratitia *l. aliena res 20. §. ſi per creditorem infr.* Ita vt non ſit neceſſaria obſignatio, nec magis ſi extra iudicium, quàm ſi in iudicio fiat obligatio: quicquid dicat Bartolus. Tunc enim obſignatio neceſſaria eſt, cùm fit oblatio ad inducendam liberationem tollendámq; obligationem, non etiam cùm ad moram ſolùm impediendam *l. ſi per te non ſtat 9. l. acceptam 19. C. de vſur.* Quod tamen hîc Vlpianus ſcribit de oblata in iudicio pecunia, noli cum pragmaticis noſtris intelligere de nuda oblatione verbali, cuius in iure noſtro effectus nullus eſſe vnquam poteſt, ſed de vera & reali quā recuſare creditor probè non poſſit, & quæ etiam citra obſignationē vim habeat ſolutionis; quomodo & cùm prudentes noſtri de eo loquuntur, qui paratus ſit ſoluere, aut ſatisfacere, aut fideiuſſorē dare, de eo ſemper intelligunt, qui in manu habeat pecuniam, aut præſentem fideiuſſorē, aut quid aliud quod pro ſatisfactione eſſe poſſit vt in *l. ſi reus 73. ſup. de procurat. l. ſi debitori 21. ſupr. de iudic. l. item liberatur 6. §. qui paratus infr. quib. mod pign. vel hypoth. ſoluit.* Noli rurſum intelligere de oblatione, quæ facta ſit ante litem conteſtatam, quomodo intelligit Bartolus ad *leg. item illa 18. in princip. ſupr. de pecun. conſtit.* Ponit enim Vlpianus factam eſſe oblationem in iudi-

Digitized by Google

in iudicio pignoratitiæ actionis, ac preinde poſt litem conteſtatam, nec enim dabat prætor iudicem, niſi lite apud ſe conteſtata *leg. 2. Cod. de pedan. iudic.* Quod à Bartolo cæteriſque vulgaribus interpretibus ignoratum eſſe mirum non eſt, quibus iudiciorum vetus mos & ritus fuit omnino incognitus. Idem Bartolus notat condemnandum eſſe hoc caſu debitorem ad expenſas litis ob malè inſtitutam actionem, exinde verò condemnandum eſſe creditorem tanquam ab eo tempore malè ac temerè litigantem, cùm in pœnam temerè litigantium condemnatio expenſarum infligatur *l. eum quem temerè 79. ſupr. de iudic. l. qui ſolidum 78. in princip. & §. 1. de legat. 2. l. ſi quis inficiatus 13. depoſit.* Moribus tamen noſtris expenſarum compenſatio potiùs fieret ob mutuam victoriam.

10. CAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

QVòd ſi non ſoluere, ſed alia ratione ſatisfacere paratus eſt, fortè ſi expromiſſorem dare vult: nihil ei prodeſt.

*Ad l. Quòd ſi non ſoluere 10.*

RAT. DVB. & DECID. eadem eſt ad hanc legem, quæ ad §. *omnis pecunia verſic. ſatisfactum autem accipimus l. prox. ſupr.* Nam cùm ſatisfactio pro ſolutione ſit *l. ſatisfactio 52. infr. de ſolut.* videbatur non minùs per ſatisfactionem quàm per ſolutionem naſci pignoratitia. Sed aliud iuris eſt, quia cùm aliud pro alio ſolui inuito creditori non poſſit *l. 2. §. mutui datio ſupr. de reb. credit.* ſatisfacere velle nihil prodeſt, quamuis ſatisfeciſſe proſit *leg. item liberatur. 6. §. 1. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit. l. ſtatuliber. rationem 5. in fin. infr. de ſtatulib. l. promiſſor 21. in fin. ſupr. de pecun. conſtit.* Omnis enim ſolutio ſatisfactio eſt, ſed non ſatisfactio quælibet ſolutio: quamuis vtroque nomine actum perfectum ſignificemus, non ſolam & nudam oblationem, & ſoluendi aut ſatisfaciendi voluntatem. Denique is qui quoquomodo ſatisfecit liberatur, quia ſemper habet quod obiiciat petitori *leg. ſi pupillus 45. in fin. de adminiſt. tutor.*

11. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

SOlutum non videtur, ſi lis conteſtata cum debitore ſit de ipſo debito: vel ſi fideiuſſor, conuentus fuerit. Nouata autem debiti obligatio pignus perimit: niſi conuenit, vt pignus repetatur.

*Ad l. Solutum 11.*

RAT. DVB. Nouata debiti obligatione pignus perimitur *leg. nouatione facta 18. infr. de nouat.* niſi conuenerit expreſſim vt repetatur, vt Vlpian. hîc ſubiicit. Nam cùm pignoris obligatio acceſſoria ſit, certum eſt, non poſſe illam ſubſiſtere ſine principali, ex regula *leg. cùm principalis 178. de regul. iur.* Porrò principalem obligationem, cui pignus acceſſerat, per nouationem extingui nemo dubitat. Quid enim aliud eſt nouatio, quàm prioris obligationis peremptio, & in ſequentem transfuſio? *leg. 1. infr. de nouat.* Atqui per litis conteſtationem fit nouatio, adeòque delegatio *leg. delegare 11. §. 1. eod.* Ergo ſi lis conteſtata ſit cum debitore de ipſo debito, dicendum eſt, nouatione peremptam eſſe obligationem, & conſequenter natam eſſe pignoratitiam actionem, non minùs quàm ſolutione: cùm nouatio ſolutionis poteſtatē & effectum obtineat perinde ac ſatisfactio, quæ ſimiliter pignoratitiam inducit *l. prox. ſupr. §. præterea Inſtit. quib. mod. tollit. oblig.*

DEC. Alia ratio eſt nouationis voluntariæ, alia neceſſariæ, cuiuſmodi illa eſt, quæ fit per conteſtationem *l. aliam 29. infr. de nouat.* Nouatio voluntaria extinguit obligationem omnem, & principalem & acceſſoriam, vt fideiuſſorum, & pignorum, ſiſtitque curſum vſurarum *d. l. nouatione leg. emptor 27. eod. tit. l. vnic. Cod. etiam ob chirogr. pecun. pign. retin. poſſ.* debet enim ſibi imputare qui vltrò nouauit obligationem, cùm non cogeretur. At nouatio neceſſaria non ſimiliter, quia ex eo quod iuris aut facti neceſſitate fit, nulla coniectura voluntatis aut remiſſionis ſumi poteſt *l. ſeruum quoque 33. §. vlt. ſup. de procurat.* neque verò conteſtando facit quis conditionem ſuam deteriorem *leg. non ſolet 86. & ſeq. de regul. iur.* Inde eſt, quod dicimus lite conteſtata vſuras currere *l. lite conteſtata 35. infr. de vſur.* id eſt, non deſinere deberi, ſi anteà debebantur, neque earum curſum ſiſti, vt explicauimus in *error. 2. decad. 1. de error. pragmat.* Eadem ratio facit vt etiamſi creditor iudicatum, id eſt, cōdemnatum fecerit debitorem, nihilominus hypotheca maneat obligata *leg. vnic. Cod. etiam ob chirogr. pecun. pign. retin. poſſ. l. grege 13. §. etiamſi infr. de pignor.* quamuis æquè fiat nouatio per condemnationem *l. ſi fundus 16. §. ſi pluris eod. l. vlt. C. de vſur. rei iudic.* quia nouatio illa æquè neceſſaria non voluntaria eſt.

1 ¶ Si quaſi daturus tibi pecuniam, pignus accepero, nec dedero: pignoratitia actione tenebor, & nulla ſolutione facta. Idémque & ſi acceptò lata ſit pecunia [a], vel condicio defecerit, ob quam pignus contractum eſt [b], vel ſi pactum, cui ſtandum eſt [c], de pecunia non petenda factum eſt.

*Ad §. 1. Si quaſi daturus.*

RAT. DVB. Actioni pignoratitiæ locus fit, cùm obligatio pignoris ſublata & finita eſt *leg. ſi rem 9. §. omnis pecunia ſupr.* Atqui non poteſt finiri pignoris obligatio, quæ nec initium accepit *leg. Titio vſusfructus 96. de condic. & demonſtr.* Porrò cùm quis quaſi daturus pecuniam, pignus accepit, nec poſteà pecuniam dedit, nulla dici poteſt contracta pignoris obligatio, quippe quæ ſine principali

ſubſiſtere nequit, cùm ſit acceſſoria. Principalis autem nulla eſt, cùm nulla fuit ſecuta numeratio, ex qua nimirum principalis obligatio naſci potuit, & debuit, nulla interueniente ſtipulatione *leg. cùm enim 7. infr. de nouat.* Ergo non poteſt videri hoc caſu finita pignoris obligatio, quæ nec initium vllum habuit, & conſequenter non poteſt locum habere pignoratitia.

Dec. Pignoratitiam actionem inducit ſola conuentio, & datio pignoris, quoties illud præterea concurrit, vt retinendi pignoris cauſa nulla ſubſit, vt diximus ad *leg. ſi rem 9. in princip. & ad §. ſi quoque ſupr.* Atqui ponimus & conueniſſe de pignore, & traditam fuiſſe rem pignori, quaſi pro futuro debito, quod tamen poſteà ſecutum non ſit. Ergo ſi pecunia nulla data ſit, nec proinde contracta aliqua obligatio principalis, perinde naſcitur pignoratitia, atque ſi pecunia ei numerata fuiſſet, qui pignus dedit, poſteà verò ab eo ſoluta. Quid enim refert, an pignus obligatum nunquam fuerit, an hodie non ſit, id eſt, an perſonalis obligatio finita ſit, an verò imperfecta, nec initium vnquam habuerit? *l. nihil refert 4. ſupr. de condict. ſine cauſ.* Nec nouum eſt, vt nulla facta ſolutione pignoratitia naſcatur, tum quoque cùm pecunia numerata fuit, nec reddita, vt in ſpecie *l. eleganter 24. §. vlt. infr.* Sic vbi finitum eſt pignus, inquit Accurſius, datur pignoratitia *l. pen. §. 1. de except. rei iudic.* Sic interdum vbi finitum eſt mandatum, datur mandati actio *leg. inter cauſas 26. in princip. l. ſi præcedente 58. in princip. inf. mandat.* Sic denique etiam poſt finitam emptionem durat aliquando ex empto actio *l. ex empto 11. §. is qui vina de action. empt.*

a *Idémque & ſi accepto lata ſit pecunia.* Rat. dub. Nihil tam naturale eſt, quàm vnumquodque diſſolui eo modo, quo colligatum eſt *vulg. leg. nihil tam naturale 35. de regul. iur. l. prout 80. infr. de ſolut.* Atqui pignoris obligatio aut re contrahitur, aut nuda conuentione *l. 1. ſupr.* Acceptilatio autem non fit niſi verbis, cùm fiat per ſtipulationem *leg. 1. & paſſ. infr. de acceptilat.* Ergo per acceptilationem pignoris obligatio diſſolui non poteſt, per acceptilationem, inquam, pecuniæ debitæ. Nam cùm per ſtipulationem tantùm fiat acceptilatio, vt diximus, certum eſt in ſtipulationem non venire, niſi quantum, & quatenus verbis ſtipulationis comprehenſum eſt *l. quicquid adſtringendæ 99. de verb. oblig.* Aliud autem eſt pecunia debita, aliud verò pignus pro pecunia datum. Proinde cùm ponamus pecuniam duntaxat accepto latam eſſe, nihil cauſæ eſt, cur pignoris obligatio, quæ longè diuerſa eſt, finita eſſe videatur. Quod tamen ad pignoratitiam inducendam neceſſe eſt. Dec. Acceptilatio vim ſolutionis habet, quoniam imaginaria ſolutio eſt *§. 1. Inſtit. quib. mod. tollit. oblig.* Atqui ſolutio pecuniæ debitæ parit pignoratitiam actionem *l. ſi rem 9. §. omnis pecunia ſupr.* Ergo & acceptilatio pecuniæ debitæ eundem effectum habere debet: præſertim cùm per acceptilationem fiat ſemper nouatio, priore ſcilicet ſtipulatione interpoſita animo nouandi, vt obligatio prima, quæ aliter fortaſſe quàm verbis contracta fuerat, verbis diſſolui poſſit *l. & vno 18. & l. ſeq. §. 1 infr. de acceptilat.* Atqui iam diximus nouatione facta legitimè & hypothecas liberari & pignora ex *l. nouatione 18. de nouat.* Conſequens igitur omninò eſt, vt accepto lata pecunia quæ debebatur, pignus finiatur, ac proinde vt naſcatur pignoratitia.

b *Vel condicio defecit ob quam pignus contractum eſt.* Rat. dub. Pecunia ſub condicione promiſſa, ſi poſteà condicio deficiat, perinde habenda eſt, ac ſi promiſſio nulla præceſſiſſet *l. pecuniam 36. ſupr. de reb. credit.* Atqui ſi nulla pecuniæ facta fuiſſet promiſſio, neque pignus dari potuiſſet, neque naſci proinde pignoratitia vnquam poſſet. Ergo neque cùm datum pignus eſt pro pecunia promiſſa ſub condicione, quæ poſteà defecerit. Dec. Etiam pro futura obligatione pignus dari poteſt *l. 5. infr. de pignor. ſicut & fideiuſſor l. 6. §. 2. infr. de fideiuſſ.* Atqui ex condicionali promiſſione ac ſtipulatione ſperari poteſt futura obligatio in caſum ſcilicet euenientis condicionis *l. cedere diem 213. de verb. ſignific.* Adeò vt etiam pendente condicione, condicionalis creditor dicatur creditor, tranſmittátq; ſpem ſtipulationis & euenturæ condicionis in heredem, ad differentiam eius cui ex teſtamento aliquid ſub condicione debetur *l. is cui 42. de oblig. & action. §. ex condicionali Inſtit. de verb. oblig.* Ergo etiam pro debito cõdicionali pignus dari poteſt, ac proinde ab eo tempore incipit naſci ius competituræ quandocunque pignoratitiæ, quoties in eum ſtatum res deducetur, vt omnis ſpes futuræ obligationis extinguatur: nihil enim eſt, quod ſoluere debeat is, qui pignus dedit, cùm nihil debet: deficiente autem condicione, neque debet, neque debere quicquam poteſt is, qui pignus anteà dederat, quaſi aliquo caſu ſub condicione debiturus. Perinde igitur naſci debet ex condicionis defectu pignoratitia, atque ſi pecunia fuiſſet aliquando purè debita, ac deinde ſoluta, vt defectus condicionis pro ſolutione ſit, quandoquidem faciendæ vnquam ſolutionis & neceſſitatem & metum extinguit.

c *Vel ſi pactum cui ſtandum eſt.* Rat. dub. Pactum nudum de non petendo nõ tollit actionem, neq; obligationem ipſo iure, ſed tantùm per exceptionem *l. ſi tibi 17. §. de pignore l. ſi vnus 27. §. pactus ne peteret ſupr. de pact.* Atqui non poteſt naſci pignoratitia actio, niſi ſublata & extincta perſonali obligatione cui pignus acceſſerat *l. ſi rem 9. §. omnis pecunia ſupr. hoc titul.* & apparet ex ſupradictis exemplis. Ergo etiamſi pactum de nõ petenda pecunia factum ſit, cui ſtari oporteat, non tamen ſtatim conſequẽs videtur, vt pignoratitia actio locum habeat. Dec. Nihil intereſt quod ad rei effectum pertinet, an actio aliqua ſublata ſit ipſo iure, an tolli poſſit ope exceptionis *l. nihil intereſt 112. de regul. iur.* adeò vt neq; creditor dici debeat is qui actionem aliquam habet, ſi ea poſſit exceptione perpetua ſummoueri *l. creditores 10. l. creditor 55. vnd. l. debitor 106. de verb. ſignific.* Ergo & qui perpetuam exceptionem habet, qualis illa eſt, quæ competit ex pacto de nõ petendo, quoties in rem eſt, & ſine temporis vlla præfinitione, non in perſonam aut temporale *l. ſoluitur 5. infr. qui potior. in pignor. hab.* perinde pignoratitiam habere debet, ac ſi iure ipſo liberatus eſſet. Effectũ enim rei Prætor inſpicit, tanquam æquitatis cuſtos & magiſter, non meram iuris ſubtilitatem, maximè verò in actione pignoratitia, quæ tota prætoria, & ex æquitate eſt *l. debitor 39. infr. ad SC. Trebell.*

1 ¶ Si in ſortem duntaxat, vel in vſuras obſtrictum eſt pignus: eo ſoluto, propter quod obligatum eſt, locum habet pigneratitia. Siue autem vſuræ in ſti-

pulatum deductæ ſunt, ſiue non: ſi tamen pignus & in eas obligatum fuit[a]: quandiu quid ex his debetur, pigneratitia ceſſabit. Alia cauſa eſt earum, quas quis ſupra licitum modum [b] promiſit. nam hæ penitus illicitæ ſunt.

*ad §. 2. Si in ſortem.*

RAT. DVB. Etiam ob chirographariam pecuniam pignus pro alio debito datum retineri poteſt, & quidem per doli mali exceptionem, vt ſcriptum eſt in *l. vnic. C. etiam ob chirog. pecun. pign. retin. poſſ.* quia dolo malo facit debitor, nec audiendus eſt, qui ſolam pecuniam illam offert, cuius nomine pignus dederat, niſi pro illa etiam ſatisfaciat, quam ſimpliciter, id eſt, ſine pignore mutuam accepit, vt in eadem lege ſcriptum eſt. Ergo etiamſi in ſortem duntaxat, non etiam in vſuras pignus datum ſit, dicendum tamen eſt, etiam pro vſuris chirographariis retineri illud poſſe: & conſequenter etiam ſoluta ſorte propter quam datum fuerat pignus, pignoratitiam tamen locum non habere. Propter quam cauſam, & ne hic locus cum ſupradicta Gordiani conſtitutione pugnaret, exiſtimauit aliquando vir doctiſſimus Iac. Cuiacius, hunc §. corruptum eſſe in illis verbis *vel in vſuras*: & pro *vel* legendum eſſe *nec*: ſic enim docuit *lib. 5. obſeru. cap. 28. & lib. 15. c. 22.* quamuis ab ea ſententia & emendatione tandem receſſerit *lib. 19. obſeru. cap. 27.*

DECID. Pignus quamuis ſine traditione contrahi poſſit, non tamen ſine conſenſu & voluntate debitoris *l. 1. ſup.* Ergo nec in aliam cauſam teneri poteſt, quam pro qua conuenit vt pignori res eſſet. Et conſequenter ſi in ſortem duntaxat pignus datum proponatur, nulla ratio eſt, vt ſoluta ſorte, pro vſuris licet eiuſdem ſortis, retineri adhuc poſſit, ſiue præcedentis ſiue ſubſequentis temporis vſuræ ſint, quæ debentur. Ac ſimiliter ſi pro vſuris duntaxat ſortis, quamuis adhuc debitę pignus datum fuerit, ſolutis vſuris retineri pignus pro ſorte non poterit, quod ad excluſionem ſortis pro vſuris duntaxat datum ſit, ac proinde ſoluto eo pro quo pignus obligatũ fuit, neceſſe eſt naſci pignoratitiam actionem, vt ſcriptum eſt in hoc §. *iunct. l. per retentionem 4. l. ſi vſuras 11. & ſeq. C. de vſur.* Nec ad hunc caſum pertinere conſtitutionem Gordiani credendum eſt in *d. l. vnic.* quæ vult etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri poſſe, ſed ad illum duntaxat quo pignus datum ſit ſimpliciter, non in certam aliquam cauſam nominatim, ſiue ſortis ſiue vſurarum, cum dictione taxatiua. Tunc enim veriſſimum eſt, quod ex hoc §. plerique notant, pignoris conſtitutionem pro certo duntaxat debito factam, ſuos fines nunquam excedere. Sed ſi pignus ſimpliciter, ac ſine taxatione vlla datum ſit, tum verò maior dubitatio eſt, an in vſuras quoque cedat. Probabilius tamen arbitror ſi iam tum vſurarum fuit debitum, cùm pignus daretur, etiam in vſuras pignus cedere, tã quæ iam erant debitæ, quàm quæ deberi poſtea cœperunt, nec minus ſi vel officio iudicis mercenario vel naturaliter tantùm quàm ſi etiã ciuiliter debebantur, licèt noſtri putent requiri hoc caſu ſpecialẽ pro vſuris obligationem. Sicq; intelligo, quod ſcriptum eſt in *l. ſi neceſſarias 8. §. vlt. ſupr. hoc tit. & in l. creditor 12. §. aliàs. l. ſi prior. §. ſciendum & l. Lucius 18. infr. qui potiores in pignor. hab.* Credibile namque eſt, in omnem cauſam datum pignus fuiſſe, quod ſimpliciter datũ eſt *l. 2. C. debit. vendit. pignor. impedi. non poſſ.* ire eò quod vniuerſam eſſe cauſam pignoris & fideiuſſoris. Fideiuſſor enim acceptus ſimpliciter non in omnem cauſam acceptus intelligitur, niſi nominatim ita conuenerit *l. quæro 54. inf. locat. l. fideiuſſores magiſtratuum 68. §. 1. infr. de fideiuſſ. iunct. l. vlt. eod.* Nempe quia fideiuſſoris obligatio augetur, ſi in omnem cauſam id eſt, etiam vſurarum acceptus eſſe dicatur, cùm tamen non niſi ſortis mentio facta ſit in fideiuſſione. Abſurdum enim eſſet fideiuſſorem, qui ex ſtipulatione tantùm obligari poteſt, in plus obligari quàm verbis ipſis ſtipulationis obligari ſe velle ſignificauerit *l. 5. §. ſatis acceptio & l. quicquid 99. de verb. oblig. l. blanditus 12. C. de fideiuſſ. & d. l. fideiuſſores. §. 2. & d. l. vlt. de fideiuſſ.* cùm fideiuſſio ſit ſtricti iuris. At nihil additur obligationi eius qui pignus dat, etiamſi dicamus videri eum in cauſam quoq; vſurarum dediſſe, quoniam qui pro maiori quãtitate pecuniæ pignus dat, non ideò magis aut in plus ſe obligat, ſed efficaciorem duntaxat exigendæ pecunię facultatem pręBet creditori, & contractus hic bonæ fidei eſt, qui proinde ampliorem ex bona fide recipit interpretationem. At ſi cùm pro debito nõdum vſurario pignus datum eſſet, conuenerit poſtea, & ex interuallo de vſuris præſtandis, nec adiectum ſit quicquam de pignore, nulla ratio eſt, vt pro iis quoque vſuris pignus datum intelligatur, quæ ſcilicet tempore dati pignoris in eo erant, vt neque deberentur, neque deberi ſperarentur *d. l. 4. C. de vſur.* Hoc enim adiiciendum eſt, ne quis fortè putet nos exiſtimare, pignus etiam pro vſurario debito datum, ad vſuras tamen, quę poſt dationem pignoris acceſſerũt, porrigi non debere: quod certè falſum eſt, quia ſufficit cauſam & originem obligationis earum præceſſiſſe *d. §. ſciendum & d. l. Lucius.* Nec diſtinguendum eſt, an pacto nudo promiſſæ ſint vſuræ, an per ſtipulationem, id eſt, an naturaliter tantùm fuerint debitę, an etiam ciuiliter. Huic enim diſtinctioni tum demũ locus eſt, cùm de petendis vſuris agitur, non cùm de retinendis *d. l. 4. C. de vſur.* Tantundem enim prodeſt naturalis obligatio ad retentionem, quantum ciuilis *l. 3. § vlt. ſupr. quod quiſq. iur. l. naturales 10. de oblig. & action. l. fideiuſſor 16. §. naturales. infr. de fideiuſſ.* Neque ſententiæ noſtræ obſtat ſupradicta Gordiani conſtitutio, quæ pignus retinèri poſſe ait etiam ob chirographariam pecuniam. Intelligi enim debet de ſorte chirographaria, non de ſortis pignoratitię, nec tamen ab initio, vſurariæ vſuris chirographariis poſteriore conuentione promiſsis, denique de duabus ſortibus vna pignoratitia, alia chirographaria, nõ de ſorte pignoratitia, & vſuris chirographariis, vt Cuiacius loquitur *d. cap. 27. lib. 19. obſeruat.* quod & verba ipſa conſtitutionis demonſtrant. Quamquam non probo, quod idem Cuiacius ait, nouam eſſe conſtitutionem illam, ideóq; non facilè vltra fines ſuos extendendam. Illa ſiquidem verba *iure enim contendis* oſtendunt ſatis nihil noui iuris ea conſtitutione induci, ſed vetus tantùm conſeruari. Etſi autem verum eſt quod diximus, pignus pro ſorte datum ſimpliciter, ac ſine taxatione etiam pro vſuris datum intelligi, non tamen ſtatim fit conſequens, vt etiam pro vſuris pignus vendi poſsit, niſi vendatur ex pacto, vt in *d. l. ſi neceſſarias. §. vlt.* Aliud enim eſt retinere

poſſe pignus, aliud vendi, vt ad *d. §. vlt.* docuimus. Alioqui dicendum eſſet, etiam pro vſuris naturaliter tantùm debitis pignus vendi poſſe, perinde atq; retineri *d. l. 4. C. de vſur.* quod tamen verum non eſſe ex eo apparet, quod vſuræ naturaliter tãtùm debitæ peti nullomodo poſsũt, nec proinde exigi quomodo poſſunt illæ quæ ciuiliter & ex ſtipulatione debentur *d. l. 4. & l. 3 eod.* Exigerentur autem ſi pro iis quoque vendi pignus poſſet, ſicut exigi pecunias dicimus, quæ in iudicati executione ex pignorũ venditione percipiuntur *l. à Diuo Pio 15. §. ſi pignora & ſeqq. infr. de re iudic.* At cùm ex pacto pignus venditur, id certè actum intelligi debet, vt non minùs pro vſuris quoquomodo debitis vendi poſſit, quàm pro cæteris omnibus quæ in pignus impenſa ſunt *d. l. ſi neceſſarias. §. vlt.* ne alioqui creditor paciſcendo, vt pignus vendere ſibi liceat, retentionis ius hoc ipſo ſibi ademiſſe videatur, ſi non magis ex precio venditi pignoris vſuras naturaliter tantùm ſibi debitas retinere poſſit, quàm ex ipſo pignore quod vendidit, & ex venditionis cauſa tradidit. Planè quod ad vſuras etiam ciuiliter debitas pertinet, dubitari minùs poteſt, quin pro iis & retineri pignus, & vendi poſſit, etiamſi pactio nulla de pignore vendendo interceſſerit, quia cùm poſſint peti, etiam per actionem ex ſtipulatione, multò magis per venditionem pignoris exigi poſſunt. Eſtq; hæc differentia inter vſuras ex ſtipulatione debitas, & eas quæ ex pacto nudo, vt quæ ſequuntur in hoc §. apertè demonſtrant. Id enim duntaxat monet Vlpianus in hoc §. nullam eſſe differentiam, vtrum vſuræ ex ſtipulatione, an ex pacto nudo debeantur, quantum ad hoc, vt vtroq; caſu ſi in eas tantùm, & cum hac taxatione pignus datũ ſit ſolutis vſuris, poſſit pignus repeti per actionem pignoratitiam, quamuis nondum ſoluta ſorte. Vt intelligamus extra hunc caſum & in aliis quibuſdam differentiam eſſe, vt melioris condicionis ſint, quæ ciuiliter quàm quæ naturaliter duntaxat debentur, non vt pro naturaliter tantùm debitis requiratur ſpecialior obligatio pignoris, vt noſtri exiſtimant: ſed vt pro iis vendi pignus non poſſit, pro vſuris autem ciuiliter debitis poſſit. Nec Accurſius, nec Bartolus, nec Cuiacius, neque Cuiacij reprehenſores hinc extricare ſe potuerunt.

a *Si tamen pignus & in eas obligatum fuerit.* Intellige ſiue expreſsè, ſiue tacitè: ſufficit enim pignus ſimpliciter datum eſſe pro debito iam vſurario, vt non tantùm pro ſorte, ſed etiam pro vſuris, ſiue naturaliter duntaxat, ſiue ciuiliter quoque debitis, datum eſſe intelligatur: ſolúſque caſus ille excipiendus eſt, vt diximus, quo in ſortem tantùm vel in vſuras tantùm pignus obligatum ſit. Cæterùm ſiue in ſortem & vſuras, ſiue in vſuras duntaxat pignus obligatum fuerit, quandiu aliquid ex vſuris debetur, pignoratitia ceſſat, quia verum eſt, nõdum eſſe ſolutam omnem pecuniam pro qua pignus datum fuit *l. ſi rem 9. §. omnis pecunia ſupr.* Ponendum igitur eſt vſuras iſtas aliquomodo debitas fuiſſe, id eſt, aut ex pacto nudo, aut ex ſtipulatione, aut ſaltem ex mora, vt in bonæ fidei iudiciis, quomodo & Accurſius noſter hîc bene notat *l. mora 32. §. in bonæ fidei. infr. de vſur.* Itémque in cauſis minorum, & in legatis ac fideicommiſſis *l. in minorum 3. C. in quib. cauſ. non eſt neceſ. in integr. reſtit. l. Titia Seio 87. §. vſuras de legat. 2.*

b *Alia cauſa eſt earum quas quis ſupra licitum modum.* Rat. dub. Vſuræ promiſſæ quamuis ſupra legitimum modum & licitum, tamen promiſſæ ſint, ſiue per ſtipulationem, ſiue per nudum pactum promiſſæ proponantur. Ergo cùm non eò minùs naturaliter tantùm ſint debitæ, (naturalis enim obligatio ex pacto etiam nudo naſcitur *l. Stichum aut Pamphilum 95. § naturalis. infr. de ſolut.*) etiam propter eas pignus retineri poterit. Dec. Non omnia pacta tuetur Prætor, vt ex iis det exceptionẽ & retentionem, ſed ea tantùm quæ nec contra leges ſunt, nec contra bonos mores *l. iuris gentium 7. § ait Prætor. ſupr. de pact. l. pacta quæ contra 6. C. de pact.* & quę ideò iuſta dicuntur à Papiniano in *d. § naturalis.* Sicuti neq; omnes ſtipulationes aut ius ciuile aut Prætor ratas habet, ſed ſimiliter eas tantùm quæ nec legibus nec bonis moribus aduerſantur *l. ſtipulatio hoc modo concepta 61. de verb. oblig. l. 1. l. ex eo 4. & paſ. C. de inutil. ſtipulat.* Atqui contra leges ſunt pacta & ſtiqulationes vſurarum illicitarum. Ergo propter eas retentio nullo caſu dari poteſt, quia penitus illicitæ ſunt: & quod vſurarum nomine ſupra legitimum modum etiam per ſtipulationem promiſſum eſt, pro non adiecto, & non promiſſo haberi debet *l. pecuniæ 9. l. placuit 28. infr. de vſur.* Tantúmque abeſt, vt vel peti, vel retineri poſſint, vt etiamſi ſolutæ fuerint, condicantur tamen tanquam indebitæ *l. ſi non ſortem 26. § 1. ſupr. de condict. indeb.* vbi diximus.

3 ¶ Si creditori plures heredes exſtiterint, & vni ex his pars eius ſoluatur: non debent cæteri heredes creditoris iniuria adfici: ſed poſſunt totum fundum vendere, oblato debitori eo, quod coheredi eorum ſoluit. quæ ſententia non eſt ſine ratione.

*Ad §. 3. Si creditori.*

Rat. dub. & decid. ad hunc §. eadem eſt quæ ad *§. ſi vnus ex heredibus. l. ſi neceſſarias 8. ſupr.* Nam obligatio perſonalis ſiue actiua ſiue paſſiua diuiditur ipſo iure per legem duodecim tabularum inter plures heredes debitoris vel creditoris *l. 1. C. ſi cert. pet. l. vlt. C. de heredit. action.* Sublata verò perſonali obligatione pro parte hereditaria illius ex coheredibus, qui ſoluit, aut cui ſolutum eſt, pignoris quoque obligatio tanquam acceſſoria pro eadem parte extincta videbatur. Sed contra eſt, quia pignoris obligatio, non ſicuti perſonalis diuidua eſt, ſed indiuidua *l. rem hereditariam 65. infr. de euict.* ideóque nec per legem duodecim tabularum diuiditur *l. 1. & 2. C. ſi vnus ex pluribus hered. debit. vel credit.* nec magis ex parte creditoris, quàm ex parte debitoris, vt hîc locus omnium apertiſſimè probat. Eſt enim de pluribus heredibus creditoris quorum vni debitor partem ipſius hereditariam ſoluerit: textus verò *d. §. ſi vnus*, de pluribus heredibus debitoris, quorum vnus partem ſuam debiti ſoluerat creditori. Ergo quemadmodum ſi vnus ex heredibus debitoris portionem ſuam ſoluerit, attamen tota res pignori data vendi adhuc poteſt, perinde ac ſi debitor ipſe partem debiti ſoluiſſet *d. § ſi vnus.* ita & dicendum eſt, ſi creditori plures heredes extiterint, & vni ex eis pars eius ſoluatur, poſſe nihilominus cæteros coheredes

totum

Digitized by Google

totum fundum vendere, ne alioqui afficiantur iniuria ſi totum pignus diſtrahere prohibeantur, ob ſolutionem coheredi factam: ſed hoc tamen adhibito temperamento, vt debitori antè offerre debeant id, quod ipſe coheredi ſoluerit, ne alioqui debitor in damno maneat, ſi poſteaquàm partem debiti ſoluerit vni ex heredibus creditoris, adhuc tamen totum debitum aliis offerre cogatur, vt impediat totius pignoris diſtractionem: nec enim expectandum eſſet, vt coheredi, cui partem debiti primùm ſoluiſſet, ſolutum condiceret tanquam indebitum. Nam indebitum quicquam accepiſſe videri non poteſt, qui partem tantùm ſuam debiti hereditarij verè ſibi debitam accepit. Ita res omni ex parte ad ſuam æquitatem belliſſimè reducitur: & partis debiti ſolutio quæ pignus liberare pro parte nullomodo potuit, neque debitori qui ſoluit, neque coheredibus eius cui ſolutum fuit, damnoſa eſt.

4 ¶ Solutam autem pecuniam accipiendum, non ſolùm ſi ipſi, cui obligata res eſt, ſed & ſi alij ſit ſoluta voluntate eius: vel ei, cui heres exſtitit, vel procuratori eius, vel ſeruo pecuniis exigendis præpoſito. Vnde ſi domum conduxeris [a], & eius partem mihi locaueris, egóque locatori tuo penſionem ſoluero: pigneratitia aduerſus te potero experiri [b], nam Iulianus ſcribit, ſolui ei poſſe, & ſi partem tibi, partem ei ſoluero: tantundem erit dicendum. planè in eam duntaxat ſummam inuecta mea & illata tenebuntur, in quam cœnaculum conduxi: non enim credibile eſt, hoc conueniſſe, vt ad vniuerſam penſionem inſulæ friuola mea teneantur, videtur autem tacitè & cum domino ædium hoc conueniſſe: vt non pactio cœnacularij proficiat domino, ſed ſua propria.

*Ad §. 4. Solutam.*

Rat. dub. Omnis actio pignoratitia tacitam habet condicionem, ſi pecunia ſoluta ſit creditori *l. ſi rem 9. §. omnis pecunia ſupr.* Atqui condiciones omnes implendæ ſunt in forma ſpecifica, quantum fieri poteſt *l. qui heredi 44. l. Manius 55. l. cui fundus. infr. de condic. & demonſtr.* Ergo vt habeat debitor pignoratitiam, neceſſe eſt ſolutam eſſe pecuniam ipſi creditori, nec ſufficit, quòd ex eius voluntate alij ſoluta ſit, vel ei cui heres ipſe extitit, vel procuratori eius, vel ſeruo exigendis pecuniis præpoſito.

Dec. Nihil refert quid ex æquipollentibus fiat *l. vlt. §. 1. infr. mandat.* tum quoque cùm de implenda condicione tractatur *l. mulier 22. infr. ad SC. Trebell. l. ſi ſtatulibera 6. §. ſi filiusfamilias. infr. de ſtatulib.* Atqui ſolutio facta alij quàm ipſi creditori dúmodo ex creditoris volũtate, æquipollet ſolutioni factæ ipſi creditori *l. reſtituta 37. l. quia perinde 42. ad SC. Trebel.* item illa quæ facta eſt vero procuratori *l. vero procuratori 12. l. hoc iure 86. infr. de ſolut.* item quæ facta eſt ei, cui creditor heres extitit, licèt acceptæ ſolutionis tempore nullum ille à creditore mandatum haberet. Heres enim factum defuncti præſtare debet *l. ex qua perſona 149. de regul. iur. l. cùm à matre 14. C. de rei vind. tot. tit. C. de heredit. action.* & adeundo hereditatem illius, qui non ſuo, ſed ipſius creditoris nomine ſolutionem accepit, (hoc enim omnimodo requiritur *l. ſi pupilli 6. §. ſed ſi ego. ſupr. de negot. geſt.*) hoc ipſo ratam videtur habere ſolutionem: niſi adierit eum beneficio legis & inuentarij, inquit Bartolus, & hereditas non ſit ſoluendo *leg. vlt. §. & ſi præfatam. C. de iur. delib.* item quæ facta eſt ſeruo exigendis pecuniis præpoſito *l. ſi quis ſeruo 18. de ſolut.* aut quod magis eſt, negotiis omnibus creditoris *leg. qui hominem 34. § ſi Titius eod. tit.* Ergo his quoque omnibus caſibus perinde naſcitur pignoratitia, ac ſi creditori ipſi pecuniam debitor ſoluiſſet. Quod enim per alium quis facit, per ſeipſum facere intelligitur, quoties tale quid eſt, quod mandari, & per alium expediri poſſit *l. ſi quis id quod 7. §. vlt. ſup. de iuriſdict. l. ita autem 5. §. quòd ſi quis tutelam, infr. de admin. tutor.* Idque ad publicam etiam vtilitatem, priuatámque debitoris & creditoris pertinet, vt etiam per alium poſſit quis & ſoluere & ſolutionem accipere: ita enim fit, vt commodiùs & expeditiùs fiat ſolutio acquirendæ liberationis gratia, quę ſemper fauorabilis eſt *l. Arianus 41. infr. de oblig. & action.* Idem eſt ſi creditori creditoris ſolutum ſit, vt in exemplo quod ſtatim ſubiicitur.

a. *Vnde ſi domum conduxeris.* Proponitur in loco verſic. alius nouus caſus, in quo poteſt debitori cõpetere pignoratitia, etiamſi neque creditori ſoluerit, neque alij ex ipſius voluntate expreſſa, puta ſi ſoluerit creditori creditoris ſui. Finge te domum Sempronianam conduxiſſe à Titio conuenta penſione aureorum decem, me verò eiuſdem domus partem à te ſubconduxiſſe pro quinq; aureis: poſtea eam penſionem quinque aureorum ſoluiſſe me Titio. Pignoratitia aduerſus te potero experiri, vt ea omnia quæ in partem illam domus inuecta & illata à me ſunt, poſſim recipere, perinde ac ſi ea quinque non Titio, ſed tibi ipſi ſoluiſſem.

Rat. dubit. Non naſcitur pignoratitia, niſi debitor qui pignus dedit, vel ſoluerit, vel aliter ſatisfecerit ipſi creditori, aut alij ex eius voluntate, vt in exemplis, de quibus initio huius §. Atqui in propoſita ſpecie quod ſoluitur creditori creditoris, non ſoluitur ipſi creditori, qui ſcilicet quamuis debitor ſit ſui creditoris, non tamen facit debitorem eum cuius ipſe ſolus creditor eſt, niſi interueniat delegatio. Ergo nec pignoratitiam habere poteſt cõductor poſterior ob ſolutam penſionem locatori ſui locatoris: nec enim creditor creditoris eſt creditor inferioris debitoris. Eſtque hic caſus longè diuerſus à ſuperioribus. Hîc enim quod ſolutum eſt locatori poſterioris locatoris ſolutum eſt ei, qui non ſolùm voluntatem expreſſam veri creditoris non habuit, ſed neque veri creditoris nomine ſolutionem accepit, ſed ſuo proprio, cùm eſſet ipſe creditor poſterioris locatoris. Conſtat autem non aliter poſſe liberationem contingere, quàm ſi ſolutio facta ſit vero creditori, aut ex eius voluntate *leg. qui hominem 34. §. ſi Titium & ſeqq. infr. de ſolut. l. creditoris 8. C. de condict. indeb. l. inuits 12. C. de ſolut.*

Dec. Nihil refert, an ſolutio facta ſit ex creditoris voluntate expreſſa, an ex tacita. Solet enim plerunque eadem eſſe vis taciti quæ expreſſi *vulg. l. cùm quid 3. ſupr. de reb. credit. l. is qui 13. in fin. ſupr. tit. prox. l. penult. infr. de euict.* At qui cùm poſterior conductor penſionem à ſe debitam ſoluit primo locatori, credendus eſt eam ſoluere ex voluntate ſui locatoris, eiuſdémque poſterioris locatoris, nempe quia per eam ſolutionem poſterior locator liberatur à primo locatore, eodémque ſuo creditore pro rata ſolutę penſionis, licèt poſterior conductor non prioris nomine ſoluerit, ſed ſuo, quia nec adeò nomine ſuo ſoluere potuit, quin etiam locatoris ſui nomine ſolueret *l. ſoluendo 39. ſupr. de negot. geſt. leg. ſolutione 21. infr. de ſolut.* Cùm igitur per eam ſolutionem prior conductor à ſuo creditore liberatus ſit, atque ita factus locupletior *leg. ſi pupilli 66. in fin. eod. tit. l. ſpecies 11. de acceptilat.* facit certè dolo malo ſi ratam nolit habere ſolutionem creditori ſuo factam, licèt mandato nullo interueniente *l. ſi opera 6. infr. de doli mali except.* Idémq; iuris eſt, ſi ei ſoluerim, qui creditor erat eius, cui non alis de cauſa tenebar, quàm quod ipſe alij teneretur, vt addit Bartolus ex *l. ſi liber homo 36. ſupr. de neg. geſt.* Dices, non ergo fieri liberationem hanc ipſo iure, ſed tantùm oppoſita doli exceptione *d. l. ſi opera*, & conſequenter nó naſci poſſe ex huiuſmodi ſolutione pignoratitiam. Sed non eſt bona cóſecutio. Sufficit enim ad inducendam pignoratitiam, vt perſonalis obligatio, quæ ipſo iure ſublata non eſt, elidi poſſit per exceptionem: vt in eo vidimus, qui per exceptionem tantùm pacti de non petendo liberatus eſt, de quo in §. 1. *huius legis*, vbi diximus. Illud verò in propoſito caſu amplius eſt, quod etiam poſterioris conductoris bona primo locatori pro penſione ſunt obligata, vt Vlpian. hîc docet, cùm ſubiicit, *Planè in eam duntaxat ſummam inuecta mea & illata tenebuntur, in quam cœnaculum conduxi.* Vt proinde non poſſit abſolutè dici locatoris mei locatorem, meum creditorem non eſſe, qui inuecta & illata mea obligata ſibi habeat, quæ nec niſi ſoluta penſione liberare ab eo poſſim, adeóque qui ad ſolutionem cogi poſſet vtili actione *l. nomen 4. C. quæ res pign. oblig. poſſ. l. ſi conuenerit 18. infr. hoc tit.* Proinde cùm vnica ſolutio mihi proficiat ad vtramque liberationem, vt in *l. in numerationibus 44. de ſolut.* omnino conſequens eſt, vt non minùs contra te quàm contra locatorem tuum naſci debeat mihi pignoratitia, cùm nec illata & inuecta mea alio iure tibi obligata ſint, quàm quia penſionem tibi debeo, pro qua æquum eſt, tacitè obligata intelligi domino ædium omnia quæcunque in eius ædes inuecta ſunt, cùm eam penſionem tu quoque ipſi debeas pro qua eſſent æquè obligata inuecta per te & illata omnia, ſi tua eſſent. Nec enim recuſare debeo, quominus eodem iure teneat, quo tu teneteris tuo locatori, licèt cum eo non contraxerim, quandoquidem in tuum quodammodo locum volui me ſubſtitutum, códucendo abs te partem domus, quam tu primùm ab eo totam conduxeras. Facit igitur bonorum tuorum obligatio, quæ locatori tuo taciti pignoris iure tenebantur, vt ei ſoluendo liberauerim me ipſo iure à te, bona verò mea non tantùm à te, ſed etiam à tuo locatore: iniquum enim eſt impunè non ſoluere eum quem Prætor vt ſoluat, poſſit cogere *l. quod autem 6. §. apud Labeonem. infr. quæ in fraud. cred.* Quòd ſi inuecta & illata mea locatori tuo non eſſent obligata, equidem perinde liberarer à te, ſed non ipſo iure, at per doli exceptionem duntaxat, vt concludunt omnes ex *d. l. ſi opera*, ſed tamen non eò minùs pignoratitiam haberem, quia æquè locatori tuo poſſem ſoluere, & ſolutionem ei factam per quam tu liberatus eſſes, & locupletior factus ratam habere cogereris: imò verò, quod magis eſt, etiamſi inuito te, locatori tuo ſoluiſſem, tui liberandi gratia, liberarem te ipſo iure *d. l. ſoluendo, & d. l. ſolutione*, quãnis eo caſu non perinde abs te ipſo iure liberarer, adeóque nec per doli exceptionem *l. ſi pro te præſente 40. infr. mandat. d. l. inuito 12. C. de ſolut.* quia imputare mihi deberem, quod contra voluntatem & prohibitionem tuam ſoluiſſem *l. vlt. Cod. de negot. geſt.* Quæ ratio euidenter ceſſat, cùm ideò ſolui etiam te inuito, vt bona mea creditori tuo tacitè obligata liberarem: nec enim debet eſſe in tua poteſtate, vt vel me, vel bona mea cõtra voluntatem meam ob contradictionem tuam in obligatione retineas, vt ſubtiliter Caſtrenſis poſt Bartolum diſputat ex *l. vtrum 27. ſup. de pecun. conſtit.* Illud tamen mirum videri poteſt, quo iure aut qua tandem ratione inuecta & illata mea primo locatori teneantur, cùm nullomodo ei ſim obligatus, ſed ſoli tibi cum quo ſolo contraxi, & pignoris obligatio, quę acceſſoria tãtùm eſt, ſubſiſtere ſine principali non poſſit. Sed facilis reſponſio eſt, etiam pro alieno debito pignus dari poſſe non minùs quàm fideiuſſorem, & ſufficere, quòd locatori tuo debeas, vt pro tuo debito bona mea ſint ei obligata. Vnde illa etiam quæſtio apud Vlp. naſcitur, an pro ea duntaxat penſione quam debeo tibi, obligata ſint creditori & locatori tuo, inuecta & illata mea, an verò pro tota penſione quam tu ipſi debeas. Ponimus enim te à Titio domum totam conduxiſſe, me verò abs te eiuſdem domus nõ niſi partem tantùm. Sed reſpondet Vlpian. non eſſe credibile hoc conueniſſe, vt ad vniuerſam penſionem inſulę friuola mea, id eſt, mobilia inuecta & illata tenerentur, ſed tantùm ad eam vſque ſummam in quam cœnaculum & partem ædium conduxi, ne ſcilicet aliter poſito iure pignoris obligatio, quæ non niſi acceſſoria eſt vltra eam ſummam, quæ principaliter debita eſt, extendatur. Sicut enim qui ſoluit ſimpliciter, id ſoluere potius intelligitur, quod ſuo nomine debet quàm quod alieno *l. 4. inf. de ſolut.* ita & qui pignus dat ſiue expreſſè ſiue tacitè, pro ſua potius quàm pro aliena obligatione id dare credendus eſt: cùm pignoris datio, quamuis ſolutio non ſit, ſatisfactio tamen quædam ſit *l. ſi rem 9. §. omnis pecunia. ſup.* Dubitandi tamen ratio non inelegans ex eo ſumi poteſt, quod Vlpianus ſubiicit, videri hoc inter me & locatorem tuum eundémq; dominum ædium conueniſſe, vt friuola mea taciti pignoris iure ipſi tenerentur. Nam ſi hoc fit ex tacita quadam pactione, quæ inter me & primum locatorem interueniſſe creditur, cur nõ dicimus in vniuerſam penſionem, quæ ipſi debetur, obligata cenſeri inuecta mea & illata? Alioqui non niſi ex parte tantum ei erit, ſi pro parte tantùm illa penſionis, quæ à me tibi debetur, non pro tota illa quam debes, obligata eſſe dicantur. Sed ratio decidẽdi ex eo ſumenda eſt, quòd contractus pignoris qui bonæ fidei eſt, hanc non patitur interpretationem, vt ego partem duntaxat ædium poſſideam, nec proinde niſi partem penſionis debeam, & tamen pro tota penſione bona mea mobilia in cœnaculum inducta & illata priori locatori ſint obligata. Quamquam enim id fieri expreſſa cõuentione poſſet, eo ſcilicet iure, quo etiam pro alieno debito bona ſua quis obligare poteſt, in dubio tamen non eſt veriſimile

id ta-

id tacitè actum eſſe inter me & primum locatorem, quod nec expreſſim facilè fuerim conuenturus, vt etiam pro tuo debito bona mea primo locatori tenerentur, quæ ſatis eſt pro meo eſſe obligata. At hîc rurſum illa replicatio occurrit, quod ſicuti perſonalis obligatio & actio acquiri primo locatori ex conuentione inter me & te facta non potuit: ita neque ius pignoris in bonis meis inuectis & illatis, alioqui per liberam perſonam acquireretur, quæ non eſſet in poteſtate primi locatoris, contra iuris regulam, de qua in §. *prox. infr.* Sed ad hanc quoque obiectionem tacitè reſpondet Vlpianus iis verbis, *videtur autem tacitè & cum domino ædium hoc conueniſſe, vt non pactio cœnacularij proficiat domino, ſed ſua propria.* Quibus verbis oſtendit, quamuis inter me ac primum locatorem contractus nullus interceſſerit, videri tamen me cum eo ita conueniſſe, me quidem inferendo mea in eam partem ædium, quam à conductore priore conduxi, ipſum verò primum locatorem patiendo ea inferri. Cur enim paſſus eſſet, niſi vt ea obligata haberet? Eſt itaque hæc tacita quædam conuentio, quæ ex facto conductoris, & patientia locatoris inducitur, vt quemadmodum etiamſi nulla inter primum locatorem, & primum conductorem conuentio de inuectis & illatis obligandis interueniſſet, non eò minùs tamen tacitæ cuiuſdam pactionis iure illata per primum conductorem tacito iure pignoris obligata cenſerentur, ita & inter me poſteriorem conductorem & primum locatorem eadem tacita pactio interueniſſe credatur, ſi ego in partem illam ædium, quas conduxi, ſtinola mea intulero, quamuis nihil inter nos de pignore conuenerit. Nam neque illud requiritur, vt primus locator, idémque dominus ædium expreſſim conuenerit de pignore. Quid verò domini intereſt, an primi conductoris bona in domum locatoris primi illata ſint, an poſterioris conductoris? Et rurſum quid refert ſecundi conductoris, an quæ per eum inuecta & illata ſunt, priori locatori obligentur tacitè, an poſteriori? dum ne pro maiore ſumma quàm pro ea quæ primo conductori debetur, non quæ primo locatori. Ex quo intelligimus, cur bona ſecundi conductoris faciliùs quàm ipſius perſona obligētur primo locatori, nempe quia perſonalis obligatio difficiliùs naſcitur, cùm non niſi ex contractu naſcatur, vel ex quaſi contractu, & ex delicto, aut quaſi delicto, aliíſve quibuſdam cauſarum figuris, quàm actio realis, quæ ex re ipſa, & ex facto naſcitur, nulla etiam præcedente obligatione §. 1. *Inſtit. de action. l. non aliàs* 24. §. *ſed ſi poſtuletur. ſupr. de iudic. l. 1. C. de alien. iudic. mut. cauſ. fact.* Itaque illatio bonorum ſecundi conductoris in ædes locatas primo conductori, obligationem pignoris parere poteſt ex tacita quadam conuentione *l. 2. 3. & 4. infr. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contr.* ſed perſonalem non poteſt. Quamquam & in mobilibus inuectis, & illatis ab inquilino, magna differentia eſt inter manifeſtum pignus & tacitum *l. pen. eod. tit.* itemque an primus conductor alij ſublocauerit, an verò gratuitam habitationem conceſſerit. Hoc enim poſteriore caſu bona ſecundi inhabitatoris non ſunt domino ædium tacitè pro penſione obligata *l. Pomponius 5. eod. tit.* quia nec ſunt primo conductori, qui non ſublocauit, ſed donauit *l. in ædibus 9. inf. de donat.*

Ius autem primi locatoris in bona per ſecundum inhabitatorem illata pendet ex iure primi conductoris. In conductore prædij ruſtici aliud eſt *l. ſi in lege 25. §. ſi colonus infr. locat. l. certi 6. C. eod.*

b *Pigneratitia aduerſus te potero experiri.* RAT. DVB. Pignoratitia actio re contrahitur § *vlt. Inſt. qu. b. mod. re contr. oblig.* Atqui inuecta & illata per me in domum Titij quam primus conductor mihi ſublocauit, nunquam fuerunt à me aut primo locatori aut conductori primo tradita. Ergo pro iis etiam poſt ſolutam penſionem contra neutrum dari mihi actio pignoratitia poteſt.

DEC. Illatio bonorum meorum mobilium pro ficta traditione habenda eſt, non quaſi faciat aut primum aut ſecundum locatorem poſſeſſorem (alioqui non haberent illi interdictum quaſi Saluianum ne quidem vtile quod eſt adipiſcendæ poſſeſſionis, ſed potius recuperandæ, ſi ab initio poſſediſſent, vt ſubtiliter Bartolus diſputat ex *l. 1. infr. de Saluian. interd. l. 1. C. eod. §. interdictum. Inſt. de interd.*) ſed quia poteſt traditio fieri etiam citra poſſeſſionis translationem, vt cernere eſt in precario, depoſito, & commodato, quæ tamen traditio quantumcunque ſimplex ſufficit ad inducendam pignoratitiam, & ad rem obligatam recipiendam, quocunque modo detenta fuerit, etiamſi non poſſeſſa à creditore. Planè ſi pro ſolutione penſionis mobilia mea locator incluſerit, quod tam primus, quàm ſecundus facere poteſt, defendi rectè poterit ab eo tempore creditorem, qui incluſerit poſſidere, cùm exinde & alienatio quælibet mobilium incluſorum, & manumiſſio etiam ſeruorum prohibita ſit *d. l. pen. infr. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contrah.* Antea enim quomodo poſſideret eas res, quas neque vidiſſet vnquam, neque tetigiſſet? *l. 3. §. Nerua filius. infr. de acqu. poſſ.* His conſequens eſt, vt cùm vterq; locator tam primus quàm ſecundus poſſit res in domum locatam illatas includere, tanquam ſibi obligatas, vt conſtat ex hoc §. poſſit ſimiliter pignoratitia actione vterque conueniri, licèt hic textus de ſecundo tantùm conductore loquatur non de primo. Vbi enim iuris ratio eadem eſt, idem quoque ius conſtituendum eſt, ſi diuerſitatis cauſa adferri nulla poſſit *vulg. l. illud 32. ad leg. Aquil. l. 3. §. vnde etiam. infr. de iniuſt. rupt. l. à Titio 108. in fin. princip. de verb. oblig.* Adeò autem tacitè obligata ſunt, quæ inuecta & illata fuerunt per ſecundum inquilinum, vt non tantùm pro penſione retineri poſſint, ſed etiam pro qualibet alia pecunia, ſi qua ab eodem ſecundo conductore debeatur primo vel ſecũdo locatori: maximè verò ſi deteriorem habitationem ſecundus inquilinus culpa ſua fecerit *l. 2. in quib. cauſ. pign. vel hypoth.* Et in eo noſtri conſentiunt ex *l. vnic. C. etiam ob chirogr. pecun. pign. retin. poſſ.* Notandum autem eſt, quod mobilia inuecta & illata per inquilinum, Vlp. hîc *frinola* appellat, quaſi quæ modici ſint momenti. Etſi enim poſſunt precioſa eſſe mobilia, ſolet tamen eorũ poſſeſſio parui pendi & negligi *l. ſi rem mobilem 47. infr. de acq. poſſ.* vbi additur faciliùs eam amitti ob hãc cauſam. Vnde & *fribuſtalum* quidam dictum putant in *l. cùm hic ſtatus 32. §. quòd ſi diuortium. infr. de donat. int. vir. & vxor.* pro diſſenſione breui, ac leui iurgio inter coniuges ſuperueniente quod à diuortio multùm diſtat *l. quòd ſi non diuortium 31. de iur. dot.*

5 ¶ Per liberam autem perſonam pignoris obligatio nobis non adquiritur: adeò, vt nec per procuratorem plerunque, nec tutorem adquiratur. & ideo ipſi

Digitized by Google

actione pignoratitia conuenietur. ſed nec mutat, quod conſtitutum eſt ab Imperatore noſtro, poſſe per liberam perſonam poſſeſſionem adquiri: nam hoc eò pertinebit, vt poſſimus quidem pignoris nobis obligati poſſeſſionem per procuratorem, vel rutorem adprehendere: ipſam autem obligationem libera perſona nobis non ſemper adquiret.

*Ad §. 5. Per liberam.*

Rat. dvb. Pignoris obligatio per traditionem & poſſeſſionis tranſlationem propriè conſtituitur *leg. ſi rem alienam 9. §. propriè ſup. l. cùm & ſortis 35. §. 1. infr. hoc tit.* Atqui nihil prohibet acquiri nobis poſſeſſionem per liberam perſonam. Id enim non modò vtilitatis publicæ cauſa receptum, ſed etiam diſertè conſtitutum fuit ab Imper. Alex. in *l. 1. Cod. per quas perſon. nob. acquir. l. poſſeſſio quoque 49. §. etſi poſſeſſio infr de acquir poſſ.* Ergo nec quicquam vetat pignoris obligationem acquiri nobis per liberam perſonam, puta procuratoris aut tutoris *l. 2. C. quand. ex fact. tutor l. eum qui 5. §. ſi actori ſupr. de pecun. conſtit. l. quod procurator 68. ſupr. de procurat.* præſertim cùm non tantùm poſſeſſio, ſed etiam domioium acquiratur æquè per liberam perſonam *l. per procuratorem 8. C. de acquir. poſſ.* Cur enim difficiliùs obligatio, quàm dominium per liberam perſonam acquireretur? Dec. Obligationes omnes ad hoc comparatæ ſunt, vt vnuſquiſque ſibi acquirat quod ſua intereſt *l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri de verb. obl.* Vt autem alij acquiratur, in cuius non ſim poteſtate, nihil intereſt mea, vt ibidem Vlpianus ſcribit. Vnde eſt hoc, quæcunque gerimus, cùm ex noſtro contractu originem trahant, niſi ex noſtra perſona obligationis initium ſumant, inanem actum noſtrum efficiunt: vt Paulus ſcribit in *l. quæcunque 11. de oblig. & action.* Ergo non magis obligatio pignoris quàm alia vlla nobis acquiri per liberam perſonam poteſt *l. & licèt 15. ſupr. de conſtit. pecun.* Aliáque ratio hac parte eſt dominij, alia obligationis, non quia obligatio acquiratur per actum ciuilem, poſſeſſio autem & dominium per actum naturalem: vt Bartolus docet ex *l. ea quæ ciuiliter 53. infr. de acquir. rer. domin.* (nam & dominium Quiritanum ciuile eſt, & per actus ciuiles ſæpe acquiritur, vt tractat Vlp. in *fragmentis tit. 19. de acquiſit. rer.*) ſed quia dominium adeò pendet à poſſeſſione, à qua & dominia cœperũt *l. 1. de acquir. poſſ.* vt à poſſeſſione non facilè ſeparari poſſit. Quod cum accidit, non poteſt nobis per liberam perſonam acquiri poſſeſſio naturaliter, quin dominium etiam cum poſſeſſione acquiratur *d. l. per procuratorem 8. Cod. eod.* Quòd ſi à poſſeſſione dominium ſeparari poſſit, quod pleriſque caſib. euenit, quia nihil cõmune habet proprietas cum poſſeſſione *l. naturaliter 12. §. nihil commune & l. pen. infr. eod. ill. tit.* certum eſt non magis dominium, quàm obligationem acquiri poſſe per liberam perſonam. Denique dominij acquiſitio, quæ per alium fit iuri noſtro non ſubiectum, nunquam poteſt incipere à dominio, ſed vt à poſſeſſione ſemper incipiat neceſſe eſt, à qua tamen incipere obligatio nunquam poteſt, ſiue perſonalis obligatio ſit, ſiue realis. Excipitur ſola obligatio pecuniæ creditæ, & quæ ex ea naſcitur cõdictio, quam acquiri per liberam perſonam poſſe iam olim placuit *l. ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogonus verſ. reſpondi & ſeq. infr. de verb. oblig. l. certi condictio 9. §. ſi nummos* vbi diximus *ſupr. de reb. credit. l. 2. C. per quas perſon. nob acquir.* vbi Iuſtinianus contra iuris veteris rationem conſtituit, vt quo caſu perſonalis obligatio per aliũ nobis acquiritur, etiam pignoris obligatio nobis acquiratur, nulla quoque ceſſione interueniente, quæ olim erat neceſſaria. Et ad hanc nimirum conſtitutionem reſpexit procul dubio Tribonianus in hoc §. cùm adiecit dictionem *plerunque* valde incõcinnè in illis verbis *adeò vt nec per procuratorem plerunque vel tutorem acquiratur*: itémque in poſtremis illis verbis huius §. *ipſam autem obligationem libera perſona nobis non ſemper acquiret.* Cur enim *non ſemper* niſi vt eum caſum excipiat quo pignoris obligatio cum perſonali nobis acquiritur ex dicta Iuſtiniani conſtitutione? Tractat ſiquidem Vlpianus in fine huius §. de pignoris obligatione, nõ de perſonali, vt verba ipſa oſtendunt: & ad rationem dubitandi, quam attulimus, reſpondet, aliud eſſe ſi quis dicat acquiri nobis per procuratorem, aut tutorem poſſeſſionem pignoris vtiliter conſtituti, quod fieri poteſt: aliud verò ipſam pignoris obligationem, quę extra caſum *d. l. 2.* acquiri per liberam perſonam nunquam poteſt. Non deſunt tamen varij caſus, in quibus ex ſtipulatione tutoris vel procuratoris actio vtilis domino acquiratur, vt puta ſi tutor cùm pecuniam pupillarem crederet, ſiue adminiſtrationem eius pecuniæ haberet, ſiue non (nec enim placet diſtinctio Accurſij) ipſe eam reddi ſtipulatus ſit *d. l. 2. C. quando ex fact. tutor. l. 2. infr. eod. ill. tit.* aut ſi procurator ex re domini ſtipulatus fuerit vt in *d. l. quod procurator 68. ſupr. de procurat.* aut etiam præſente, & vel expreſſim vel tacitè mandante domino vt in *l. ſi procuratori 79. infr. de verb oblig. l. ſi inter colonum 21. in princip. infr. de pignor.* Aliud eſt, ſi procurator nõ ex re, ſed ob rem & vtilitatem domini ab alio ſtipuletur: tunc enim acquirit ſibi actionem, qua deinde ipſi domino actione mandati cedere cogitur *d. l. poſſeſſio 49. §. etſi poſſeſſio infr. de acquir. poſſ* Cæterùm quibus caſibus procurator ſi ſtipulatus eſſet, non domino, ſed ſibi actionem acquireret, iiſdem caſibus ſi quid promittat, quamuis nominè domini, non tamen dominium obligat, ſed obligatur ipſe ſolus & conuenitur, vt benè probat Bart. ex hoc §. & ex *l. Iulianus 13. §. ſi procurator infr. de action. empt. l. procurator qui pro euictione 67. ſupr. de procurat.* Obligationes enim perſonales tam actiuæ quàm paſſiuæ inhærent oſſibus contrahentium, vt loquitur Bartolus, magis quàm iura realia *l. quis ergo caſus 16. infr. de pecul. l. 3. pro ſocio.* Obligatio autem hypothecaria licèt ſit realis, quia tamen acceſſoria eſt ad perſonalem & principalem obligationem, plurimùm ex ea mutuatur, vt nõ inſubtiliter idem Bart. ratiocinatur ex *l. & an eadem 14. §. vlt. infr. de except. rei iudic.* vbi ſcriptum eſt, eum qui proponit actionem hypothecariam debere cauſam actionis exprimere, ſicut accidit in eo qui perſonalem actionem exercet: quod in reali diuerſum eſt.

6 ¶ Sed ſi procurator meus, vel tutor, rem pignori dederit: ipſe agere pigne-

ratitia

ticia poterit. quod in procuratore ita procedit, ſi ei mandatum fuerit pignori dare.

*Ad §. vlt. Sed ſi procurator.*

Sic malo legere, quàm vt in *Pand. Florent. ſi procurator.* Eſt enim tractatus hic connexus ſuperiori, & ſenſum habens aduerſatiuum. Nam cùm proximè dictum ſit per liberam perſonam tutoris vel procuratoris, neque obligationem pignoris, neque proinde actionem pignoratitiam acquiri nobis poſſe, conſequens erat, vt adiiceret Vlpianus, quid ergo iuris eſſet, ſi tutor vel procurator meus rem meam pignori dediſſet, ac deinde pecuniam debitam ſoluiſſet? Reſpondet verò ad hanc quæſtionem, tutorem ipſum vel procuratorem, qui pignori dederit actutum pignoratitia tanquam ſibi non alij quæſita actione.

RAT. DVB. Actio pignoratitia naſcitur ex pignore, & pignoris dationem ſubſequitur: ideoque ſolet Papinianus pignoratitiam actionem vocare iudicium, quod de pignore dato proponitur in *l. pen. hoc tit.* Ergo is qui rem alienam domini nomine pignori dedit, ſiue tutor ille ſit, ſiue procurator, pignoratitiam habere proprio nomine non poteſt.

DEC. Hæc actio naſcitur ex contractu, & ad eam inducendam non tam inſpiciendum eſt, cuius ſit res quæ pignori data eſt, quàm quis eam pignori dederit *leg. ſi rem 9. §. is quoque ſupr. hoc tit.* Atqui ponimus à tutore vel procuratore pignus datum eſſe licèt tutorio vel procuratorio nomine. Ergo dicendum eſt pignoratitiam actionem, quæ ex eorum contractu acquiri pupillo vel domino non poteſt, tutori ipſi vel procuratori acquiri debere. Idque in tutore quidem indubitatè procedit, & indiſtinctè, quia omnimodam poteſtatem tutor habet in bonis pupilli, quod ad eorum adminiſtrationem pertinet; neque requirimus vt à pupillo mandatum vllum habeat, quod habet à lege, neque vt vniuerſorum bonorum tutor ſit, qui certarum rerum tutor fieri non poteſt *l. certarum 12. infr. de teſtam. tutel.* Eſt enim tutor loco domini in omnibus quæ ad cauſam adminiſtrationis ſpectant, cùm benè & ex bona fide adminiſtrat *leg. qui fundum 7. § ſi tutor. infr. pro emptor.* ideòque dicimus, non malè contrahi cum tutoribus, tum quoque cum ſoluendo non ſunt *l. 4. §. 1. infr de euict. l. 4. §. illa etiam quæſtio de doli mal. except.* Sed in procuratore, id eſt, in eo qui mandatum aliquod à domino habet, neceſſaria eſt diſtinctio, an illud quoque mandatum ei ſit, vt eam rem pignori daret, necne: quia mandati fines diligenter cuſtodiendi ſunt *l. diligenter 5. infr. mandat.* & in mandato, vt in cæteris ferè omnibus incluſio vnius eſt excluſio alterius *vulg. l. cùm Prætor 12. in princ. ſupr. de iudic.* Quòd ſi mandatum fuit generale, per quod libera rerum omnium adminiſtratio procuratori conceſſa ſit, non puto dubitandum, quin etiam pignus dare poſſit, ſicut & debitum exigere, & nouare, & aliud pro alio permutare *leg. procurator cui generaliter 58. cum ſeqq. ſupr. de procur.* non item ſi procurator ſimpliciter datus ſit etiam totorum bonorum. Nam cùm is neque res mobiles, neque immobiles, neque ſeruos alienare ſine ſpeciali mandato poſſit *leg. procurator totorum 63. eod.* conſequens eſt, vt neque pignori dare poſſit, quandoquidem per dationem pignoris etiam ad alienationem peruenitur, ideoque prohibita alienatione etiam pignoris datio prohibita intelligitur *leg vlt. Cod. de reb. alien. non alienand.* Plus enim eſt habere liberam & generalem adminiſtrationem, quàm habere vniuerſorum bonorum, vt ex ſupradictis locis apparet, & ex *leg. ſi conuenerit 18. §. vltim. & l ſeq. infr.* Quod Bartolus ad hunc §. non benè videtur percepiſſe. Non enim admittit, vt qui habet generale mandatum, pignori dare poſſit, niſi mandatum habeat ab homine conſueto pignorare. Cadit namque hæc diſtinctio in procuratorem vniuerſorum bonorum de quo in *l. ſeq.* non in generalem. Vnus ſiquidem hic caſus eſt, in quo permittitur ei cui vniuerſorum bonorum adminiſtratio, quamuis non libera permiſſa eſt, vt etiam det pignori, ſcilicet ſi mandatum habeat ab eo, qui ſolebat ſub pignoribus mutuas pecunias accipere, de quo in *l. ſeq.* Planè quo caſu procuratori permittitur, vt pignoret, nemo dubitat quin & luere pignus poſſit, & pignoratitia agere, quoniam duo hæc poſteriora priori omnino conſequentia ſunt, ita vt vno mandato cætera quoque non modò permiſſa, vt Bartolus loquitur, ſed etiam mandata eſſe videantur *l. quod ſeruus 11. infr. depoſit. l. quod ſeruus 35. de ſolut. l. ſi vnus 27. circa princip. ſupr. de pact.*

12. CAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

VEl vniuerſorum bonorum adminiſtratio ei permiſſa eſt ab eo, qui ſub pignoribus ſolebat mutuas pecunias accipere.

*Ad l. Vel vniuerſorum 12.*

Pendet hęc lex à ſuperiore: continet enim caſum alterum, in quo valet datio pignoris à procuratore facta, etiam ſi ſpeciale mandatum in eam rem non habuerit, nec generale cum libera adminiſtrãdi poteſtate, quod potentius & efficacius eſſe ſolet, ſed tantùm procurator ſit vniuerſorum bonorũ, ſi modò etiam illud concurrat, vt ab eo paterfamilias mãdatum habeat, qui mutuas pecunias ſub pignoribus accipere ſolebat. Conſuetudo enim patrisfamilias in hoc attendenda eſt, vt & in aliis pleriſque attendi ſolet & debet: quomodo Accurſius noſter notat ex *leg. 3. C. de Epiſcop. audient. l. fin. infr. quod cum eo qui in alien. poteſt. l. item ſi 7. aliàs leg. ſed Iulianus §. quod dicitur l. fr. de Senatuſconſulto Maced. leg. qui ſemiſſes 13. §. vltim. infr. de vſur. l. heredes palam 21. §. 1. infr. qui teſtam. facer. poſſ. l. cùm ſeruus ita 82. in fin. de condic. & demonſtr.* Nam ex conſuetudine illa inducimus præſumptionem mandati ſpecialis contenti in mandato totorum bonorum de re pignori danda. Sed obſeruandum ſemper eſt, aliud eſſe mandatum habere pro adminiſtratione vniuerſorum bonorum, aliud verò habere vniuerſalẽ adminiſtrationem bonorum. Prior caſus vniuerſalitatem tantùm bonorum continet, quæ niſi liberam adminiſtrandi poteſtatem adnexam habeat pignoris dandi facultatem non continet, vt ad finem legis proximæ ſcripſimus ex *l. procurator totorum 63. ſupr. de procur. iunct. l. procur. cui 58. eod.* Poſterior verò caſus vniuerſalitatem admini-

ſtrationis exprimit, in qua etiam ius dandi pignoris continetur, & cætera omnia, quæ alioqui ſpeciale mandatum non exigerent, quale eſt ius faciendæ tranſactionis, diminuendi cauſa interpoſitæ, & alia huiuſmodi *l. mandato generali* 60. vbi diximus *eod. tit. de procurat.* Planè qui liberam adminiſtrationem habet, omnia hæc facere poteſt, ac proinde etiam pignus dare, nec indiget, vt ſpeciale mandatum proferat, aut vt patris familias conſuetudinem probet *l. ſi conuenerit* 18. §. *vlt. inf.*

13. VLPIANVS libro 38. ad Edictum.

SI cùm venderet creditor pignus, conuenerit inter ipſum & emptorem, vt ſi ſoluerit debitor pecuniam pretij emptori, liceret ei recipere rem ſuam: ſcripſit Iulianus, & eſt reſcriptum, ob hanc conuentionem pigneratitiis actionibus teneri creditorem, vt debitori mandet ex vendito actionem aduerſus emptorem. ſed & ipſe debitor, aut vindicare rem poterit, aut in factum actione aduerſus emptorem agere [a].

*Ad l. Si cùm venderet 13.*

RAT. DVB. Per liberam perſonam, quæ iuri noſtro ſubiecta non ſit, neque actio, neque exceptio acquiri nobis poteſt *leg. ſolutum* 11. §. *per liberam ſupr.* Ergo ſi creditor cum pignus venderet, conuenerit cum emptore, vt liceret debitori precium reddendo quandocunque pignus recipere, poteſt quidem ea connentio acquirere creditori vendenti actionem ex vendito aduerſus emptorem, quam deinde cogatur præſtare debitori conuentus ab eo per pignoratitiam actionem, vt in cæteris caſibus euenire ſolet, in quibus procurator acquirit ſibi actionem ex re domini *leg poſſeßio* 49 §. *et ſi poſſeßio infr. de acquir. poſſ.* (eſt enim creditor in venditione pignoris quodammodo procurator debitoris *leg. ſi pignori* 19 *in fin. ſupr. famil. erciſc.*) ſed vt acquirat actionem ipſi debitori, ſiue vindicationem, ſiue in factum, non videtur fieri poſſe, quin vis fiat legibus & regulis iuris: præſertim cùm nulla ſit neceſſitas eiuſmodi inducendæ actionis, cùm debitori ſatis ſuperque conſuli poſſit per actionem pignoratitiam, per quam indemnis fiat ceſſa ei actione ex vendito. Alioqui paullatim eò abſurdi deueniendum erit, vt vendito per creditorem pignore necdum ſoluto precio, danda ſit debitori etiam ſine ceſſione contra emptorem ex vendito actio ad ſolutionem precij conſequendam: quod tamen vtique abſurdum foret. An non enim multo æquius & facilius eſt, vt ex pignoris venditione, quam creditor fecerit, agat debitor ad precium, quàm ex pacto in venditione appoſito ad rem ipſam recipiendam? Et verò quî fieri obſecro poteſt, vt vindicationem ſiue directam, ſiue vtilem habeat debitor aduerſus emptorem, qui licèt à creditore, eodemque non domino emerit, dominium tamen ex ea emptione acquiſiit §. 1. *Inſtit. quibus alien. licèt vel non* adeò vt de proprietate vinci non poſſit *leg. qui à creditore* 18. *Cod. de diſtract. pign. leg. ſi conuenit* 4. *ſupr. hoc titul. leg. non eſt nouum* 46. *infr. de acquir. rer. domin.* Aut quis vnquam audiit vindicationem, ſiue directam, ſiue vtilem naſci ex pacto, cùm è contrario proditum ſit naſci eam ex præſenti poſſeſſione *leg. non alias* 24. §. *ſed ſi poſtulatur ſupr. de iudic. leg. vnic. Cod. de alienat. iudic. mut. cauſ. fact.* & dari contra eum, qui nullomodo ſit obligatus? §. 1. *Inſtit. de action.* Deinde quid ſi emptor pignoris rem pignoratam à ſe emptam alij vendat, aut ex alia cauſa tradat poſteà? An fortè vindicationem adhuc dabimus contra primum emptorem, ob pactum ab eo interpoſitum de re pignorata debitori, quoties precium offerret, reſtituenda? An potiùs vindicationem extendemus contra poſſeſſorem, qui tamen pactus non eſt? Atqui ſi ex pacto naſcitur huiuſmodi vindicatio, vt vulgò noſtri putant, cur aduerſus eum dabitur, qui pactum nullum interpoſuit? Sin ex præſenti poſſeſſione, cur contra eum, qui hodie non poſſidet? Quod autem pertinet ad actionem in factum, quam lex hæc dat ſimiliter debitori contra emptorem pignoris, quis neſcit eſſe illam ſubſidiariam, ac proinde non poſſe cum alia concurrere, ſiue vindicatio vtilis illa ſit, ſiue directa actio mandati? Quis rurſum ignorat actiones illas in factum naſci ſemper ex contractu & negotio aliquo, ac proinde in eius duntaxat fauorem qui contraxit, & negotium geſſit, non alterius, nec ſi contrahentis intereſſit, alteri actionem quæri *leg. cùm res* 22. *Cod. de donat.* Atqui nil debitor pactus eſt, ſed ſolus creditor cum emptore ſiue in ſuam, ſiue in ipſius debitoris vtilitatem. Ergo neque vindicatio, neque actio in factum competere debitori contra emptorem poteſt.

DEC. In traditionibus rerum quodcunque pactum ſit, id valere manifeſtiſſimum eſt *leg. in traditionibus* 44. *ſupr. de pact.* ne alioqui decipiatur is qui non aliter rem ſuam traditurus fuit *leg. vltim. Cod. de pact. int. empt. & vendit.* Et quamuis ea iuris propoſitio ad caſum illum maximè pertineat, quo quis rei ſuæ legem dicit *leg. ei fundo* 19 *ſupr. de ſeruit. leg. venditor* 13. *commun. præd.* attamen ad eum quoque caſum accommodari poteſt, quem tractamus de creditore pignus diſtrahente iure creditoris, quia licèt rem alienam vendat, vendit tamen ex voluntate domini §. 1. *Inſtit. quibus alien. lic. vel non leg. non eſt nouum* 46. *infr. de acquir. rer. domin.* & tam ad ſuam vtilitatem, vt pecuniæ ſibi debitæ ſolutionem conſequatur, quàm ad commodum debitoris, cui ea ſolutio proficit, vt à creditore liberetur *leg. ſi ob cauſam* 13. *Cod. de euict. l. ſi pupilli* 66. *iunct. l. ſi creditor* 26. *infr. de ſolut.* Ergo cùm inter creditorem pignus vendentem & emptorem conuenit, vt ſi debitor pecuniam precij ſoluerit emptori, liceat ei rem ſuam recipere, dicendum eſt, & pactum valere & ex eo tanquam incontinenti & in ipſa rei traditione appoſito naſci actionem paciſcenti creditori, nec tantùm præſcriptis verbis, quomodo naſceretur, ſi talis pactio in contractu ſtricti iuris & in traditione ex eo facta adhibita proponeretur *l. vltim. Cod. de rer. permut. & præſcr. verb. leg. ſi dominus* 8. *leg. ſi tibi* 13. *& paſſ. infr. de præſcr. verb. leg. legem* 9. *Cod. de donat.* ſed etiam ex vendito *leg. 2. Codice de pact. int. empt. & vendit.* quoniam

Digitized by Google

niam pacta incontinenti poſt contractum bonæ fidei appoſita, non ſolùm inſunt contractui, ſed etiam contractum informant, & actionem ex contractu deſcendentem *l. iuris gentium 7. §. quinimò & ſeq. ſupr. de pact. l. in bonæ fidei 13. Cod. eod.* Ac proinde quemadmodum ſi debitor pecuniam creditori ſoluiſſet, haberet hodie actionem pignoratitiam aduerſus creditorem ad rem ſuam recipiendam *leg. ſi rem 9. §. omnis pecunia & ſeq. ſupr. & paſſ. hoc tit.* ita & ſi conuenerit inter creditorem & emptorem pignoris, vt ſi precium reddat emptori debitor, perinde illi rem ſuam recipere liceat, dicendum eſt actione pignoratitia teneri perinde creditorem, vt quam ex pacto ſuo acquiſiit actionem ex vendito, eam præſtet debitori. Cui enim non æquum videatur id ſaltem eum præſtare, quod ſine ipſius diſpendio futurum ſit? *l. in creditore 38. infr. de euict.* Nec quod creditor ſuum debitum conſecutus ſit, facere debet; vt creditoris deſierit intereſſe, ideòque actionem, quam priùs habuit, amiſiſſe videatur. Nam imò verò intereſt adhuc creditoris, vel ob hoc ipſum, quòd obligatus eſt, vt eam actionem præſtet. Abeſſe enim cuique videtur id, in quo alij eſt obligatus *l. ſi quis mandatu 28. ſupr. de negot. geſt.* Proinde actionem ex pacto ſuo ſibi quæſitam adhuc retinet, quouſque à debitore ſuo ſit omnino liberatus. Aliaque ratio eſt actionis per ſolutionem extinctæ, quam certum eſt cedi ex interuallo non poſſe *l. Modeſtinus 76. infr. de ſolut.* ſed quæ extincta non eſt ex poſtfacto quoque & ex interuallo cedi poteſt *l. ſi res obligata 57. in fin. de legat. 1.* Illud magis mirari quis poſſit, quomodo ex pacto creditoris appoſito in fauorem debitoris detur actio creditori, qui quanquam pactus ipſe eſt, non tamen ad ſuam ſed ad debitoris vtilitatem pactus fuit. Sed iam diximus ex pacto in rei traditione appoſito dari actionem paciſcenti, tum quoque cùm ei pactum inutile eſt ex *d. l. ei fundo 19. iunct. leg. quoties 15. de ſeruit.* itemque non eſſe pactum inutile creditori, per quod acquirit ſibi actionem, quam poſteà præſtare poſſit debitori, in cuius vtilitatem pactum interuenit. An verò aliquid intereſt, an pactus ſit creditor cum emptore in propriam ſuam vtilitatem, an in vtilitatem debitoris? Ita putat Bartolus ad *l. ſi creditor 7 in princip. infr. de diſtract. pignor.* vbi ait, ſi creditor pactus ſit, vt liceat ſibi recuperare pignus, quod vendidit, nullam ex hoc pacto quæri actionem debitori contra emptorem, ſed tantùm contra creditorem, pignoratitiam ſcilicet vt eam præſtet, quam contra emptorem habet; ſi verò pactus ſit, vt ipſi debitori rem obligatam recuperare liceat, poſſe debitorem ex hoc pacto agere ſuo nomine aduerſus emptorem pignoris ex *d. l. ſi creditor §. 1.* id eſt, recta & ſine ceſſione, adeoque & vindicationem habere vtilem, & in factum actionem, vt Caſtrenſis, & alij addunt ex hac lege. Mihi tamen poſterior pars huius diſtinctionis probari non poteſt, qui video ex iuris ratione fieri nullomodo poſſe, vt ex pacto vnius alteri quæratur actio, nec ſi paciſcentis interſit, vt ſuprà diximus ex *l. cùm res 22. Cod. de donat. l. ex conuentione 11. l. cùm proponas 21. Cod. de pact. d. l. quæcunque 11. de oblig. & action. l. ſtipulatio iſta 38. § alteri de verb. oblig.* extra caſum *l. quoties 3. Cod. de donat. quæ ſub mod.* nec eſſe ſimile quod ſcriptum eſt in *l. pen. Cod. ad exhib.* ex pacto illius qui res meas apud te depoſuit, vel tibi commodauit pactúſque eſt, vt mihi reſtituantur, acquiri mihi vtilem depoſiti, vel commodati actionem. Id enim ſi quam rationem habere poteſt, illam certè habet, quòd ea lex & pactio appoſita eſt in traditione rei meæ, & quæ etiam poſt traditionem durat, mea, vt Bartolus loquitur, ac cuius directam vindicationem habere poſſum meo iure, ad vrgendam eius reſtitutionem tanquam rei meæ, nulla etiam pactione interueniente. Quid enim poſſeſſionis intereſt, an rem meam cogator mihi reſtituere directa vindicatione, an vtili actione depoſiti vel commodati? Quanquam ex parte mea valde intereſt vtra actione experiar, quoniam in exercenda vindicatione directa dominium meum probare debeo, cuius probatio plerunque difficilis eſt *§. commodum Inſtit. de interd.* in exercenda verò actione perſonali nihil niſi pactionem. At in ſpecie huius legis, cùm creditor meus datum à me pignus vendidit tibi ea lege, vt mihi liceat precium ſoluere, & rem meam recipere, appoſitum eſt pactum in venditione rei meæ quidem, ſed quæ mea eſſe deſiit per venditionem, & quam creditor vendit eo penè iure quo ſi rem ſuam venderet, cùm vendat eam ex mea voluntate *Inſtit. quib. alien. licet vel non in princip.* Itaque non eſt tanta ratio, vt ex eius pacto acquiratur mihi actio aliqua perſonalis, ſiue præſcriptis verbis, ſiue in factũ eam velis dicere, multo minùs vindicatio ſiue directa, ſiue vtilis, quæ, vt diximus, non ex pacto naſcitur, ſed ex dominio actoris, & poſſeſſione illius qui conuenitur. Nec rurſus poſſis cum Bartolo dicere, per creditorem poſſe hoc caſu acquiri actionẽ debitori, quaſi per procuratorem paciſcentem ex re domini *arg. l. quod procurator 68. de procur. iunct. l. ſi pignori 29. ſupr. famil. erciſc.* Non enim acquirit creditor tanquam procurator ex re domini, cùm paciſcitur, vt liceat debitori precio ſoluto rem ſuam recipere, ſed ex ſua negotiatione, magiſq; circa rem debitoris paciſcitur quàm ex re ipſius debitoris *arg. l. ſi heres pecuniam 73. iunct. l. poſtulante 44. ante fin. infr. ad SC. Trebell.* Et quamuis poſſit creditor videri procurator debitoris in vẽdendo pignore, nõ æquè tamen in paciſcendo de redẽptione pignoris. Eſt enim ea pactio quodammodo contraria venditioni pignoris, adeò vt dubitatũ ſit, an pignoris venditio rectè cõtracta ſit, quæ ſub ea conuentione cõtracta eſt *leg. ſi creditor 7. in princip. infr. de diſtr. pignor.* Quare vt tandem dicam quod ſentio, valde ſuſpectum mihi eſt, quod in hac lege ſcriptum lego,

a *Sed & debitor aut rem vindicare poterit, aut in factum actione aduerſus emptorem agere.* Cùm & ratio iuris repugnet, & præcedentia adiectionem hanc nõ patiantur. Quid enim neceſſe eſt, ſcribi à Iuliano, & reſcribi ab Imperatore, ob huiuſmodi conuentionem pignoratitiis actionibus teneri creditorem, vt debitori mandet ex vendito actionem aduerſus emptorem, ſi poterat ille agere ſuo iure, ac citra ceſſionem, vel vindicatione, vel in factum? Et verò in *dict. leg. ſi creditor 7. in princip. infr. de diſtract. pignor.* vbi eadem omnino ſpecies proponitur, niſi quod ibi confertur pactio in vtilitatem creditoris, hîc verò in vtilitatem debitoris, eadem Iuliani ſententia refertur à Marciano, quæ hîc ab Vlpiano, (vt intelligamus nihil referre, an ſibi pactus ſit creditor an debitori) de cedenda per creditorem actione ex vendito aduerſus emptorem, nec quicquam additur de danda debitori vindicatione, aut in factum actione: quod tamen non magis in illa ſpecie, quàm in hac prætermittendum erat, ſi verè dici & adiici potuiſſet: cùm nec illud Marcianus prætermiſerit, quod minoris erat momenti, minoriſque dubitationis, ſententiam Iuliani, quamuis non niſi de pignore locutus ille ſit, tamen etiam in hypotheca

locum habere. Arqui dicat aliquis, cùm pactio in perſonam & vtilitatem debitoris concepta eſt, nẽpe ſi pignus ita venditum ſit, vt ſoluta à debitore pecunia intra certum tempus emptio reſcindatur, competit ius debitori ſoluendæ pecuniæ, & reſcindendæ venditionis, vt ſcriptum eſt in *dict. leg. ſi creditor* §. 1. vbi nulla fit mentio ceſſionis hoc caſu per creditorem faciendæ: quaſi nec poſſit creditor vlla actione cedere, tanquam qui nullam habeat ex pactione quam non in ſuam, ſed in ipſius debitoris fauorem & vtilitatem appoſuerit, ſed non ita eſt. Etſi enim in *dict.* §. 1. ſcriptum eſt ex Marciano, ſoluta per debitorem intra præſtitutum tempus pecuniâ poſſe debitorem intra illud tempus ſoluendo pecuniam, hypothecam recipere, id tamen intelligi debet, vt verba ſonãt, cùm emptor precij pecuniam vltro accepit, nec ſecum de ea re litigari paſſus eſt. Non enim poteſt ſoluta eſſe pecunia ex parte debitoris, quin accepta ſit ex parte emptoris. Sed ſi emptor pignoris ſolutionem precij accipere recuſaret, in eamque rem debitor contra eum agere cogeretur, indigeret vtique ceſſione actionis ex vendito ad reſcindendam venditionem, cùm & ad id neceſſaria ſit actio ex vendito *leg. ex empto* 11. §. *is qui vina infr. de action. empt. leg. qui ea lege* 3. *& ſeq. Cod. de pact. int. empt. & vendit.* & inauditum ſit, alij competere actionem ex vendito, quàm ei ipſi qui vendidit *dict. leg. quæcunque* 11. *de oblig. & action.* Vindicationem ſanè hoc caſu ſiue directam, ſiue vtilem non poſſe competere, ante reſciſſam venditionem certum eſt *dict. l.* 3. *&* 4. *C. de pact. int. empt. & vendit.* Quanto minùs ergo in ſpecie huius legis, vbi pactum non in rem de reſcindenda venditione interpoſitum eſt, ſed in perſonam debitoris, vt liceat ei ſolutâ pecuniâ rem ſuam recipere. An non enim aliud eſt recipere, aliud vindicare? Eſt igitur hîc verſiculus *ſed & ipſe debitor aut vindicare rem poterit, aut in factum actione cõtra emptorem agere* totus à Triboniano additus, cuius certè magis, quàm aut Iuliani, aut Vlpiani ſapit iuriſprudentiam, vt ex ſuperioribus apparet. Quæ me res mouet, vt putem nec ſibi temperaſſe Tribonianum, quin Marciano perinde manus intulerit in *d. l. ſi creditor* 7. §. 1. *& ſeq. de diſtract. pignor.* vt iam alibi ſcripſimus, & latiùs ad eam legem, ſi Deus volet, ſcribemus. Hæc verò ad legem hanc ſufficiant, niſi quod addendum eſt, malè pragmaticos hac lege paſſim abuti, vt probent, ex pacto de retrouendendo inter alios appoſito dari poſſe actionem tam in perſonam quàm in rem contra tertium rei retrouendendæ poſſeſſorem, itemque ex recognitione vnius emphyteutæ perinde agi poſſe cõtra tertium quemlibet emphyteuticę rei poſſeſſorem, etiam qui ab ipſo emphyteuta cauſam non habeat, non tantùm vt canonem annuum ſoluat, ſed etiam vt recognoſcat. Quod vtrumque ex iuris ratione falſum certè eſt, non enim perſonalis obligatio etiam quæ ratione fundi nata ſit, ſequitur ſingularem ſucceſſorem, quamuis fundi poſſeſſorem *leg. vltim.* §. 1. *infr. de contr. empt. l.* 1. §. *ſi heres infr. ad SC. Trebell.* Ideoque vtrumque quod diximus, duobus ſtatutis Sabaudiæ nominatim cautum eſt publicę vtilitatis gratia, cùm iuris ratio ſufficere in eam rem non poſſet.

1 ¶ Venit autem in hanc actionem & dolus, & culpa, vt in commodato. venit & cuſtodia. vis maior non venit.

*Ad* §. 1. *Venit autem.*

RAT. DVB. Larga eſt differentia inter pignus & commodatum, pignus enim fit gratia vtriuſque tam debitoris quàm creditoris, commodatum verò gratia ſolius accipientis. Non eſt igitur bona comparatio, quæ hîc fit ab Vlpiano, vt quia in commodato venit non tantùm dolus, & culpa, ſed etiam cuſtodia, idem quoque dicendum ſit de pignore. Alioqui ſequeretur in pignore culpam omnem venire etiam leuiſſimam, ſicut in commodato: quod tamen falſum eſt *leg. ſi vt certo* 5. §. *nunc videndum &* §. *interdum l. in rebus* 18. *in princip. ſupr. titul. prox. leg. contractus* 23. *de regul. iur.* §. *vltim. Inſtit. quib. mod. re contr. oblig.*

DEC. Dolus in omnibus bonæ fidei iudiciis pręſtatur etiam ex iis contractibus, qui ſolius dantis gratia fiunt, quia nihil tam contrarium eſt bonæ fidei, quàm dolus *leg. ſi dolo* 5. *Cod. de reſcindend. vendit. leg.* 3. §. *vltim. infr. pro ſocio*, vt in depoſito cernere eſt. Culpam verò cùm dicimus leuem, intelligimus non leuiſſimam, vt neque latam, quemadmodum diximus ad *dict.* §. *nunc videndum*. Proinde quod hîc ſcribitur in pignore non tantùm dolum venire, ſed etiam culpam ſicut in commodato, non tollit differentiam, quæ eſt inter pignus & commodatum, quod ad culpam leuiſſimam pertinet. Cuſtodiam verò ideo præſtat creditor æquè ac commodatarius, quia rem ſibi à debitore traditam accipit, & quidem reſtituendam ſuo tempore: ergo & interim cuſtodiendam. Quomodo enim rem amiſſam, nec benè cuſtoditam reſtitueret? Aut quis alius rei cuſtodiam præſtare poſſit, aut debeat, quàm qui rem penes ſe habet? Adeò vt neque depoſitarius à cuſtodia rei depoſitæ excuſetur, niſi quod ſufficit, vt in re cuſtodienda talem diligentiam adhibeat, qualem in rebus ſuis adhibet, etiamſi in rebus ſuis negligens eſſe ſoleat *leg. quod Nerua* 32. *infr. depoſit.* quia imputare ſibi debet, qui negligenti amico rem ſuam cuſtodiendam tradit *leg.* 1. §. *is quoque apud quem de oblig. & action.* cùm tamen ea diligentia requiratur à creditore, quam paterfamilias non quilibet, ſed diligens in rebus ſuis præſtare ſolet, vt ſcriptum eſt in *leg. ſeq.* non tamen quam diligentiſſimus. Id enim culpam leuiſſimam includeret, quam commodatarius quidem præſtat, ſed creditor non præſtat *dict.* §. *nunc videndum*, quia non ſolius creditoris gratia pignus contrahitur, vt commodatum fauore ſolius commodatarij, ſed etiam gratia debitoris. In eoque differt commodatum à pignore, non etiam in eo quod ad vim maiorem ſpectat: illa enim à nemine præſtatur, quia neque ex bona fide eſt, vt præſtatur *dict. leg. contractus in fin. leg. ſi merces* 25. §. *vis maior. infr. Locat.* nec magis reſiſti vi maiori poteſt, quàm Deo, vnde & à Græcis *Θεοβία* appellatur *dict.* §. *vis maior.* Sed hæc quidem in pignore conuentionali obtinent, vt & dolum & culpam non modò latam, verùm etiam leuem, non tamen leuiſſimam præſtare debeat. In pignore autem prætorio, quod permiſſionem in poſſeſſionem conſtituitur *leg. non eſt mirum* 26. §. 1. *infr. hoc tit.* aliud eſt, quia in eo creditor, qui in poſſeſſionem

miſſus

miſſus eſt dolum duntaxat non etiam culpam præſtare tenetur *l. prætor ait 9. §. eſt præterea quæſitum infr. de reb. author. iudic. poſſid.* quia non ex voluntate, ſed ex iuris neceſſitate pignus illud contrahit creditor, vt ſolutionem à fugiente & latitante debitore conſequatur.

14. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

EA igitur, quæ diligens paterfamilias in ſuis rebus præſtare ſolet, à creditore exiguntur.

*Ad l. Ea igitur 14.*

Pendet huius legis interpretatio ex iis quæ proximè diximus ad legem præcedentem, iiſdémque dubitandi & decidendi rationibus concluditur. Iunge *d. l. in rebus 18. in princip. ſupr. tit. prox.*

15. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

CReditor cùm pignus reddit, de dolo debet debitori repromittere: &, ſi prædium fuerit pigneratum [a], etiam de iure eius repromittendum eſt, ne fortè ſeruitutes, ceſſante vti creditore, amiſſæ ſint.

*Ad l. Creditor 15.*

RAT. DVB. Creditor pignoratitius, & cùm accipit pignus & cùm reddit, nihil dolo malo facit: vtrumque enim facit ex voluntate debitoris. Ergo nihil cauſæ eſt, cur de dolo repromittere debeat in pignore reddendo. DEC. Creditor tenetur dolum præſtare in re pignorata, vt proximè ſcripſimus, adeóque etiam culpam, & latam quæ dolo æquiparatur, & leuem quæ dolo caret, & à dolo longè diſſita eſt. Nec enim quod ex debitoris voluntate creditor pignus poſſidet, facere debet vt liceat ei in re aliena ſiue dolum, ſiue culpam impunè admittere, cùm dolus ſemper excluſus eſſe debeat ne quis facilè inuitetur ad delinquendum *l. ſi vnus 27. §. illud nulla ſupr. de pact.* culpa autem quæ in rebus propriis culpanda eſt, in alienis ſit coercenda *l. ſi conſtante 24. §. ſi maritus infr. ſolut. matr.* Atqui poteſt fieri, vt creditor quandiu pignus penes ſe habet, dolo malo verſetur, & per culpam multa faciat, aut negligat, quæ rem pignoratam fecerint deteriorem. Ergo æquiſſimum eſt, creditorem pignus reddentem de dolo repromittere, vt hîc ſcriptum eſt, nec tantùm de dolo, ſed etiam de culpa, vt in marito Paulus tractat in *l. ſi filiusfamilias 25. §. maritum eod. ill. tit.* de ſuo enim facto ac multo magis de dolo ſuo quemque teneri æquum eſt, etiam eum quem aliter teneri non oporteret *l. de tuo 9. infr. mandat. l. metum 9. §. Iulianus & §. ex hoc ſupr. quod met. cauſ. l. ſi poſt acceptum 18. ſupr. de rei vindic.* Et quod ſcriptum eſt in *l. debitor 40. §. vlt. infr.* creditorem cui ſoluta pecunia eſt, poſſeſſionem pignoris quæ corporalis apud eum fuerat reſtituere debere, nec quicquam amplius cogi præſtare, non excludit hanc repromittendi neceſſitatem, quæ & ipſa generali reſtitutionis appellatione continetur *l. videamus 38. §. in Fauiana infr. de vſur. l. 3. §. ſi reddita ſupr. tit. prox.* Illud tamen obſeruandum eſt, quòd Vlpianus hîc obligat creditorem non vt caueat, quomodo in ſpecie *d. l. ſi poſt acceptum*, id eſt, dato fideiuſſore. [ generaliter enim ſatiſdatur in omnibus prætoriis ſtipulationibus *l. 3. de ſtipul. prætor.* ] ſed vt tantùm repromittat, id eſt nuda cautione ac ſine fideiuſſore promittat *l. ſi dictum 56. in princip. infr. de euict. l. pacta conuenta 72. de contr. empt.* nam & cautionis nomine extra cauſam prætoriarum ſtipulationũ nuda repromiſſio ſignificatur *leg. 3. Cod. de verb. ſignific.* Porrò nuda repromiſſio non valde onerat promittentem, quomodo ſatiſdatio onerat ſatiſdantem. Nec enim tam facile eſt inuenire fideiuſſorem *l. 2. §. ſed ſi dubitetur*, vbi diximus *ſupr. de iudic.* Planè ſi per errorem aut per imprudentiam debitoris repromiſſio petita non ſit, non eo minùs poterit iudex creditorem condemnare, vt vel repromittat vel tantundem præſtet, quantum ſi repromiſiſſet, vt de ſtipulatione duplæ dicitur in *l. 5. verſ. communes de verb. oblig.* quod & Accurſius noſter hîc notat.

a *Et, ſi prædium fuerit pigneratum.* RAT. DVB. Non fit locupletior creditor qui accepto in pignus prædio cui ſeruitutes debebantur, ſeruitutibus vſus non eſt, eáſque amiſit non vtendo. Nec enim modus acquirendi eſt, amittere, & in amittendo nullum factum intercedit amittentis, magíſque à lege fit, quàm ab homine, vt ſeruitutes non vtendo amittantur. Ergo æquum non eſt, vt de iure prædij pignorati creditor cùm pignus reddit, repromittat, aut vt ob amiſſas ſeruitutes quicquam debitori præſtet. DEC. Tenetur creditor in re pignorata eam diligentiam præſtare, quam diligens paterfamilias in rebus ſuis adhibere ſolet, vt ſcriptum eſt in *leg. prox. præced.* Atqui diligens paterfamilias non patitur amitti, non vtendo ſeruitutes prædio ſuo debitas. Eſt enim ſpecies alienationis, ſi quis rem ſuam aut ſibi debitam vſucapi, aut præſcribi patiatur *leg. alienationis 28. de verb. ſignific. l. ſi fundum 16 infr. de fund. dotal.* nempe quoniam & vſucapiones & præſcriptiones omnes in odium negligentium comparatæ ſunt *leg. 2. leg. vltim. in fin. Cod. de annal. except.* Qui autem eſt negligens, cùm non faciat id quod facere debet, hoc ipſo facit, contra id quod facere debet, ſecundùm iuris regulam, de qua in *leg. qui non facit 121. de regul. iur.* Ideóque ſolemus dicere non minùs culpam contrahi in omittendo, quàm in committendo, & quamuis regulariter multo leniùs, interdum tamen etiam grauiùs: quàm enim multa ſunt, quæ non modò ſine culpa, ſed etiam ſine ſcelere prætermitti non poſſunt. Itaque cùm dicimus teneri creditorem de non facto ſuo, quòd eo ceſſante vti ſeruitutibus ſeruitutes non vtendo amiſerit, hoc ipſo ſatis dicimus teneri eum de facto ſuo quamuis minùs propriè. Opponit enim iſta Vlpianus quaſi diuerſa: repromittere creditorem de facto ſuo, & repromittere de iure prædij. Nec quod creditor ex ſeruitutum amiſſione locupletior factus non ſit, ad rem facit. Sufficit enim miſerum debitorem ea ratione ex facto aut negligẽtia creditoris fieri pauperiorem, vt offendatur iuris naturalis & ciuilis regula, quæ non patitur alteri per alterum, iniquam conditionem inferri *vulg. leg. non debet alteri 71. leg. factum*

175. *de regul. iur.* Idcitco autem loquitur Vlpianus in ho: verſiculo nominatim de prædio, quia cæteræ res mobiles neque amittuntur ipſæ non vtendo, neque ius aliquod habent, quod non vtendo amittatur. Seruitutes enim rerum mobilium nullæ ſunt, ſi vſumfructum & vſum excipias, quæ ſeruitutes perſonarum ſunt, & quæ licèt etiam non vtendo amittantur *tot.tit.quib.mod.vſuſfr.vel vſus amitt.* perinde ac ſeruitutes ſiue vrbanorum, ſiue ruſticorum prædiorum *tit.quemadm.ſeruit.amittant.* non poſſunt tamen amitti non vtendo ab eo à quo poſſidentur, quomodo ſeruitutes prædiorum amittuntur, etiam ab eo, qui prædium poſſider. Aliud enim eſt, prædium poſſidere, aliud verò vti ſeruitutibus prædio debitis. Cùm verò teneatur hoc caſu creditor ob ſuam negligentiam, conſequens eſt, quod Accurſius noſter ex Azone monet, non ad alium creditorem hoc pertinere, quàm ad eum, qui ſciuerit prædio pignorato ſeruitutes deberi. Negligentia enim omnis ſupponit ſcientiam, & excludit ignorantiam *§.1.l.prox.infr.l.cùm ſex 55.de adulet.edict.l.ſi fideiuſſor 29. §.ſi cùm debitor infr.mandat.* Alioqui ſi creditor ignorauerit ſeruitutes, quas deberi ſciebat debitor, eſt magis quod debitori quàm quod creditori imputetur *leg.in vendendo 66. §.1. de contr.empt.* Eſt enim hoc caſu deceptus creditor, qui ſi prædio pignorato ſeruitutes deberi ſciuiſſet, iis vtique vſus fuiſſet, atque ita non ſolùm debitoris ius integrum conſeruaſſet, ſed etiam ſuum auxiſſet, tantóque plus commodi ex pignore pro ſuo iure percepiſſet, ſic in *leg.1. §.1.l.ſi ſterilis 11.§.1.infr.de act.empt. leg. qui libertatis 69. de euict.*

16. PAVLVS libto 29. ad Edictum.

TVtor, lege non refragante; ſi dederit rem pupilli pignori, tuendum erit: ſcilicet ſi in rem pupilli pecuniam accipiat. Idem eſt & in curatore adoleſcentis, vel furioſi.

*Ad l. Tutor 16.*

RAT. DVB. Non valet pignus rei alienæ & à non domino datum, niſi ex domini voluntate datum ſit *leg.aliena res 20.infr. hoc tit.l.1. & tot.tit. C.ſi res alien.pignor.dat.ſit.* Debet enim creditor, qui pignus accepit, probare rem obligatam in debitoris dominio, aut ſaltem in bonis eo tempore fuiſſe *leg.& quæ nondum 15. §. quod dicitur infr. de pignor.* Atqui tutor non eſt dominus rerum pupillarium, ſunt enim ſicut diuerſæ perſonæ ita & diuerſa patrimonia tutoris & pupilli, vt nemo non videt. Ergo non eſt tuendum à prætore pignus, quod à tutore datum eſt, quamuis pro debito pupilli. Nec enim bona conſecutio eſt, vt quiſquis alium obligare poteſt, etiam ipſius bona pignori dare poſſit *l.3.infr. quod iuſſ.*

DEC. Tutor non tantùm vice, & loco domini eſt *l.is qui in puteum 11.§.an ignoſcitur infr. quod vi aut clam.* ſed etiam dominus rerum pupillarium, cùm benè & ex fide tutelam adminiſtrat *l. qui fundum 7.§.ſi tutor infr.pro emptor.* Ideóque dicimus non malè contrahi cum tutoribus, ſiue pupillum ſimul ad contrahendum adhibeant, cui authoritatem ad contrahendum præſtent, ſiue ſoli contrahant abſque pupillo *l.4.in fin. de euict.* Atquin ad pupilli vtilitatem pertinet, vt poſſit mutuas pecunias accipere, aut ad creditores dimittendos, aut ad alia ſua negotia gerenda, quas porrò ſine pignoris alicuius oblatione inuenturus non ſit, ſine quibus tamen de maiore damno periclitari poſſit. Ergo ſi tutor in rem pupilli mutuam pecuniam acceperit, ex eáque cauſa pignus dederit rei alicuius pupillaris, tuendum eſt pignus à Prætore tanquam rectè, riteq; ue cõſtitutum. Idq́ue adeò verum eſt in tutore, vt nec in furioſi, vel adoleſcentis curatore aliud ſit, ſi quis eorum in rem vel furioſi, vel adulti, & vtilitate eorum ita exigente pecuniam mutuam acceperit, & pignus dederit, vt Paulus hîc ſubiungit. Et quidem in curatore furioſi, ius eſt apertius, quia parum diſtat à tutore, cùm æquè detur perſonæ principaliter, rebus verò non niſi per conſequentias *l.1. iunct. l. pignus 11. infr. de curat.furioſ.* Sed in curatore adoleſcentis difficilius id videtur, quia non ſicut cæteri datur perſonæ, ſed rebus. Nec ſolent curatores contrahere ſoli pro adultis, ſed tantùm adultis contrahentibus authoritatẽ præſtare, quod longè diuerſum eſt. Sed tamen in hoc caſu nulla eſt inter curatores differẽtia *l.curator 3.C.ſi alien.res pignor.dat.ſit.* In iis enim quæ ad rerum adminiſtrationem pertinent, æqualis eſt, vt eſſe debet eorũ poteſtas & authoritas, ne ſi aliud iuris in adoleſcentis curatore hac parte conſtituamus, damnum aliquod incurrat minor, quod alioqui non eſſet incurſurus. Nec ſanè quod minorum fauore conſtitutum eſt, ne ignorantes obligari per curatores ſuos poſſint, ad eorum perniciem & iniuriam trahi debet, ſi fortè ita exigente eorum vtilitate curator ſine ipſis contraxerit, & pro mutua pecunia accepta pignus dederit *arg.l.pen.C.ad SC.Trebell.l. non eo minùs 14.C.de procur.l.2.quando ex fact.tut.infr.* In pignoris autem datione tanto faciliùs admitti hoc debet, quòd minoris momẽti eſt, nec facit adultum pauperiorem, quem tamen facere locupletiorẽ poteſt. Sic dicimus poſſe curatorem minoris iudicium ſuſcipere pro minore *l.1.§.in adultorum infr. de admin. tutor.* quia non poſſet non onerari maioribus ſumptibus minor, ſi & ipſe authore curatore iudicium accipere cogeretur. Quãquam ſatis mihi ſuſpectum eſt, vt aliâs monui, quod in eo §.ſcriptum lego, magiſque Triboniani quàm Vlpiani ſenſum & elegantiam redolere id mihi videtur. Sed de hoc aliâs. Planè quæ de tutoribus & curatoribus furioſi, vel adoleſcentis diximus, ita accipienda ſunt, ſi lege non reſtagante pignus dederint, vt Paulus hîc adiicit: id eſt, vt benè Accurſius interpretatur, ſi pignus rei mobilis datum ſit, non etiam ſi rei immobilis & ſoli. Oratio enim Diui Seueri quæ alienationẽ prædiorum pupilli, vel adulti tam diſtinctè prohibuit, niſi decreto iudicis interueniente, non tantùm de alienatione locuta eſt, ſed etiam de pignoris datione, vt conſtat ex *l.1. & rubrica ipſa tituli de reb. eor. qui ſub tutel.vel cur.ſunt ſine decret.non alien.vel ſuppon.* nempe quia per dationem pignoris etiam ad alienationem, ſi non ſoluatur pecunia, peruenitur *tot. tit. de diſtract.pignor.l.4.& paſſ.ſupr. l.vlt. Cod.de reb. alien. non alienand.* Ergo ex quibus cauſis oratio permittit Prętori decernere alienationem, permittet etiam pignoris dationem, nempe qua permiſſa non poſſet alienatio poſteà impediri *l.ſi pupillorum 7. §.ſi pupillus*

infr.de

*inſr. de reb. eor. qui ſub tutel.* Cauſa autem vix alia vlla eſt, quàm ex ſoluendi æris alieni gratia, quod fortè pupillus ſub grauioribus vſuris debebat: quamquã totum hoc poſitum eſt in cognitione & æſtimatione prætoris *l. magis puto 5. §. non paſſim & §. item prætor eod. tit.* Hodie inter res mobiles & immobiles nulla eſt hac in re differentia poſt legem Conſtantini in *leg. lex quæ tutores 22. C. de admin. tutor.* Ex eo autem quod Paulus hîc ſcribit, tuendum eſſe pignus ſcilicet à prætore, intelligimus non ergo valere ipſo iure, ſed tuitione prætoria, vt in *leg. ſi conuenerit 18 inſr. leg. 1. ſupr. quib. mod. vſuſr. amitt. l. 1. §. vlt. inſr. de ſuperſic.* Verum enim eſt, neque à domino conſtitutum fuiſſe, neque ex domini voluntate. Aliud eſſet, ſi pignus à pupillo ipſo conſtitutum eſſet tutore authore, aut à minore cum authoritate curatoris, non etiam ſi à furioſo ex authoritate ſui curatoris. Nihil enim poteſt facere furioſus ne quidem curatore authore, ſed omnia debet facere curator ipſe nomine furioſi *l. in negotiis 5. de reg. iur.*

1 ¶ Contrariam pigneratitiam creditori actionem competere, certum eſt. proinde ſi rem alienam, vel alij pigneratam, vel in publicum obligatam dedit, tenebitur: quamuis & ſtellionatus crimẽ committat. Sed vtrum ita demum, ſi ſcit, an & ſi ignorat? & quantum ad crimen pertinet, excuſat ignorantia, quantum ad contrarium iudicium, ignorantia eum non excuſat, vt Marcellus libro ſexto Digeſtorum ſcribit. ſed ſi ſciens creditor accipiat vel alienum, vel obligatum, vel morboſum: contrarium ei non competit;

*Ad §. 1. Contrariam.*

RATIO DVB. Pignus datur creditori à debitore, aut ab alio debitoris nomine, vt creditori cautum ſit, perinde ac ſi fideiuſſorem dediſſet: in eam namque rem comparatus eſt vſus pignorum & fideiuſſorum *l. ſi mandatu 59. §. vlt. inſr. mandat. leg. 4. §. additi inſr. de fideic. libert.* Ergo ex contractu pignoris ſi aliena res, vel alij obligata pignori data ſit, danda eſt tantùm actio directa creditori, non etiam contraria pignoratitia, directæ ſiquidem actiones dantur ei, cuius principaliter intereſt, non cuius acceſſoriè tantùm & per conſequentias. Intereſt autẽ potiſſimum creditoris, quia ſi alienam rem vel alij obligatam ignorans pignori acceperit, deceptus eſt, cùm eiuſmodi pignore non poſſit ei cautum eſſe.

DEC. Datur pignus non tantùm vt cautum ſit creditori, ſed ea quoque mente, vt poſtquam creditori ſatisfactum fuerit, reddatur debitori. Id verò fit per pignoratitiam actionem, quæ proinde non niſi directa eſſe poteſt ex parte debitoris, cùm pignus ei reddendum ſit à creditore, cuius nec quicquam intereſſe videtur, poſtquã ei ſoluta omnis pecunia eſt, aut aliter pleniſſimè ſatisfactum, quo demum tempore naſcitur pignoratitia. Sed tamen cùm pignus detur creditori ex fide bona, vt ei cautum ſit, æquũ eſt, ſi debitor rem alienã aut alij obligatam pignori dederit, accommodari contrariam pignoratitiam creditori, non ſolũ ſi deceptus ſit à debitore ſciente rem alienam eſſe aut alij obligatam, ſed etiam ſi dolo careat debitor, & ex iuſta ignorantia id fecerit, dummodò creditor quoque idipſum ignorauerit. Nam ſi ſciuit, non habet de quo conqueratur, cùm ipſe ſe deceperit *l. nam ſi ſcit 26. ſupr. de rei vindic.* ſiue quòd ſatisfactum ei ſit, quomodo voluit, vt ait Accurſius ex *leg. ſi rem 9. §. omnis pecunia ſupr.* ſiue quòd certiorari non debuit, qui iam certus fuit *leg. 1. in fin. inſr. de action. empt. l. ſi tamen 48 § in ædilitiis inſr. de ædilit. edict. l. 1. in fin. quod falſ. tutor. author. l. apud Celſum 4. §. itẽ Labeo 5. de doli mal. except.* Alia ratio eſt hypothecariæ actionis. Nam cùm hypothecaria nihil ſit, niſi pignoris perſecutio, & vindicatio *l. pignoris 18. C. de pignor. l. ſi fundus 16. §. in vindicatione & l. ſeq. inſr. eod. tit.* non poteſt illa directò competere alij quam creditori, nec vllam admittit contrariam actionem, ſicut nec actio illa directa quæ ex ſtipulatione competit aduerſus fideiuſſorem. Quod tamen dicimus ea re pignori data, quæ iam alij obligata fuerat, teneri debitorem creditori pigneratitia actione contraria, ſic intellige cum Accurſio, niſi res illa duob. obligata vtrique debito exſoluendo ſufficiat. Alioqui neutri fit iniuria, cùm vtrique ſatisfieri ex pignore poteſt *l. ſi quis in pignore 36. in fin. inſr. hoc titul.* vbi latius dicemus.

2 *Quamuis & ſtellionatus crimen committat.* RATIO DVB. Contraria actio pignoratitia, quæ datur creditori contra debitorem, ob id quod alienam rem vel alij obligatam pignori dederit, datur etiam aduerſus ignorantem debitorem: ſtellionatus verò nõ committitur, niſi à ſciente, vt ſequitur in hoc textu, nempe quia contrariæ actioni cauſam præbet damnum creditoris, cui indemnitatem præſtari à debitore æquum eſt, & ex bona fide, quæ in hoc quoque contractu, vt in cæteris bonæ fidei contractibus totum facit, extraordinariæ verò perſecutioni ſtellionatus cauſam dat ſolus debitoris dolus, cùm ſtellionatus ſit delictum, quod nunquam fit ſine dolo, quod enim priuatis in actionibus eſt actio de dolo, id in criminibus eſt ſtellionatus perſecutio *l. 3. §. 1. inſr. de crimin. ſtellion.* Porrò dolus eſſe non poteſt in eo qui ignorat: quamuis cõſtet ex Ariſtotele peccantem omnem eſſe ignorantem in actu, ſcilicet practicè practico cùm ipſe peccat: dolum enim & ſcientiam adeſſe oportet, vbicunque crimen eſt. Ergo non debuit Paulus crimen ſtellionatus cum pignoratitia contraria actione coniungere, tractans de debitore, qui rem alienam vel obligatam pignori dedit. DEC. In debitore qui ſciens rem alienam vel iam alij obligatam pignori dedit, nulla dubitatio eſt, quin vtraque actio contra eum competat, & contraria pignoratitia ciuilis, & de ſtellionatu criminalis. Et ad hunc caſum reſtringendus eſt hic verſiculus. In eo verò debitore qui ignorauit diſtinctio adhibenda eſt, vt contraria quidem pignoratitia actione nihilominus teneatur, quoniã culpa quoque ſola citra dolum hoc iudicio vindicatur *l. ſi cùm venderet 13 in fin. ſupr.* culpa autem ſemper eſt, quamuis non ſemper dolus adfirmare id quod neſcias *l. & eleganter 7 § vlt. ſupr. de dolo l. Iulianus 13. §. quod tamen inf. de action. empt.* at ſtellionatus crimine non teneatur, quia contrariam pignoratitiam ignorantia non excuſat, quæ tamen ſtellionatum excuſat. Se-

cundùm quam diſtinctionem intelligi debet quod ſcriptum eſt in *l.1.in fin ſupr.& in dict.l.ſi quis inpignore 36.infr.& in l.vlt.inſ.de crimin ſtellion.* Non enim quiſquis iurauit falsò pignora ſua eſſe, alia de cauſa tenetur de ſtellionatu, quàm quia peierauit, vt ea lex ait. Nemo autem peierat, niſi ſciens, vt conſtat ex vulgari iuriſiurandi formula *ſi ſciens fallo* l. *qui iuraſſe 26.§.1.ſupr.de iureiur.*

2 ¶ Etiam vectigâle prædium pignori dari poteſt. Sed & ſuperficiarium: quia hodie vtiles actiones ſuperficiariis dantur.

*Ad §.vlt.Etiam vectigâle.*

Rat.dvb. Non valet pignus quod à non domino datum eſt, niſi ex domini voluntate datum proponatur, vt ſæpius diximus ex l. *ſi rem 9.ſupr.leg.aliena res 20.infr tot tit. C. ſi alien.res pignor.dat.ſit.* Atqui poſſeſſor fundi vectigalis nullũ habet dominium, nec bonitarium, nec Quiritiarium, nec vtile, nec directum, licèt aliter noſtri vulgò exiſtiment, quos & in poſteriotibus Coniecturarum libris refutauimus & ad l.1.*ſupr.ſi ager vectigal petat.* Ergo vectigale prædium pignori dari non poteſt, eadémque ratione multo minùs ſuperficiarium, cùm & ciuili & naturali iure ſuperficies ſolo cedat *l. 2. infr. de ſuperfic.leg. qui res 98.§.arcam.de ſolut.*

Dec. Quiſquis aut vectigalis aut ſuperficiarij prædij poſſeſſor eſt, licèt nullomodo ſit prædij dominus, ne quidem vtilis, ius tamen habet retinendę rei etiam inuito domino quandiu paratus eſt conuentum vectigal ſoluere, aut promiſſam ſuperficiei mercedem *l.2.& 3.ill.tit.ſi ager vectig.pet.* Ideóque dat ei prætor actiones omnes vtiles, quas domino dat directas ſcilicet in rẽ non ſolũ aduerſus quemlibet poſſeſſorem, ſed etiam contra dominum ipſum *d.l.1.& tot.tit ſi ager vectig.l.1.§.1.de ſuperfic. leg.ſuperficiario 74.& ſeq.ſupr.de rei vindic.* adeóque quod magis eſt, ſeruitutes à ſuperficiario conſtitutas, quamuis non niſi à domino conſtitui poſſint, tuetur prætor, data ſimiliter vtili actione in rem de ſeruitute *d.l.1. §. vlt. de ſuperfic.* Quidni ergo etiã ab eo conſtitutũ pignus valebit *l.etiã ſuperficies 15.infr. qui potior. in pignor. hab.* hactenus ſaltem vt hypothecariam vtilem creditori, qui tale accepit pignus, dari oporteat, & conſequenter vtilem quoque pignoratitiã debitori, ſi ſoluto debito recipere pignus velit, itémq; vtilẽ contrariam creditori, ſi qua de cauſa indemnitas ei præſtanda ſit. Planè ſi ob non ſolutũ vectigal, aut canonem annuum ius poſſeſſoris fundi ſuperficiarij aut vectigalis, aut aliter extinctum ſit, pignus quoque ab eo datum extinguetur. Id enim eſt quod dici ſolet, reſoluto aut finito iure datoris reſolui aut finiri ius acceptoris *l.leg vectigali 29.infr. de pignor. l. 4. aliàs l.ſi ex duobus §.ſed & Marcellus in fin.de in diem addict.*

17. Marcianvs libro ſingulari ad Formulam hyphothecariam.

SAnè Diui Seuerus, & Antoninus reſcripſerunt, vt ſine deminutione mercedis ſoli obligaretur.

*Ad l.Sanè Diui 17.*

Rat.dvb. Inter creditores quidem hypothecarios & pigooratitios ita obſeruatur, vt qui prior eſt, tempore potior ſit iure *l.ſi fundum 4.& paſſ.C.qui potior.in pignor.hab.* niſi cùm ex aliqua cauſa poſterior habet ius prælationis, vt in *l.interdum 5.infr.eod.ill.tit. l.aſsiduis 12.C.eod.* Atqui in propoſita ſpecie dominus fũdi vectigalis, vel ſuperficiarij cui merces pro fundo debetur, non eſt creditor pigneratitius, cùm ſit dominus: nec.n. poteſt ei res ſua eſſe obligata *vulg. l. neque pignus 45.de reg.iur.* Nihil igitur cauſæ eſt, cur domin⁹ præferri debeat pro mercede creditori, qui fundum vectigalem vel ſuperficiarium pignori accepit. Dec. Poſſeſſor fundi vectigalis vel ſuperficiarij, nullum habet ius retinẽdi, multo minùs verò obligandi eius fundi, niſi quia & quatenus mercedem pro eo debitam ſoluit. Alioqui neq; actionẽ, neque retẽtionem vllam habere poteſt, cùm eo caſu expellere illũ dominus propria authoritate poſſit *d.l.1.in princ.& l.2.ſup.ſi ager vectig petet.* Ergo fieri nequit, vt in eo fundo creditor præferatur domino, qui cũ ſit dominus, plus certè iuris habet in re ſua, quã ſi eſſet creditor pignoratitius, quia & plus quã creditor eſt. Prior igitur cauſa eſt domini ſoli, ſi non ſoluatur ei ſalariũ: quomodo ſcriptum eſt, & legendum non vt vulgò *ſalariũ in l etiam 15. infr. qui potior. in pign.hab.* Sic dicimus, in actione de peculio nullũ priuilegium præponi poſſe patri vel domino, cùm ex perſona filij vel ſerui de peculio conueniuntur *l. ex facto 52. infr.de pecul.* & ſimiliter, in liberto nõ poſſe antiquiorem contractum vllum eſſe contractu operarum, ſine quo libertas ei data non eſſet *leg. in liberto 77.infr.de ſolut. leg.3.C.an ſeruus ex ſuo fact.*

18. Pavlvs libro 28.ad Edictum.

SI conuenerit, vt nomen debitoris mei pignori tibi ſit: tuenda eſt à prætore hæc conuentio: vt & te in exigenda pecunia [a], & debitorem aduerſus me, (ſi cũ eo experiar) tueatur. ergo, ſi id nomen pecuniarium fuerit[b]: exactam pecuniam tecum penſabit. ſi verò corporis alicuius [c], id quod acceperis, erit tibi pignoris loco.

*Ad l.Si conuenerit 18.*

Rat.dvb. Nomen debitoris mei nõ eſt meum, nec ſi ex pecunia mea contractum ſit, multo minùs autem per pignoris dationem fieri meum poteſt, cùm pignoris datio non ſit modus habilis ad transferendum dominium, quia nec perpetuam cauſam habet,

habet, ſed temporalem l. grege 13. §. etiam inf. de pignor. Dominium autem, vt ſæpius diximus, ex temporali cauſa non transfertur l. 1. de iur. dot. Imò, quod magis eſt, creditor, licèt ſit dominus nominis, non tamen dominus eſt rei debitæ, ſed ipſe debitor l. 1. de liberat. legat. Atqui non alius poteſt dare pignori, quàm qui dominus eſt, aut qui ſaltem habet domini voluntatem l. aliena res 20. infr. nec rurſus actionem alius habere poteſt contra debitorem, quàm qui ipſe creditor eſt, nec aduerſus alium, quā ſuum debitorem l. enim cui mutuam 13. C. de oblig. & action. l. 3. C. de hered. action. Ergo ſi debitor meus nomē ſui debitoris mihi pignori dederit, neque pignus valere poteſt, neque actio vlla mihi competere aduerſus debitoris mei debitorem cum quo non contraxi. Perſonales enim obligationes, & quæ ex obligationib. naſcuntur, actiones ideò dicuntur perſonales, quia perſonis cohærent, & vt noſtri loquuntur, inhærent oſſibus, nec ad alias perſonas ſiue actiuè ſiue paſſiuè transferri ipſo iure poſſunt l. vlt. §. 1. de contr. empt. l. 1. §. ſi heres infr. ad SC. Trebell. neque ſi nomen debitoris aut venditum, aut in ſolutum, aut in dotem datum ſit leg. 2. l. ſi in ſolutum 6. C. de oblig. & act. l. pen. & vlt. C. quand. ſiſc. vel priuat. Dec. Vtilitatis publicæ gratia, & ad ampliandam commerciorum libertatem multa ex æquitate inducta ſunt contra ſtrictam iuris rationem: maximè verò in pignoribus l. ſed an via 12. in fi. de pignor. iunct. l. ita vulneratus 52. in fin. ſupr. ad leg. Aquil. l. quòd ſi minor 24. §. 1. de minor. l. ſi quis mancipiis 17. §. ſi impubes infr. de Inſtit. act. l. cùm plures 12. §. 1. de admin. tutor. l. qui autem 14. §. 1. ſupr. de pecun. conſtit. Inter cætera verò illud ex æquitate contra ſtricti iuris rationem inductum eſt, vt nomen quoque debitoris à creditore pignori dari poſſit. Id enim eſt quod Imp. Alex. ait in l. nomen 4. C. quæ res pignor. dar. poſſ. iam pridem placuiſſe, id eſt, ex æquitate receptum fuiſſe, vt nomen quoque debitoris pignorari & generaliter & ſpecialiter poſſit. Nam à quo tempore pignorum irrepſit vtilitas, vt loquitur Vlpianus in d. l. qui autem 14. §. 1. de pecun. conſtit. an non fuiſſet iniquum vtilitate illa priuari eos, qui nihil niſi nomina debitorum in bonis habuiſſent? Nec alius Imperatorum Diocletiani & Maximiani ſenſus eſt in l. poſtquam 7. C. de hered. vel act. vendit. eò tandem decurſum eſſe, vt cautiones quoque debitorum pignori dentur, traditis ſcilicet inſtrumētis, in quibus ſcripta ſunt nomina debitorum, vt ſit propriè pignus quod per traditionem conſtituitur l. ſi rem 9. § propriè ſupr. hoc titul. Facit autem hæc traditio, nō vt creditor creditoris fiat creditor debitoris inferioris, & vt contra eum poſſit agere directa actione competente ex contractu; multo minus autem vt dominium rerum debitoris pro nomine obligatarum tranſeat in creditorem, quod nec in emptorem nominis tranſiret l. ex nominis 8. C. de hered. vel act. vendit. ſed tantùm, vt exemplo eius qui nomen emit, cui actiones vtiles ex propria ipſius perſona accommodatæ ſunt, reſcripto Diui Pij, etiam ei cui nomen pignori datum eſt, æquè vtiles actiones accommodari debeant d. l. nomen, nec ipſi tantùm, ſed ei quoque qui tale nomē pignoratitium à creditore pignoratitio emerit d. l. poſtquam l. emptor 5. & d. l. ex nominis 8 eod. tit. iunct. l. ſi cum emptore 16. ſupr. de pact. d. l. 2. C. de oblig. & action. d. l. vlt. C. quando ſiſc. vel priuat. Directas enim actiones neq. pignus, neque dario in ſolutum, neque venditio nominis transferre in alium poteſt, niſi mandatas, & ita vt mandantis nomine exerceri eas oporteat, vt ex ſupradictis legibus apparet, & ex l. 1. C. de oblig. & act. l. qui ſtipendia 9. C. de procurat. neque verò haberet vtiles, niſi prudentum interpretatio ad reſcriptum Diui Pij ius paullatim, & quaſi irrependo induxiſſet. Vnde eſt, quod ceſſante conuentione de pignore nominis, non aliter poteſt nomen debitoris capi pignori in executione iudicati, quā ſi alia bona nulla ſint, quæ pignori capi poſſint. Adeò vt in eam rem neceſſarium fuerit Imperatoris reſcriptum de quo Vlpianus in l. à Diuo Pio 15. § ſic quoque iudices infr. de re iudic. nec iam pignori, quàm pignoris loco capi dicuntur hoc caſu nomina debitorum leg. 2. & leg. penult. C. quando ſiſc. vel priuat. nempe quia ſtricta iuris ratio reſiſtit, ne debitorum nomina pignori vel dari vel capi poſſint. Non ſolent autem nec debent prudentes à ſummo iure recedere, niſi vbi manifeſta vrget æquitas, & publica vtilitas, quæ vt plurimum ex neceſſitate æſtimatur. Itaque benè hîc Paulus ita loquitur, vt dicat, ſi conuenerit, vt nomen debitoris mei ſit tibi pignori, tuendam eſſe à prætore hanc conuentionem, vt intelligamus nō ergo valere pignus ipſo iure, ſed tuitione prætoria, quemadmodum in ſpecie leg. tutor 16. in princip. vbi diximus ſupr. iunct. l. ſi pupillorum 7. §. 1. infr. de reb. eor. qui ſub tutel. leg. 1. ſupr. quib. mod. vſuſfru. amitt. leg. 1. §. vlt. infr. de ſuperſic. tuendam tamen eſſe conuentionem à prætore, ne alioqui magno incommodo afficiantur debitores, ſi nō iis liceat nomina quoque debitorum ſuorum pignori dare, cùm fructus rei ſit vel pignori dare licere l. vlt infr. de vſur. Ergo aliorum bonorum excuſſio facienda eſt, antequam nomen debitoris pignori capi poſſit in executione iudicati d. l. pen. at non vt ex conuentione pignori dari poſſit. Latius enim patet voluntas contrahentium, quàm poteſtas iudicis iudicatum exequentis, nec ob id minus poteſt debitor nomina debitorum ſuorum dare pignori, quòd alia bona habeat. Cęterùm nec hodie cogitur creditor agens contra nomen debitoris ſui alia eius bona excutere, ſiue quod iura non poſſideantur, & beneficium illud ſolis poſſeſſoribus datum ſit. Auth. nt. hoc ſi debitor C. de pignor. ſiue quòd nihil interſit debitoris, qui à creditoris ſui creditore conuenitur, cui ſoluat, cùm æquè ſit liberationem cōſecuturus, nec proinde verendum ſit, ne ex ea cauſa lis aliqua noua inſurgat: quomodo in poſſeſſore conuento cōtingeret, vt Bart. hîc diſputat. Multum tamen intereſt, ſi quis partitè loqui velit, an nomen pignori datum ſit, an hypothecæ. Nam is qui pignori accepit, cùm pignoris datio nominis includat ex ſe traditionem inſtrumenti quo nomen continetur dict. l. ſi rem 9. §. propriè ſupr & l. cùm & ſortis 35. §. 1. infr. hoc tit. & quod ipſius etiam inſtrumenti, puta chirographi appellatione ſignificatur l. qui chirographum 59. de legat. 3. hoc ipſo cenſetur habere mandatas à creditore actiones directas, quandoquidem traditio inſtrumenti ex ſe mandatum actionum continet l. 1. C. de donat. Qui autem accepit nomen hypothecæ, id eſt, nuda pignoris conuentione citra traditionem contentus fuit, ſpeciali & expreſſo mandato indiget directarum actionum, vt eas debitoris ſui nomine exercere poſſit.

a *Vt & te in exigenda pecunia.* RAT. DVA. Non poteſt is qui creditor non eſt, plus iuris habere aduerſus debitorem, quàm is qui verè creditor eſt; cùm ius agendi non aliunde pendeat, quàm ex iure creditoris. Atquin is qui nomē ſui debitoris pignori dedit, non idcò deſinit eſſe creditor, quia certi ſunt modi, vt inducendæ ita & extinguendæ obligationis l. obligationum ferè 44. § placet infr. de oblig. &

*action.* inter quos non eſt pignoris datio nominis. E contrario autem is qui nomē debitoris pignori accepit, non idcirco fit creditor inferioris debitoris, contra quem agit, & cum quo nil contraxit. Ergo agentem illum non debet prætor tueri in exigenda pecunia, multo minus debitorem debitoris contra verū & proprium ſuum creditorē ſi ab eo cōueniatur. Facit enim ſuo iure quiſquis contra ſuū debitorem experitur, qui autem iure ſuo vtitur, neque dolo facere quicquam videtur, neque vlli infert iniuriam *l. ſi duorum 52. infr. de act. empt.* Nec ſanè in prætoris arbitrio eſſe poteſt aut debet, vt ex non creditore faciat creditorem, aut ex nō debitore debitorem. Contractibus enim id fieri oportet, non authoritate & iuriſdictione prætoris, quia voluntates contrahentium audire prætor debet, non iubere, vt de ſe Imperatores aiunt in *l. omnium 19. C. de teſtam.*

Dec. Poſtquam placuit creditori, cui nomen debitoris pignori datum eſt, vtiles actiones contra debitorem debitoris accommodari, exemplo emptoris nominis, vt ſuprà diximus, ídque partim ex reſcripto Diui Pij, quod de nominis emptore locutū eſt, partim ex prudentium ad reſcriptum illud interpretatione, non poteſt prætor recuſare quin eum tueatur in exigenda pecunia, ne alioqui faciat contra Imperatoris conſtitutionem, & contra ius ciuile, ſi non ei det vtilem actionem *leg. necnon 28. §. quoad eius ſupr. ex quib. cauſ. maior. l. cùm ſponſus 12. §. ſi res de Publician in rem action.* quæ porrò non poteſt eſſe vtilis, quin ſit efficax, vt ſuam habeat vtilitatē. Idcirco enim vtiles actiones dicuntur, quòd vtilitate ſua nūquam deſtituātur ad differentiam directarum, quæ licèt ipſo iure competant, non tamen ſemper ſunt efficaces *leg. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano & leg. ſi heres 70. in princip. infr. ad SC. Trebell.* Et quemadmodum in duorum dominorum concurſu, quorum vnus ſit bonitarius, aliter quiritarius, potior in effectu cauſa eſt bonitarij, vt Vlpianus refert *tital. 19. de acquiſit. rer. leg. doce 9. C. de rei vindic. iunct. l. quamuis 75. de iur. dot. infr.* ita in concurſu actionum directarum & vtilium ſemper vtiles, quamuis minus dignę, minúſque nobiles directis præferuntur, quoniam ſcilicet non niſi ex ſumma æquitate inducuntur, cuius potiorem quàm ſtricti iuris rationem eſſe conuenit *leg. placuit 8. C. de iudic. l. in omnibus quidem 90. de regul. iur.* Cùm verò cogatur prætor creditorē creditoris tueri in exigenda pecunia aduerſus debitorem debitoris, vt eum præferat proprio & immediato creditori, eo iure quo is qui habet vtiles actiones præferendus eſt habenti directas: conſequens etiam illud eſt, vt conuentum debitorem à creditore creditoris tueri debeat aduerſus proprium & immediatum creditorem, data ei ſcilicet doli mali exceptione contra creditorem, qui debitoris ſui nomen pignori dedit, non alia vtique mente, quàm vt creditori pignoratitio exigere illud liceret, ac proinde agere in neceſſarium antecedēs. Etſi enim non ſemper actio præcedit exactionem (quid enim ſi debitor vltro ſoluat, & ante vllam interpellationem?) agendi tamen ius & poteſtatem præcedere ſemper neceſſe eſt, vt ſequi poſſit exactio, quæ ideò ab actione ipſa nomen ſumpſit. Itaque cùm agat ſuperior creditor ex voluntate inferioris aduerſus inferiorem debitorem, non eſt audiendus inferior creditor aduerſus proprium debitorem agens, ſi ſolutionem ab eo extorquere velit, ad quam ab alio cogi poſſit facto & voluntate ipſius creditoris: alioqui debitor inferior duobus in ſolidum ſingulis ſoluere cogetur, quod per abſurdum & periniquum eſſet, ac contra naturalem æquitatem. Quæ ratio ſola fuit inducendæ primum exceptionis doli: ne cui per occaſionem iuris ciuilis contra naturalem æquitatem dolus ſuus prodeſſet ad lucrum captandum ex dāno alieno *l. 1. de doli mal. except.* In propoſito autem, prætextu iuris ciuilis, & per occaſionem directarū actionum creditor inferior captat lucrum ex damno ſui debitoris, vt ex duplici ſolutione locupletetur, cùm tamen vnum duntaxat ſit debitum. Etſi enim creditoris creditor, cui nomen debitoris à debitore ſuo pignori datum eſt per vtilem actionem, quam habet, exigit pecuniam ad ſuam non ad debitoris ſui vtilitatem (in quo differunt actiones vtiles à directis, quæ vt plurimum in vtilitatem mandantis exercentur, licèt interdum etiam ad vtilitatem mandatarij *l. qui ſtipendia 9. C. de procurat. l. 1. C. de oblig. & action.*) hoc ipſo tamen locupletior fit inferior creditor, quod à creditore ſuo liberatur *leg. ſi pupilli 66. in fin. de ſolut. leg. ſpecies 11. de acceptilat.* & conſequenter bis locupletior, ſi à debitore ſuo aliam iterum ſolutionem conſequi velit. Sic dicimus, ſi creditor à debitore ſuo fideicommiſſum reliquerit, valere fideicommiſſum non quidem, vt ipſo iure debitor fideicommiſſario teneatur, ſed vt ſi conueniatur ab herede, quomodo conueniri ſummo iure poteſt, tutus ſit per doli exceptionem, quę exceptio vtile fideicommiſſum facit, vt ait Vlpianus in *l. ſi pecunia 77. de leg. 1. l. cùm quis decedens 38. §. pater in fin. de legat. 3.* Solent autem noſtri quærere, an actio quæ datur creditori creditoris contra debitorem debitoris ſit perſonalis an hypothecaria. Sunt qui putēt eſſe hypothecariam, per quam intendat actor nomen eſſe ſibi obligatum. Alij putant eſſe perſonalem per quam intendat actor ſibi deberi eam quātitatem, quæ debitori ſuo debeatur. Alij denique, inter quos Bartolus ad *l. heredem 3. C. de heredit. actio. & ad dict. leg. nomen*, vtramque opinionem reprehendunt, & perſonalem quidem actionem hanc eſſe volunt, ſed vtilem ex contractu inferioris creditoris ex quo ſuperior creditor haberet directam. Et hæc receptior noſtrorum ſententia eſt, vt quod ſcriptum eſt in *d. l. nomen* & in *l. grege 13. §. cùm pignori infr. de pignor.* concilient cum *d. l. heredem*, quæ perſonalem actionē diſertè denegat mulieri aduerſus mariti debitores, quamuis mariti bona omnia mulieri pro dote ſint tacitè obligata *l. vnic. C. de rei vxor. act.* Niſi quod non deſunt, qui cum Azone defendant ex illa *l. heredem*, differentiam eſſe hac parte inter hypothecam expreſſam & tacitam, quaſi nomina debitorum etiam in generalem expreſſam hypothecam bonorum veniant, in tacitam verò non item. Quod euidenter certè falſum eſt. Etſi enim nomina debitorum neque mobilium neque immobilium appellatione continentur, ſed tertiam bonorum ſpeciem conſtituunt, ſiue ad rem mobilem dentur, ſiue ad rem immobilem *leg. quam Tuberonis 7. §. in peculio infr. de pecul. leg. à Diuo Pio 15. §. in venditione infr. de re iudic.* quis tamen neſcit generali appellatione bonorum etiam nomina debitorum comprehendi? *leg. bonorum 49. de verb. ſignific.* Quidni ergo in generalem quamuis tacitam bonorum hypothecam venient? Nec moueri debuerunt interpretes ex *dict. leg. heredem*, quæ etſi de dotis repetitione loquitur, non tamen de tacita generali hypotheca, quæ hodie dotis nomine competit, quippe quæ illius legis temporibus nulla adhuc competere poterat, cùm inducta ſit à Iuſtiniano in *dict. leg vnic. Cod. de rei vxor. act.*

Ante

Antequam habebat quidem dos iam olim priuilegium prælationis inter chirographarios creditores *l. quæſitum 17. §. ſi ſponſa & l. ſeq. infr. de reb. author. iudic. poſſid. aliàs l. 2. & 3. de priuileg credit.* ſed priuilegium tacitæ hypothecæ non habebat. Proinde quod ſcriptum eſt in *d. l. heredem* de actione perſonali denegāda marito aduerſus mulieris debitorea, non de illa vtili actione poteſt intelligi, quam creditori creditoris dandam eſſe dicimus contra debitorem debitoris, ſed de mera perſonali, quæ ex contractu debitoris tantùm naſcitur: & quæ in eo differt ab vtili, quòd vtilis non ex ſolo debitoris contractu naſcitur, ſed potiſſimū & immediatè ex contractu ſuperioris creditoris, qui nomina debitorū ſui debitoris habet obligata: nec aliā cauſā admittere poteſt, quàm quia nomen, in quod agitur, ſit obligatum, quamuis non ideò ſit hypothecaria, ſed merè perſonalis. Aliud enim eſt dicere, eſſe illam hypothecariam, quod falſum eſt: aliud verò habere conuentionem pignoris pro cauſa, vel ſaltem pro cōditione ſine qua & non pro medio, vt loquuntur, actionis. Quare nec illud probo, quod quidam putant, creditorem creditoris non prius agere poſſe perſonali actione contra debitorem debitoris, aut hypothecaria in bona debitoris inferioris pro eo debito obligata, quàm egerit hypothecaria in ipſum nomē debitoris, vt pronuncietur obligatum. Quid enim huiuſmodi circuitu opus eſt? *vulg. l. dominus 53. ſupr. de condict. indeb l. 3. §. ſi debitorem de donat. int. vir. & vxor.* Aut quidni ſufficiat dicere, ac probare nomen debitoris obligatum eſſe, & eodem iudicio actionem vtilem aut in perſonam inferioris debitoris, aut in pignora ab eo data inſtituere? Idque probatur ſatis ex hac lege & *d. l. nomen & d. § cùm pignori.*

b *Ergo ſi id nomen pecuniarium fuerit.* RAT. DVB. Compenſatio non poteſt habere locum, niſi cùm idem eiuſdem debitor eſt & creditor *l. 1. & paſſ. infr. de compenſat.* Atqui creditoris creditor, qui actione vtili exegit nomen inferioris debitoris, non tam factus eſt per eiuſmodi exactionem debitor; quàm deſiit eſſe creditor, cùm eam ſolutionem & ſuo nomine perceperit, & ad ſuam vtilitatem. Ergo quamuis pecuniarium debitum fuerit, compenſationi locus eſſe hoc caſu non poteſt.

DEC. Creditor qui per diſtractionem pignoris ſolutionem ſibi debitæ quantitatis cōſequitur, hoc ipſo fit debitor precij ex diſtractione percepti, tenetúrque eo nomine tanquam debitor pignoratitia actione. Ergo cùm ſit etiam creditor, compenſatio locum habere poteſt & debet ad concurrentem vſque quantitatem, nec niſi ſuperfluum actione pignoratitia reddere cogitur *l. eleganter 24. § penul. infr. leg. vlt. C. de diſtract. pignor. l. vlt. C. ſi vendit. pignor. agat.* Atqui cùm nomen debitoris à creditore creditoris exactum eſt, quod pignori datum fuerat, perinde pignus perit debitori, qui dedit, ac ſi diſtractum eſſet, quia & diſtrahi nomen debitoris poſſet *leg. poſtquam 7. & ſeq. & tot. tit. C. de hered. vel act. vendit.* Amittit enim creditor debitorem ſuum, contra quem ſi directa actione vellet agere, doli exceptione ſummoueretur, vt ſuprà diximus. Idem igitur hoc caſu dicendum eſt, vt exacto per creditoris creditorem debito à debitore debitoris compenſatio fiat vſque ad concurrentem quantitatem, & ſi quid ſuperfluum eſt, debitori reddatur.

c *Si verò corporis alicuius.* RAT. DVB. Nomina & actiones conſiſtunt in iure, non in corpore *leg. 1. §. quædam ſupr. de rer. diuiſ. & titul. de reb. corpor. & incorp.* Ideóque conſtituunt tertiam bonorum ſpeciem à rebus mobilibus & immobilibus, quæ corporalea ſunt, differentem *l. quam Tuberonis 7. §. in peculio infr. de pecul.* Ergo pignus nominis, licèt nomen ſit alicuius corporis, non idcirco in pignus corporis tranſire poteſt. Æſtimatur enim pignus ex conuentione, ſiue traditio ſecuta ſit, ſiue non, nec aliud poteſt eſſe in pignore, quàm de quo cōuēnit, vt pignori eſſet, nec ſi factum ſit ex materia pignorata *§. ſi quis cauerit infr. hac lege* Proinde cùm aliud ſit nomen, quod pignori datum eſt, aliud verò corpus, quod ex nomine debetur, dicendum eſt, ſi creditoris creditor exegerit actione vtili corpus quod debebatur, nihilò magis tamen pignoris loco eſſe corpus, quod exactum eſt.

DEC. Cùm nomen datur pignori, non tam de iure nominis cogitatur, quàm de vtilitate quæ ex nomine redigi poteſt, quandoquidem datur pignus, vt cautum ſit & conſultum creditori. Vtilitas autem nominis obligati tota conſiſtit in exactione eius, quod debetur, ſiue in pecunia conſiſtat, ſiue in corpore. Igitur ſi nomen alicuius corporis fuerit, & corpus exactum ſit, atque ita pignus nominis ſimul cum nomine ipſo perierit, fatendum eſt corpus illud eſſe pignoris loco; tanquam ſubrogatum in locum nominis, quod fuerat obligatum. Ideóque nō poteſt dici hoc caſu, quod ſuperiore diximus, compenſationem fieri; quia non ſicut quantitatis ad quantitatem fit compenſatio, ita corporis & ſpeciei alicuius compenſatio fieri poteſt ad quantitatem, vt benè noſtri ex hoc textu colligunt, & ex *l. ſi non ſortem 26. §. vlt. ſupr. de condict. indeb. & l. grege 13. §. cùm pignori.* vbi eadem ferè quæ hîc quæſtio proponitur *infr. de pignor.* Cùm itaque corpus exactum ex nomine corporis non poſſit compenſari cum quantitate creditori debita, conſequens omnino eſt, vt cùm nec pignus propriè ſit, quia reuera pignori datum non eſt, pignoris ſaltem loco eſſe intelligatur, vt Paulus hîc loquitur,

1 ¶ Si nuda proprietas pignori data ſit: vſusfructus, qui poſtea adcreuit; pignori cedit. Eadem cauſa eſt alluuionis.

*Ad §. 1. Si nuda.*

RAT. DVB. Non poteſt pignori eſſe id de quo, vt pignori eſſet, non conuēnit, ſicuti proximè diximus ex *§. ſi quis cauerit infr.* Atqui cùm data eſt pignori nuda proprietas, non ſolùm nihil conuēnit de vſufructu, ſed potius in contrarium conueniſſe videtur, vt vſusfructus non ſit pignori. Quid enim aliud eſt nuda proprietas, quàm ea quæ eſt ſine vſufructu? *leg. ſi vſusfructus 8. infr. de vſufr. legat.* adeò vt qui habet nudam imò & plenam proprietatem, vſumfructum habere non poſſit *leg. quod noſtrum 63. ſupr. de vſufruct.* Nemo enim re ſua vtitur fruitur *leg. vti frui ſupr. ſi vſusfruct. pet.* Ergo ſi nuda proprietas pignori data ſit, non poteſt vſusfructus qui poſtea adcreuit, eſſe pignori: præſertim cùm is qui dicit rem ſibi datā eſſe pignori, probare debeat eam rem in bonis debitoris fuiſſe tunc cùm pignus contrahebatur, niſi cùm

Digitized by Google

generaliter bona omnia pignori data ſunt præſentia, & futura *l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur iunct. l. 3. inf. de pignor. l. ante omnia 23. de probat. l. quæ prædium 6. C. ſi alien. res pignor. dat.* ac prætereatempus contractus inſpici ſoleat & debeat, cùm quæritur quid in contractum venerit, non ſi quid ex poſtfacto ſuperuênit *l. Rutilia Polla 69. inf. de contr. empt.*

Dec Placuit certis modis vſumfructum finiri de quibus in *tit. ſupr. quib. mod. vſusfr. amitt.* ne inutiles eſſent proprietates ſemper abſcedente vſufructu *dict. l. ſi vſusfructus & §. ne tamen inſtit. de vſufr.* Finitus autẽ vſusfructus, ſtatim & ſui natura recurrit ad proprietatem, tanquam ad ſuam cauſam, & quidem ipſo iure, nullo ſcilicet hominis facto in eam rem requiſito. Vnde eſt quod interpretes noſtri vſumfructũ illum qui cum proprietate coniunctus eſt, & in plena proprietate continetur, cauſalem appellant, tanquam qui cum ſua cauſa ſit coniunctus, formalem verò eum qui à proprietate ita ſeiunctus eſt, vt per abſtractionem & ſeparationem à proprietate conſtituatur. Quod autẽ naturaliter & per ſe fit, neceſſariò fit, vt proinde iã pro facto ferè haberi debeat *l. 1. § vlt. l. 2. § apud Namuſam infr. de aqua & aquæ pluu. arcen. l. filius 28. § 1. in fin. de liber. & poſthum.* Dicam amplius, vſumfructum illum formalem, cùm poſteaquam finitus eſt, redit ad proprietatem, redire iure proprietatis. Sic enim Põponius loquitur in *l. ſi cùm argentum 21. § pen. infr. de except. rei iudic.* proprietatis inquam nudæ. Non enim fit plena proprietas antequam vſusfructus redeat ad proprietatem, neq; tum cùm redit, ſed poſtquã rediit. Cùm ergo nuda proprietas pignori data eſt, conſequens omnino fit, vt vſusfructus quoque ſi poſtea finiatur, & ad proprietatem reuertatur, hoc ipſo pignori datus exiſtimetur. Eadem namque proprietas eſt, quæ dati pignoris tempore nuda fuit, nunc plena inuenitur: & quãuis nouus & alius ſit vſusfructus, qui ex formali factus eſt cauſalis *d. l. ſi cùm argentum § pen.* eadem tamen proprietas eſt, quæ ab vſufructu formali antea ſeparata, nunc cum cauſali coniuncta eſt. Diſtinctæ enim illæ qualitates nudæ & plenæ proprietatis, nõ faciunt aliam atque aliam proprietatem, ſed tãtùm aliter atque aliter ſe habentem: cùm tamen vſusfructus formalis differat à cauſali, nõ qualitate tantum, ſed natura etiam ipſa & ſubſtãtia. Vſusfructus formalis in iure cõſiſtit, non in corpore, licèt emolumentum rei contineat *l. cùm filius 76. § dominus l. Mauius 66. § fundo de legat. 2.* Cauſalis verò domini & proprietatis pars quædam eſt, quæ nec à proprietate ſeparationem recipit, quandiu cauſalis eſt, niſi cùm id agitur, vt ex cauſali fiat formalis *d. l. quod noſtrum 63. de vſufruct. d. l. ſi cùm argentum § penult. l. ſi alij fundum 19. de vſufruct. legat. l. rectè dicimus 25. de verb. ſignific.* Et hæc vera huius §. ratio & ſententia eſt, non quam nimis generalem adfert Bartolus, quaſi quicquid accedit pignori, pignus ſit. Debuerat enim ſcribere, *id quod naturaliter accedit pignori.* qua dictione *naturaliter* addita, non quæſiuiſſet, an aucto regno prouincia ſuperaddita iiſdem quibus regnum legibus & conſtitutionibus regi debeat. Non enim naturaliter additur regno prouincia, ſed facto aliquo hominis nouâque conuentione interueniẽte: quod in vſufructu proprietati accedente diuerſum eſt, vt diximus. Quamquam diſtinctionem illam quam adfert in ſua quæſtione Bartolus, non improbo, an prouincia regno adiiciatur acceſſoriè, an quaſi principale quid & per ſe ſubſiſtens, vt priore caſu regni conſtitutionib. regatur tanquam pars regni, poſteriore verò non item. Sed melius intelligetur ratio huius §. ex alio exemplo, quod Paulus ſubiicit, de eo quod fundo pignorato adcreuit per alluuionẽ, vt ſcilicet id quoque pignori ſit. Nam cùm alluuio nihil aliud ſit quàm incrementum latens, quod ita paullatim adiicitur, vt neſciri poſſit, quantum quoque temporis momento adiiciatur *§ præterea 20. Inſtit. de rer. diuiſ.* intelligimus, aliud ergo dicendum eſſe, ſi per inundationem fluminis aliquid fundo pignorato acceſſerit, ſiue paullatim ſiue nõ paullatim *l. ergo 30. § alluuio de acquir. rer. domin.* Nec minus tamen accedit fundo pignorato, quod accedit per inundationem, quam quod per alluuionem. Non ergo generaliter verum eſt, quod vult Bartol. id quod fundo pignorato accedit pignus eſſe, ſed id tantum quod ita accedit, vt non tam nouum pignus, quàm incrementum quoddã pignoris eſſe videatur: quomodo de dote ſcribit idem Paulus noſter in *l. ſi proprietati 4. infr. de iur. dot.* vbi duo iidem caſus proponuntur in dote, qui tractantur hîc in pignore, nempe ſi nudæ proprietati in dotem datæ vſusfructus acceſſerit: item ſi quid per alluuionem. Iunge *leg. ſi fundus 16. in princip. infr. de pignor. l. & puto 16. § id quod amnis ſupr. famil. erciſc. l. item ſi fundi 9. § huic vicinus ſuprà de vſufr. l. quod in rerum 24. § ſi quis poſt teſtamentum de legat. 1.*

2 ¶ Si fundus pigneratus venierit: manere cauſam pignoris conſtitit: quia cũ ſua cauſa fundus tranſeat. ſicut in partu ancillæ[a], qui poſt venditionem natus ſit.

*Ad §. 2. Si fundus.*

Rat. dvb. Conuentio inter alios facta aliis neq; prodeſſe debet, neq. nocere *leg. ſi vnus 27. § pacta quæ turpem verſ. ante omnia ſupr. de pact.* Vnde eſt, quod dicimus, obligationẽ perſonalem non ſequi ſucceſſorem ſingularẽ *l. vlt. § 1. de contr. empt. l. 1. § ſi heres ad SC. Trebel.* Atqui pignus conſtituitur per conuentionem factam inter debitorem & creditorem *l. 1. ſupr.* Ergo nõ debet nocere emptori, qui à debitore emit, præſertim cũ pignus non faciat, quominus dominium rei pignoratæ quod remanet penes debitorẽ trãſeat per traditionẽ in emptorem. Plus autem eſt habere dominium rei, quã rẽ obligatam. Melior igitur debet eſſe cauſa emptoris, quàm creditoris, cùm nihil conuenerit emptor de pignore *l. Ariſto 3. infr. quæ res pignor. oblig. poſſ.* Dec. Traditio nõ plus iuris in alium transferre poteſt, quã debeat is qui tradit *l. traditio 20. infr. de acq. rer. dom.* Atqui debitor habuit quidem dominiũ rei quam vendidit, & tradidit, ſed iure pignoris obligatum creditori, quæ pignoris obligatio non tam afficit perſonam pignorantis, quàm rem pignoratam. Eſt. n. perſecutio pignoris in rem, non autem in perſonam *l. pignoris 17. inf. de pignor. l. pignoris 18. C. eod.* Ergo ſi debitor rem pignori obligatã vendiderit, aut aliter alienauerit, ſaluam tamẽ pignoria cauſam manere neceſſe eſt *leg. diſtractis 14. & ſeq. C. de pignor. l. 3. l. pen. C. de remiſſ. pignor. l. vnic. Cod. rem alien. gerent. non interd. rer. ſuar. adminiſtr. l. vlt. § pen. inf. de donat. l. ſi debitor 12. C. de diſtract. pignor.* ne alioqui ſit in poteſtate debitoris qui rẽ ſuam pignori dedit, eam poſtea vendendo alitérve alienando, ius creditoris ſui lædere, quod abſurdum & iniquum eſſet, ac

contra

Digitized by Google

contra *l. id quod noſtrum* 11 *l. non debet* 71. *de regul. iur.* Deniq; nō poteſt alienatio fieri, niſi cum ſua cauſa *l. alienatio* 67 *infr. de contr. empt.* Quæſtio enim pignoris ab intētione dominij omnino ſeparata eſt *l. 1. §. cùm prædium infr. de pignor.* nec vlla dominij ſocietate cōiungitur *l. iuſto errore* 44. *§. non mutat. de vſucap.* Nihil enim vetat rei dominiū vnius eſſe, & nihilominùs rē eſſe obligatā alteri, licèt non poſſit pignus conſtitui, niſi ab eo, qui cōſtituti pignoris tempore dominus reperiatur *l. 3. in princip. l. & quæ nondum* 15. *§. quod dicitur infr. de pignor.* Nō enim poteſt res affici & obligari ab alio quàm qui ſit dominus, vbi verò ſemel affecta eſſe cœpit, non intercidit obligatio amiſſione ac mutatione dominij, quia obligatio realis ſequitur rē quocunq; ierit, ideóq; tranſit etiam in ſingularem ſucceſſorem, adeóq; quod magis eſt, etiamſi ſucceſſor ille ſingularis dominiū per vſucapionē ſibi acquiſiuerit *d. §. cùm prædium d. §. non mutat. l. vſucapio* 7. *C. de pignor.* Eadémq; prætorij pignoris quæ cōuētionalis hac parte ratio eſt *l. miſſo* 12. *inf. pro emptor. l. 2. pro hered. l. poſtquam C. vt in poſſ. legat.*

a *Sicut in partu ancillæ.* Omnino legendū eſt *ſecus* non *ſicut* quod docui pluribꝰ in *error. 9. decad. 54. de error. pragmat.* Etſi enim ancilla pignorata nō eò minùs manet pignorata quòd vēdita ſit, partus tamen ex ea editus apud emptorē nō eſt obligatus *l. Paulus reſpondit* 29. *§. 1. inf. de pignor.* nec ſi cōceptus ſit apud debitorem, quamuis Accurſius ita diſtinguat. Non enim ſufficit ancillam fuiſſe in bonis debitoris cōuentionis tempore (quanquam hoc quoque ante omnia neceſſarium eſt *l. potior* 11. *§. ſi de futura infr. qui potior. in pignor. hab. l. ante omnia* 23. *infr. de probat.*) niſi etiam partus in dominiū peruenerit debitoris, vt ſcriptum eſt in *d. l. 29. §. 1.* quod porrò non aliter fieri poteſt, quàm ſi partus ex ancilla obligata, non modò conceptus ſit, ſed etiā editus apud debitorē, vt ibidē diſertè ſcriptū eſt. Partus enim antequam ſit editus, cùm nec homo ſit, in nullius dominio vel pignore eſſe poteſt *l. in Falcidia* 9. *§. 1. ad l. Falcid. l. vlt. inf. de collat. bonor.* Ideóq; nunquam cōceptionis ſed ipſius partus tempus ſemper inſpiciendum eſt *d. l. in Falcidia l. Paulus* 14. *aliàs l. Falcidia §. 1. eod. l. vlt infr. de acquir. rer. domin.* quæ non vſque adeò ad cauſam dominij reſtringenda eſt, quomodo eam reſtringit Accurſius ad *d. §. ſi de futura*, vt non etiam ad pignoris cauſam trahi debeat. Dubitandi tamen ratio circa partū ancillæ pignoratæ ex eo ſumi poteſt, quod in prima huius §. ſententia ſcriptum eſt, ſi fundus pignoratus venierit, manere cauſam pignoris, quia cum ſua cauſa fundus veneat, & in emptorem trāſeat. Conſequens enim videbatur, vt ancilla vendita quæ fuerat pignorata, etiam partus apud emptorem ex ea editus, vinculo pignoris teneri deberet, quoniam & teneretur, ſi ancilla vendita nō fuiſſet, & apud debitorē peperiſſet. Etſi enim partus nondum editus, licèt iam conceptus apud debitorem, nondum in bonis eius eſt, cùm nec in hominum natura ſit, vt diximus, creditori autem pignus perſequenti onus incumbat probandi rem in bonis debitoris fuiſſe conuentionis tēpore *d. l. ante omnia* 23. *infr. de probat.* (quæ dubitandi cauſa erat in *d. § ſi de futura.*) attamen cùm de partu quæritur, ſufficit conuentionis tēpore ancillā in bonis debitoris fuiſſe, id eſt, non requiritur præterea, vt partus quoque fuerit in bonis eo tēpore, ſed tantùm vt ancilla, quæ ſi tum in bonis nō fuiſſet, quamuis poſteà eſſe cœpiſſet, partus tamen etiam apud debitorē editus pignori eſſe ex priore cōuētione nūquam poſſet. Sed decidēdi ratio eſt, quia multùm hac parte diſtat pignus ancillæ à pignorato partu. Ancillæ pignus valet, ſi fuerit illa in bonis debitoris, cùm pignori dabatur, nec eò minùs durat pignorata, quòd alienata ſit, quia tranſit dominium cū ſua cauſa. Sed partus ancillę qui non fuit in bonis debitoris eo tempore, quo vel ancilla ſola, vel etiam partus nondū editus ſpecialiter hypothecæ dabatur, (bonis enim omnibus etiam futuris generaliter obligatis, aliud ſanè dicendū eſſet *l. & quæ nondum* 15. *§. quod dicitur infr. de pignor. l. vlt. C. quæ res pignor. oblig. poſſ.*) non poteſt obligatus dici, niſi eo ſaltē tempore quo naſcitur in bonis & dominio debitoris inueniatur: alioqui valeret pignus eius rei, quæ in bonis & dominio debitoris, nec tēpore cōſtituti pignoris nec poſtea vnquam fuiſſet: quod à ratione iuris prorſus alienum eſſet *d. l. 1. §. cùm prædiū in fin. infr de pignor.* Planè vbi partus apud debitorē editus eſt, atq; ita iure obligatus eſſe cœpit, ſi poſteà vēdatur ſiue ſolus ſiue cū matre, manebit obligatus, & tranſibit dominium eius cū ſua cauſa, nec quicquā hoc caſu inter ancillā pignoratā, & partū iam pignoratū intererit. Differētia tantū eſt in oppignoratione ipſa. Ancilla ſiquidē tū obligatur, cū datur pignori, partus verò ex ancilla ſiue iā cōceptus ſit, ſiue non ſit, nō priùs obligatur, licèt iam tū fuerit in vtero matris obligatæ, quā natus ſit & editus: anteà ſiquidē portio tantū eſt viſcerū matris nō partus *l. 1. §. 1. de inſpic. ventr.* Tēpus itaq; nō conuentionis inſpiciendū eſt, ſed natiuitatis, quòd ad partus oppignerationē attinet: circa perſonā verò matris ex qua partus editus eſt, tēpus cōuētionis inſpicimus, quia ſi eo tēpore mater in bonis debitoris nō fuiſſet, nec partus ex ea poſtmodū, quāuis apud debitorē editus, pignoris vinculo teneri poſſet, niſi proponeres bona omnia debitoris generaliter fuiſſe obligata præſētia ſcilicet & futura *d. l. & quæ nondū* 15. *§. quod dicitur infr. de pignor.* Valde tamen obſtat *l. 1. in princip inf de Saluian. interd.* quæ dat vtile Saluianū creditori pro partu ex ancilla edito apud emptorem. Sed ille quoq; locus certè mēdoſus eſt, & legēdus negatiuè hoc modo, *nec vtile interdictū reddi oportet.* Nam cū faciliùs ſit, vt interdictū vtile detur quàm directū, monet Iulianus nec vtile pro partu apud emptorē edito locum habere: alioqui etiā directū Saluianum habere locū deberet. Quod intellige, etiāſi cōceptus ſit apud debitorem. Scripſi latiùs in Chiliade *decad.* 60. *error.* 2 *& 4.* vbi aliam interpretationem attuli.

3 ¶ Si quis ſic cauerit, vt ſylua ſibi pignori eſſet: nauem ex ea materia factam non eſſe pignoris, Caſſius ait: quia aliud ſit materia, aliud nauis. & ideò nominatim in dando pignore adiiciendum eſſe ait, *Quæque ex ſylua facta, natáve ſint.*

*Ad §. 3. Si quis ſic cauerit.*

RAT. DVB. Cùm ex ſylua mea nauem conſtruo, nauis mea eſt, ſicut & materia: cuius enim alterius eſſet, cùm nec materiam, nec formam nauis alius dederit? Ergo ſicuti materia, ex qua nauis facta eſt, pignorata erat, ita & nauis quæ ex ea facta eſt, manebit pignorata. Pignus enim durat, quandiu verum eſt, ſolutum non eſſe debitum, nec aliter eo nomine ſatisfactum *l. ſi rem* 9. *§. omnis pecunia ſup. leg grege* 13. *§. etiam infr. de pignor.* DEC. Extinctione ac peremptione rei obligatæ extinguitur vincu-

lum & obligatio pignoris: neq; enim non entis vllæ poſſunt eſſe qualitates, nec poteſt obligata eſſe res quæ nulla eſt *l. ſi partem* 19. *ſupr. quemadm. ſeruit. amitt.* Atqui cùm ex ſylua mea nauis facta eſt, deſiit eſſe ſylua, & cœpit eſſe nauis, atq; ita quamuis eadẽ materia durare videatur, quia tamen forma mutata eſt, & materia facta eſt ſpecies, ac tranſiit in materiatum, cœpit alia res eſſe. Forma enim illa eſt, quæ dat eſſe rei & quę mutata propè interimit ſubſtantiam rei, vt loquitur Vlpia. in *l. Iulianus* 9. §. *ſed ſi quis rem ſupr. ad exhib.* & quod in ſua ſpecie non permanet, extinctum quodammodo videtur *l. Seia* 6. §. 1. *de aur. & argent. legat.* ſicut è contrario cuius eadẽ ſpecies eſt, eadem res eſſe creditur *l. proponebatur* 76. *ſupr. de iudic.* Ergo cùm alia res ſit materia nauis, alia verò nauis ipſa, non eſt bona conſecutio, ſi dicat creditor ideo ſe obligatã habere nauim, quòd obligatam habeat materiam, ex qua nauis facta eſt: nec ideò rurſus, quòd eiuſdem domini ſit nauis cuius materia fuerat, priuſquàm in nauim redigeretur. Alia enim quæſtio eſt, quæ de dominio fit, alia quæ de pignore. Dominium quod ſemel meũ fuit, meũ remanet etiam poſt rei mutationem, quia etiam quod ex re mea ſupereſt meum eſt *leg. ſolum* 49. §. 1. *ſup. de rei vindic. l. ſi ſeruus* 14. §. *bouæ ſup. de cond. furt.* nec dominium quod ſemel fuit meum poteſt deſinere meum eſſe, niſi certis & legitimis modis, inter quos ſicuti non eſt voluntas nuda ipſius domini *l. ſi quis vi* 17. §. *differentia infr. de acquir poſſ.* ita nec ſola formæ mutatio, niſi mutatio facta ſit eius materię, quę redigi ſæpius in ſua initia non poſſit. Quo caſu ſi ex aliena materia quis ſpeciem fecerit, ſpecies eius eſt, qui fecit non qui dominus fuit materiæ ſecundùm ſententiam Erciſcundorum qua vtimur *l. adeò* 7. §. *cùm quis ex aliena infr. de acquir. rer. domin.* §. *cùm quis ex aliena Inſtit. de rer. diuiſ. iunct. l. quæſitum* 78. §. *illud de legat.* 3. nempe cùm alius materiæ dominus eſt, alius verò nõ dominus ex ea materia ſpeciem fecit. Qui tamẽ caſus in hoc §. non tractatur, vt & Bart. benè vidit. At pignus non poteſt manere in ea re, in qua, quoniam noua & alia eſt, nunquam contractum fuit, & de qua, vt pignori eſſet, nunquam conuẽnit, (naſcitur enim ex conuentione ad rem ipſam obligandam relata *l. 1. ſupr.*) licèt tale quid ſit, quod ſupereſit, & factũ fuerit ex re obligata, niſi neceſſariã ab ea dependentiã habeat, vt euenit in ancillæ partu qui matris obligatæ cõditionẽ omnino ſequitur, ſi modò apud debitorẽ editus fuerit, vt diximus in §. *ſuperiore*, & in fructibus qui iure ſoli non ſeminis percipiuntur ſi modò à debitore ipſo percepti ſint *l. 1. §. cùm prædium inf. de pignor. l. qui ſcit* 25. §. 1. *de vſur. l. potior.* 11. §. *ſi de futura qui potior. in pignor. hab. l. 3. C. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contr.* Atqui nemo dixerit nauim obligatã eſſe ob id tantùm, quòd ſylua, ex qua nauis compacta eſt, obligata fuerit, cùm in conſtituendo pignore nihil de naui dictum ſit, ſed tantùm de ſylua, quæ porrò ſylua amplius non eſt, vbi lignum ex ſylua cæſum in nauim cõuerſum eſt. Ergo verum eſt quod hic Paulus ſubiicit, in dando pignore ſyluæ adiiciendum eſſe *quæq; ex ſylua facta natáve ſint*, vt obligata ſylua, etiam nauis, quam ex ea fieri contigerit, obligata exiſtimetur. Sic dicimus, inquit Accurſius, legata lana, veſtimentum quod poſteà ex ea lana factum eſt, legatum non videri *l. lana* 88. *de legat.* 3. Sed vereor ne non ſit bona cõparatio legati & pignoris. Legatum enim ſi modò per vindicationem factum ſit, titulus habilis eſt ad dominium transferendum ipſo iure, ac proinde facilius eſt, vt quod factum eſt, ex ea re quam teſtator meam facere voluit, meum ſit, ſi modò teſtator non mutauerit voluntatem, quàm vt mihi obligatũ ſit, quod ex re mihi obligata factum eſt. Quare & contrà ab Vlpiano & Iuliano reſpõſum eſt in *l. ſeruũ filij* 44. §. *ſi pocula de leg.* 1. quàm à Paulo in *d. l. lana* vbi non tam ſuam quàm alterius cuiuſdã Iureconſulti ſententiam referre Paulus videtur, vt innuunt verba illa *non placet: non vindicetur: exigi poſſunt.* Illud ſanè prorſus commentitium eſt, quod affert Accurſius, vt Vlpianum cum Paulo conciliet, tractari ab Vlpiano eum caſum, quo ante mutationem formæ dies legati iam ceſſerit: cùm è contrario ponendum neceſſariò ſit, ex lana legata factum eſſe veſtimentum à teſtatore ipſo: itémq; maſſam ex poculis legatis, non autem ab herede, aut à legatario. Nec minùs quod Bartol. poſt Iacobum Butrigarium, agit in *d. §. ſi pocula* de dominio iam quæſito. Etſi enim verum eſt, quod diximus ex legati cauſa dominium acquiri ipſo iure etiam citra traditionem *leg. 1. ſupr. de Public. in rem act. l. legatum* 80. *de leg. 2. l. à Titio* 64. *infr. de furt.* non tamen viuo adhuc teſtatore, ſed eo demùm mortuo *d. l. legatum.* Itaque cùm de legato tractatur in vita teſtatoris, tractatur vtique de dominio quærendo non de quæſito. Ac proinde falſum etiam eſt, quod hîc ſubiicit idem Bartolus, cũ agitur de iure dominij quærendi in futurum, adhibendam eſſe diſtinctionem illam, vtrum res quæ tranſit in aliã formam, ſit reducibilis ad primã ſuã materiam, nécne, vt priore caſu duret ius idẽ quod priùs cõpetébat, poſteriore verò extinguatur. Repugnat enim & contradicit apertiſſimè Vlpian. ex Iuliano in *d. §. ſi pocula.* quod Bart. ipſe nec audet negare. Neq; verò ſupradictæ diſtinctioni locus eſt, niſi in quæſtione *d. §. cùm quis ex aliena*, id eſt cùm ex vnius materia, nouã ſpeciem alius conſtituit. Nam in quæſtione de pignore non idem eſt. Et quod in hoc §. ſcribitur, nauim factam ex ſylua obligata nõ eſſe obligatam, non eam rationem habet, quod ex naui ſylua iterum fieri nequeat, (idem enim eſſet quamuis ex maſſa auri vel argenti facta eſſent pocula aurea vel argentea, vt euenit in legato vſufructu maſſæ aureæ conuerſæ in pocula conuerſa ſubinde in maſſam *l. qui vſumfructum* 36. *ſupr. de vſufr.* & in actione ad exhibendũ *d. l. Iulianus* 9. §. *ſed ſi quis rẽ ſupr. ad exhib.*) ſed quia vt Paul. hîc docet, aliud ſylua eſt, aliud verò nauis, quæ ratio, vt nemo non videt, perinde locum haberet in naui argentea vel aurea quæ ex maſſa auri vel argenti facta eſſet, vt & in cæteris omnib., niſi cùm alia & noua illa res iure ſubrogationis in alia rem eiuſdem ſpeciei & qualitatis, pro eadem re accipi poteſt, vt in mercibus tabernæ obligatæ, de quib. in *l. cùm tabernam* 34. *in princip. infr. de pignor.* aut cũ ex re pignorata ſolũ ſupereſt, quod eſt immutabile, nec mutatio niſi in ſuperficie ſuperuenit, vt in *l. ſi fundus* 16. §. *ſi res l. Paulus reſpõdit* 29. § *domus eod. tit. iunct. l. prox. inf.* Et quod ſcriptũ eſt in *d. l. quæſitum* 78 §. *illud de legat.* 3. Quę talis naturæ ſũt, vt ſæpiùs redigi in ſua poſſint initia, ea materiæ potẽtia victa nunquã vires eius effugere, ad cauſã dominij ſiue quæſiti ſiue quærẽdi pertinet, nõ ad cauſam pignoris, vel vſusfructus, vel exhibitionis, vt ex ſupradictis legib. apparet. Quærit adhuc Bartolus, an creditor cui ſylua obligata fuit, prohibere poſſit debitori ne ſyluã cædat, vt ex ea nauim faciat, cùm nõ poſſit ex ſylua obligata nauis fieri, quin creditoris ius lædatur, & pignus diminuatur, quòd tamen inuito creditore per debitorẽ diminui non poteſt.

Sed re-

Sed reſpondet rectè, creditorem non aliter poſſe vti pignore, quàm quomodo bonus & prudens paterfamilias vteretur *l. ea igitur 14. ſupr.* Ergo ſi ſylua erat cædua, nullum prohibendi ius habebit, ſiu cædua non erat, habebit, quia nec aliter bonus paterfamilias eiuſmodi ſylua vteretur. Nam & circa vſufructuarium eadem diſtinctio ex eadem iuris ratione adhibetur *l. item ſi fundi 9. §. vlt. ſupr. de vſufr.*

4 ¶ Seruus rem peculiarem ſi pignori dederit: tuendum eſt, ſi liberam peculij adminiſtrationem habuit. nam & alienare eas res poteſt.

*Ad §. vlt. Seruus.*

RAT. DVB. Pignus rei alienæ & à non domino conſtitutum non valet, vt ſæpiùs diximus ex *l. ſi rem 9. ſupr. l. rem alienam 41. infr. & tot. tit. C. ſi alien. res pignor. dat. ſit.* niſi conſtitutum ſit ſub condicione, ſi res debitoris eſſe cœperit *l. ſi fundus 16. §. aliena res infr. de pignor.* Atqui peculium filiofamilias aut ſeruo conceſſum à patre vel domino etiam cum libera adminiſtratione, licèt ſit filij & ſerui, magis tamen eſt patris aut domini, nec tam filij aut ſerui, quàm patris aut domini intereſt *l. 3. §. ſed vtrum ante finem l. patri 27. in princip. ſupr. de minor.* Ergo non eſt permittendum filiofamilias aut ſeruo, vt inſcio patre vel domino rem vllam peculiarem obliget, nec ſi liberam eius peculij adminiſtrationem habeat. Et ita Marcianus apertè ſcribit in *l. 1. §. 1. inſ. quæ res pignor. vel hypoth. dat. oblig. non poſſ.* DEC. Etiam aliena res pignori dari poteſt accedente domini voluntate *leg. aliena res 20. infr.* Atqui cùm filiofamilias vel ſeruo pater aut dominus peculij adminiſtrationem præſertim liberam conceſſit, negari non poteſt, quin ſi rem aliquam peculiarem pignori dederit, habeat pro ſe domini vel patris voluntatẽ. Quid enim eſt, quod in conceſſione liberæ adminiſtrationis contineri non poſſit? *l. procurator cui 58. & ſeq. ſupr. de procur. l. ſi liberam 10. C. quod cum eo qui in alien. poteſt.* Vnde etiam eſt, quod res iſtas peculiares alienare ſeruus hoc caſu poteſt, itémq; filiusfamilias, vt ſubiicitur in hoc textu & in *l. ſeq.* cùm tamen longè plus ſit alienare, quàm pignorare, ſiquidem alienatio transfert dominium *l. ſi fundum 16. infr. de fund. dotal. l. 1. C. eod* pignoris autem datio non item *l. cùm & ſortis 35 §. 1. infr. hoc tit.* Ideóq; quicquid venditionẽ emptionémq; recipit, multo magis pignorationem recipere poteſt *l. ſed & quod 9. §. 1. inf. de pignor.* Quidni ergo etiam pignorare res peculiares poterit filiusfamilias aut ſeruus, cui pater vel dominus liberam peculij adminiſtrationem conceſſerit? Sed hoc ita, ſi ex cauſa aliqua peculiari pignoris datio huiuſmodi facta ſit: quomodo in ſpecie huius §. & legis ſequentis factam eſſe ponendum eſt. Nam ſi ex alia cauſa, non idem probandum erit *d. l. 1. §. 1. quæ res pignor.* Non enim ad hoc datur filiofamilias vel ſeruo libera peculij adminiſtratio, vt peculium perdat & diſſipet, puta vt donet *d. §. 1. & l. filiusfamilias 7. in princip. inf. de donat.* ſed vt peculiũ augeat ſuáq; libera adminiſtratione patrem vel dominum faciat tantò locupletiorem. Denique pignus dari neceſſe eſt ex ea cauſa, ex qua etiam pater vel dominus actione de peculio propter contractum filijfamilias vel ſerui teneretur *l. contrà 28. §. vlt. l. in perſona 30. §. 1. ſupr. de pact.* Idque Accurſius quoque noſter benè vidit.

19. MARCIANVS libro ſingulari ad Formulam hypothecariam.

EAdem & de filiofamilias dicta intelligimus.

*Ad l. 19. Eadem & de filiofamilias.*

RAT. DVB. & DECIS. eadem eſt ad hanc legem quæ ad *§. vlt. legis præcedent.* Nec enim hac parte diſcrepat filiusfamilias à ſeruo, quamuis in aliis pleriſq; diſcrepent, in eo maximè, quòd filiusfamilias ex multis cauſis erat iam olim acquiſitionis capax non volente patre ſibi per filium acquiri *leg. 4. § ſed & filiusfamilias ſupr. de edend. l. Aemilius 38. §. 1. ſupr. de minor. l. is qui heres 13. §. vlt. l. cùm heres 52. infr. de acquir. hered. l. cogi 16. §. ſi pater filio 11. l. Imperator 30. ad Senatuſconſultum Trebell.* at ſeruus non item. Vnde eſt, quod etiam iouitis dominis ſerui ex omnibus penè cauſis, id eſt, excepta cauſa ſucceſſionis hereditariæ *l. etiam 32. de acquir. rer. domin. iunct. l qui in aliena 6. de acquir. hered. l. ſeruo 65. ad Senatuſconſultum Trebell. l. ſeruus vetante 62. de verb. oblig.* non etiam filijfamilias patentibus *l. 1. C. qui admitt. ad bonor. poſſeſſ. poſſ.* Sed de his alibi & ſæpiùs atq; accommodatiùs ſcripſimus.

20. PAVLVS libro 22. ad Edictum.

ALiena res pignori dari voluntate domini poteſt: ſed & ſi, ignorante eo, data ſit[a], & ratum habuerit: pignus valebit.

*Ad l. Aliena res 20.*

RAT. DVB. Pignus contrahitur etiam nuda conuentione *l. 1. ſupr.* ita vt is quoque, qui rem alienam ſiue ſciens ſiue ignorans pignori dedit, dummodò ignoranti, contraria actione pignoratitia teneatur *l. ſi rem alienam 9. l. tutor 16. §. 1. ſupr. hoc tit.* Ergo etiam rei alienæ pignus valet, quemadmodum & venditio *l. rem alienam 28. infr. de contr. empt.* Non enim res aliena quæ venditur, per venditionem afficitur, vt neque res aliena pignori data, nec eò minùs tamen valet venditio, hactenus ſcilicet vt venditor ex contractu ſuo teneatur actione ex empto ad euictionem emptori præſtandam. Quidni ergo valebit etiam oppigneratio? Præſertim cùm diximus in præcedentibus ad *§. vltim. leg. ſi conuenerit 18. ſupr.* id quod emptionem venditionémque recipit, etiam recipere oppignerationem *leg. ſed & quod 9. §. 1. infr. de pignor.* maiórque ſubeſſe videatur ratio prohibẽdæ venditionis rei alienæ, quàm obligationis, quia nec venditio facta videri poteſt, ſi id actum ſit ne dominium ad emptorem tranſiret *l. pen. §. vlt. infr. de contr. empt.* Hoc verò non poteſt non agi ab eo maximè, qui ſciẽs vendit rẽ alienam,

cùm nemo per traditionem plus iuris in alium transferre poſſit, quàm ipſe habeat *l. traditio 20. de acquir. rer. domin. l. nemo plus iuris 54. de regul. iur.* Quòd ſi dicamus alienæ rei pignus nullomodo valere, conſequens videtur, vt nec adiuncta domini voluntas quicquam faciat, cùm dominium non ſit ex earum rerum numero, quæ nuda domini voluntate amitti poſſunt *leg. ſi quis vi 17. §. differentia infr. de acquir. poſſ.* Cur ergo dicimus alienam rem ex domini voluntate pignori dare poſſe?

Dec. Pignus eo animo & datur, & accipitur, vt ſit cautum creditori *l. ſi mandatu 59. §. vlt inf. mandat.* quia plus eſt cautionis in re quàm in perſona *l. plus cautionis eſt 25. de regul. iur.* Proinde nihil agitur per dationem pignoris, ſi non effectus ille ſequatur, vt res pignori data obligetur, & quidem tali támque firmo vinculo, vt rem ipſam perſequi cõtra quemlibet poſſeſſorem creditor poſſit. In quo differt pignus à venditione: per quam è contrario non id primò & principaliter agitur, vt dominium in emptorem omnimodò transferatur, ſed tantùm vt venditor emptori ex contractu obligetur: per conſequentias autem vt emptor per traditionem ſubſecutam fiat dominus, ſi dominium rei venditę penes emptorem fuit, ſin minùs obligetur venditor de euictione ad reſtitutionem precij & quanti pręterea emptoris intereſt *leg. ex empto 11. §. 1. iunct. l. 1. in princip. & paſſ. infr. de action. empt. l. ſi traditio 4. C. eod. l. ſi in venditione 60. infr. de euict.* Atqui per conuentionem adeóq; traditionem factam à non domino, affici non poteſt neq; obligari res, quæ alterius ſit, ne alteri per alterum iniqua cõdicio inferatur contra regulam *l. non debet alteri 74. de regul. iur.* niſi proponas fructuarium, vel creditorem pignoratitium eſſe illum, qui inſcio domino rem alienam pignori dederit. Fructus ſiquidem rei eſt, vel pignori dare licere *leg. vlt. infr. de vſur.* vſumfructũ ſcilicèt non proprietatem *l. intereſt 6. C. de vſufr.* & pignus licèt non niſi alienæ rei poſſit conſiſtere *leg. neque pignus 45. de regul. iur.* pignori tamen dari poteſt inuito quoque debitore *l. grege 13. §. cùm pignori infr. de pignor. & tot. tit. Cod. ſi pignus dat. ſit.* Habent enim iſti aliquod ius in re inuito quoq; domino, propter quod poſſint rem illam etiam eo inuito afficere. Sed extra hunc caſum fieri certè nequit, vt aliena res pignori data obligetur & afficiatur, ſi non accedat voluntas domini. Itaq; quod dicimus, ea quæ emptionem venditionémq; recipiunt, etiam oppignerationem recipere: ſic intelligi omnino debet, ſi termini ſint habiles, nec quicquam magis obſtet oppignerationi, quàm venditioni. Nec eò minùs tamen damus cõtrariam actionem pignoratitiam creditori contra debitorem, qui alienam rem pignori dedit *d. l. ſi rem & d. l. tutor. §. 1. ſupr.* non quia pignus valuerit ex quo actiones pignoratitiæ directa & contraria naſci ſolent, ſed quia re ipſa deceptus eſt creditor, cui per eiuſmodi pignus nullomodo cautum fuit, ſiue animum decipiendi debitor habuerit, ſiue non habuerit, id eſt, ſiue alienam rẽ debitor ſciuerit, ſiue ignorauerit. Non enim magis decipi poteſt creditor, quàm ſi pignori accipiat rem à debitore tanquam debitoris propriam, quæ tamen quòd aliena eſſet, pignori dari non potuerit. Voluntatem igitur domini accedere omnino neceſſe eſt, vt pignus valere poſſit vt in *l. petenti 27. infr. l. quæ prædium 6. & l. pen. & vlt. C. ſi alien. res pignor. dat. ſit.* Etſi enim non facit accedens voluntas domini, vt eò minùs verum ſit alienam rem pignori datam eſſe, facit tamen vt perinde haberi pignus debeat, ac ſi à domino ipſo datum fuiſſet, cùm & nuda voluntas domini ſufficiat ad rem ſuã pignori obligandam *l. 1. ſup.* & nemo dubitet quin etiã pro alieno debito rẽ ſuam obligare quilibet poſſit. Idq; adeò verum eſt, vt interdũ ſola domini ſcientia ſine expreſſa voluntate in eam rem ſufficiat, ſi modò per diſſimulationẽ tacuiſſe probetur, quia diſſimulatio illa carere dolo nõ poteſt *l. 2. C. ſi alien. res pignor. dat. ſit. l. mulier 11. C. de diſtract. pignor. l. ſi ſine voluntate 5. C. ad SC. Velleian.* Deniq; volenti nunquam fit iniuria *leg. in diem 9. §. 1. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Idcirco autem maximè rẽ alienam pignori dare prohibemur, ne iniuria dominus afficiatur ſi inuito vel inſcio eo res ipſius obligetur.

a *Sed & ſi ignorante eo data ſit.* Rat. dub. Quod ab initio non valuit, ex poſtfacto conualeſcere non poteſt *l. quod initio 29. de regul. iur.* Atqui pignus rei alienæ ab initio non valuit, vt proximè diximus. Ergo nec per ſubſecutam domini ratihabitionem poteſt conualeſcere: præſertim cũ ratihabitio non poſſit meum facere negotiũ, niſi illud demũ quod meo nomine geſtum eſt *l. ſi pupilli 6. §. ſed ſi ego ſupr. de negot. geſt.* Ponimus autẽ datã fuiſſe pignori rem alienam à non domino ſuum negotiũ gerente, non negotium domini. Quid ergo facere hîc ratihabitio poteſt? Dec. Ratihabitio in omnib. iis quæ à volũtate ratum habentis dependent, mãdato æquiparatur *l. vlt. C. de SC. Macedon. l. 1. §. ſed & ſi quod infr. de vi & vi armat. l. donationes quas parentes 25. C. de donat. int. vir. & vxor.* Atqui certũ eſt mandato domini præcedente poſſe rem alienam oppignerari, haud aliter quàm ſi in datione ipſa pignoris voluntas domini interueniret. Nec enim res hęc ex earũ numero eſt, in quib. neceſſe ſit voluntatem in ipſo negotio interuenire, aut præcedere, vt in ſpecie *l. ſi quis mihi 25. §. iuſſum infr. de acquir. hered.* ſed ſufficit, vt vel præcedat, vel in ipſo negotio interueniat, vel poſt perfectum demũ negotium. Ratio enim pręcipua propter quam exigimus voluntatem domini, quoties aliena res pignori datur, illa eſt, vt ſuprà diximus, quòd nõ alius quã dominus afficere rẽ ipſam poſſit, quódq; aliter poſito iure eſſet in poteſtate cuiuſlibet alienam rẽ pignori dando, veri dominij ius lædere: quod manifeſtam vtique haberet iniuriam. Atqui nulla fit iniuria ei qui ſemel voluit, aut qui nunc tandem velit *d. l. in diem 9. §. 1. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Nihil ergo hac parte refert, an mandatũ pręceſſerit domini, an ratihabitio ſubſequatur. Nec tam vicioſum eſt pignus rei alienæ datũ ignorante domino, quàm inualidum defectu poteſtatis ex parte dantis, faciliúſq; eſt, vt quod ab initio fuit inualidum ex poſtfacto confirmetur, puta ſi quid accidat, quod cauſam & rationẽ inualiditatis perimat vt in ſpecie *leg. adoptio non iure facta 38. ſupr. de adopt.* quàm vt id quod ab initio vicioſum fuit, de quo ſolo ſupradicta iuris regula loquitur, quãuis generaliùs eam ab interpretib. vulgò intelligi nõ ignorem. Difficilius enim eſt, vt tollatur vicium quod ineſt actui ſubſiſtente nihilominùs actu, quàm vt inualiditas emẽdetur *l. quoties 6. ſup. qui ſatiſd. cogant.* niſi cùm ab ipſa lege vicium tollitur, vt in *l. 1. de condic. inſtit.* aut à prætore vt in *l. quæ ſub condicione 8. eod.* Et aliud eſt fieri quid vicioſè, aliud verò fieri inutiliter *l. cùm vicioſè 25. infr. de pignor.* Sed & ſic eam accipi debere probabile eſt, vt id quod ab initio non valuit, ſolo tractu temporis non conualeſcat, vt explicat regula iuris pontificij, poſſit tamen conualeſcere, ſi quid ad tractum temporis extrinſecus accedat,

accedat, quomodo ponimus hîc accedere ratihabitionem domini, qui ipſe ab initio rem ſuam pro alieno debito pignorare vtique potuiſſet *l. ſi fundus 16. §. 1. infr. eod. ill. tit.* Vbi obſeruandum eſt quod Marcianus ait, ratihabitionem hanc facere, vt recurrat pignus ad id tempus quo de pignore conuênit, id eſt, vt pignus, quod ab initio reuera fuit inutile, perinde habeatur, ac ſi ab initio fuiſſet vtile ob accedentem domini voluntatem, quod haud dubiè ſic accipiendum eſt, vt in præiudicium eius tantùm qui ratum habuit hoc obtineat, non etiam in præiudicium cæterorum, ſi qui fortè medio tẽpore cum eodem debitore contraxerint, idémque pignus acceperint. Alioqui non poteſt in pignore potior eſſe iure is, qui prior quidẽ tempore, ſed non prior benè rectéq; pignus accepit. Nihil enim penitus intereſt, an viciosè ac inutiliter pignus datum ſit, an nullomodo *d. l. cùm viciosè l. 2. de author. tutor.* Nec ratihabitio poteſt vnquam retrotrahi in præiudicium iuris interim quæſiti tertio, quia hoc caſu medium eſt inhabile, quod impedit coniunctionẽ extremorum, vt benè hîc Bartolus docet ex *l. ſi partem 19. §. ſi per fundum ſupr. quemad. ſeruit. amit. l. potior 11. §. ſi colonus infr. qui potior. in pign. hab. l. pen. infr. rat. rem haber.* Etſi autem ratihabitio non poteſt meum facere negotium, quod non meo nomine geſtum eſt, vt ex eo negotio actionem habeã negotiorum geſtorum, mihi tamen nocet quantum ad hoc, vt pignus quod fuerat inualidum confirmetur *d. l. ſi fundus 16. §. 1. infr. de pignor.* Facit enim, vt qui rem meam pignori dedit, nulla me iniuria affeciſſe videatur *d. l. in diem §. 1. de aqua & aquæ plu. arc.*

## 1 ¶ Si pluribus res ſimul pignori detur, æqualis omnium cauſa eſt.

*Ad §. 1. Si pluribus.*

RAT. DVB. Qui res ſuas pluribus obligant, incurrunt crimen ſtellionatus, ſi ſcientes id faciant, quoniam eadem res pluribus obligari non poteſt, niſi vtrique debito exſoluendo pignus ſufficiat *leg. tutor 16. §. contrariam ſup. l. ſi quis in pignore 36. § ſed etſi quis infr. hoc tit. l. & quæ nondum 15. §. qui res ſuas infrà de pignor.* quoniam cùm res vni obligata eſt, non poteſt obligari alteri, quin prioris creditoris ius quodammodo lædatur, aut minuatur: ideóque ſecundus creditor priori offerre cogitur, ad confirmandum pignus ſuum *l. prior quidem 5. Cod. qui potior. in pignor. hab.* Vt intelligamus inutile eſſe & infirmum pignus, ſecundo loco datum, niſi confirmetur per pignoris liberationem à priore creditore *d. §. qui res ſuas l. diuerſis 8. Cod. qui potior. in pign. hab.* Ergo non poteſt eſſe verum, quod Paulus hîc ſcribit, ſi pluribus res ſimul pignori detur æqualem omnium cauſam eſſe. Qui enim fieri poteſt, vt pluribus eadem res pignoretur, quin vni detur potiùs quàm alteri? Nec enim nominari omnes ſimul poſſunt, & qui priore loco nominatus eſt in conuentione pignoris, præferendus cæteris videtur *l. generaliter 24. §. quid ergo ſi pluris infr. de fidei. libert. l. quoties 34. ſupr. de vſur. l. ſi quis habens 24. infr. qui & à quib. manum. l. qui ſoluendo 60. de hered. inſtit.* Accedit quòd priuilegia creditorum non ex tempore æſtimantur, ſed ex cauſa *l. priuilegia 32. infr. de reb. author. iud. poſſid. aliàs l. 18. de priuileg. credit.* Quomodo igitur fieri poteſt, vt par & æqualis omniũ cauſa ſit, ſi creditores ſint diuerſi tituli, quorum alter altero fauorabilior eſſe videatur? DEC. Multùm intereſt, an ſimul & pariter eadem res pluribus pignori detur, vt in hoc §. an diuerſis temporibus, vt in *dict. l. diuerſis.* Priore caſu valet datio pignoris, & quidem ita, vt par ſit & æqualis omnium cauſa, nec priùs vni quàm alteri res obligata eſſe creditur, licèt alios ante alios & nominari & ſcribi neceſſe ſit, quia in coniunctionibus ordo nullus eſt *l. quidam 14. de pecul. legat.* magíſque inſpiciendum eſt, quid actum quàm quid dictum ſit, aut ſcriptum *l. ſemper in ſtipulationibus 34. de regul. iur.* Id autem proculdubio agitur, cùm vna eadémq; res pluribus ſimul pignori datur, vt par omnium cauſa ſit, nec alter alteri præferatur, nec ſi fauorabiliorem crediti cauſam vnus habeat, quàm alius. Nã quod ſuprà obiecimus, priuilegia creditorum non ex tempore æſtimari, ſed ex cauſa, ad chirographarios creditores pertinet, non etiam ad pignoratitios, in quibus è contrario ita ius eſt, vt qui prior eſt tempore, ſit etiam potior iure *d. l. prior leg. 2. & paſſ. C. qui potior. in pignor. hab.* ac proinde vt qui pares ſunt tempore, ſint etiam pares iure, niſi cùm ex aliqua iuſta cauſa ius prælationis etiam poſteriori creditori dandum eſt contra priorem. Id enim contingit interdum *l. aſſiduis 11. eod. tit. l. interdum 5. infr. eod. ill. tit.* ſed ita demum ſi alius anterior ſit, alius poſterior. Nam inter eos qui ſimul & pariter idem pignus acceperunt, vix eſt vt prælationi locus eſſe vnquam poſſit, cùm ex omnium conſenſu & voluntate pignus eodem tempore accipiatur, nec fieri poſſit, vt hoc caſu vnius ex creditoribus pecunia ſaluam faciat alieni pignoris cauſam, nec quicquam vetat plures habere ſimul eãdem rem obligatam pro æquis partibus, itémq; in ſolidum prout actum eſt inter contrahentes *l. ſi debitor 10. l. ſi fundus 16. §. ſi duo infr. de pignor.* vbi latius dicemus.

## 2 ¶ Si per creditorem ſteterit, quominùs ei ſoluatur: rectè agitur pigneratitia.

*Ad §. 2. Si per creditorem.*

RAT. DVB. Non competit actio pignoratitia debitori, niſi ſoluto priùs omni debito *leg. ſi rem 9. §. omnis pecunia & leg. ſolutum 11. ſupr. hoc tit.* Atquin etiamſi per creditorem ſteterit quominùs ei ſoluatur, non eò magis tamen verum eſt, ſolutam eſſe pecuniam. Non enim ſola oblatio quamuis in iudicio facta, ſed obſignatio illa eſt, quæ ſolutionis vim obtinet *leg. obſignatione 9. Cod. de ſolut. l. acceptam 19. Cod. de vſur.* Ergo ad pignoratitiam inducendam non ſufficit, vt per creditorem ſteterit, quominùs ei ſolueretur, ſi non prætereà illud concurrat, vt recuſante creditore pecunia depoſita & obſignata ſit, quomodo apertè ſcriptum eſt in *l. nec creditores 10. & l. vlt. Cod. hoc tit. Iunct. l. tutor pro pupillo 28. in fin. infr. de admin. tutor.* DEC. In omnibus cauſis pro facto accipitur id, in quo per alium mora ſit quominùs fiat *leg. in omnibus 39 de reg. iur.* Ergo ſolutio à debitore oblata, & ſine cauſa à creditore recuſata, pro facta haberi debet, & conſequenter inducit pignoratitiam actionem, per quam poſſit cogi creditor, vt pignus reddat, dummodo duret oblatio, & perſeueret etiã in iudicio: alioqui nõ videtur oblatũ quod nõ durat oblatũ, ſicut nec obſignatum,

quod non durat obſignatum, neque in rem verſum, quod non durat verſum *l. ſi pro patre* 10. §. *verſum inf. de in rem verſ.* Portò ſola oblatio etiam in iudicio tantùm facta ſufficeret, vt quamuis malè ac præmaturè inſtituta eſſet pignoratitia, ritè tamen inſtituta videretur *d. l. ſi rem 9. §. vlt. ſupr.* Idem ergo eſt multo magis ſi ante iudicium facta ſit oblatio, quæ etiam in iudicio perſeuerauerit. Non enim poteſt debitor minùs iuris habere ob id, quòd extra iudicium obtulit, quàm ſi nihil obtuliſſet. Sed perſeuerantia in offerendo, vt dixi, hoc caſu requiritur, quæ tamen non requireretur, ſi ante acceptum iudicium ſecuta oblationem eſſet obſignatio & depoſitio. Pignus ſiquidẽ hoc caſu liberatum intelligeretur, non minùs quàm ſolutione *d. l. nec creditores* 10. *& l. vlt. C. hoc tit.* Et omnino ita eſt, vt ſi de ſola mora vel inducenda vel purganda tractetur, ſufficiat congruo loco & tempore factam eſſe oblationem, & à creditore ſine cauſa recuſatã *l. ſi ſeruum* 91. §. *ſequitur de verb. oblig. l. qui decem 72. in princip. &* §. 1. *de ſolut.* Verum enim eſt hoc quoque caſu per creditorem ſtetiſſe, quominùs ei ſolueretur, & hodie quoque ſtare agente pignoratitia debitore. At cùm oblationem obſignatio & depoſitio ſecuta eſt, non tantùm ad inducendam vel purgandam moram id prodeſt, ſed etiam ad inducendam totius debiti ac multò magis pignoris liberationem *d. l. nec creditores & d. l. vlt. l. ſi per te non ſtat. 9. d. l. acceptam 19. C. de vſur. d. l. obſignatione 9. Cod. de ſolut.* Neque hoc caſu perſeuerantia vlla in offerendo exigitur. Quodenim iam pro ſoluto habetur, cur iterum à debitore quaſi adhuc debitum offeratur? Intereſt itaque an debitor agens, aut acturus pignoratitia, pecuniam debitam obtulerit duntaxat, an verò etiam depoſuerit oblatam & obſignauerit, non quidem quod ad inducendam pignoratitiam (ad hoc enim ſufficit per creditorem ſtetiſſe, quominùs ei ſolueretur, vt ſcriptum eſt in hoc §.) ſed quantum ad hoc, vt pignus liberatum dici poſſit. Plus enim eſt, liberatum eſſe pignus, quàm competere pignoratitiam, quæ ſcilicet interdum poteſt competere priùs etiam, quàm pignus liberatum ſit quemadmodum & è contrario interdum & ſi ſoluta ſit, pecunia, tamen pignoratitia actio inhibenda eſt, veluti ſi creditor pignus ſuum emerit à debitore, vt ſubiicitur in *verſic. ſequ.* qui cum hoc ita coniungendus videtur. Non eſt igitur verum quod Accurſius hîc notat, oblationem ſolam non ſufficere ad inducendam pignoratitiam, niſi depoſitio & obſignatio ſequatur.

3 ¶ Interdum & ſi ſoluta ſit pecunia, tamen pigneratitia actio inhibenda eſt: veluti ſi creditor pignus ſuum emerit à debitore.

*Ad §. vlt. Interdum.*

RAT. DVB. Actio pignoratitia naſcitur ex totius debiti ſolutione *l. ſi rem 9. §. omnis pecunia ſupr.* vbi additur ad inducendam pignoratitiam ſufficere, vt creditori quoquomodo ſatisfactum ſit, nec alia id de cauſa, quàm quia ſatisfactio ſolutionis loco eſt, vt ibi diximus ex *l. ſatisfactio* 52. *infr. de ſolut.* Ergo nullus caſus interuenire poteſt quo inhibenda ſit hypothecaria poſt factã totius debiti ſolutionem.

DEC. Regulariter quidem ita eſt, ſed interdum tamen euenire aliter poteſt, vt licèt debitum totum ſolutum ſit, inhiberi tamẽ pignoratitiam oporteat, vt in ſpecie quam hîc exempli cauſa Paulus ponit, ſi creditor pignus ſuum emerit à debitore. Hoc enim caſu is qui creditor erat, fit debitor precij pro pignore vendito conuenti, & ita cùm diuerſis reſpectibus debitor ſit & creditor, compenſatio facienda neceſſariò eſt ad concurrentem vſq; quantitatem: cuius compenſationis poteſtate fit, vt & debiti & precij ſolutio vtrimque facta intelligatur, ac proinde vt creditori auferri res obligata non debeat, quam non iam pignoris vt anteà, ſed emptionis titulo cœpit poſſidere. Cúmque per eam emptionem factus ſit dominus, etiam citra vllam traditionem, quia rem emptam & iure pignoris à domino traditam penes ſe habuit *l. qua ratione 9. §. interdum de acquir. rer. domin.* an non eſſet abſurdum cogi eum rem factam ſuam reddere debitori, à quo poſſidente vindicare illam poſſet? Nam ſi etiam Publicianæ actioni obſtat exceptio iuſti dominij *leg. pen. & vltim. ſupr. de Public. in rem act.* quantò magis obſtabit pignoratitiæ? Idémque iuris eſt, ſi pignus, vt plerunque fit, non venditum, ſed in ſolutum creditori datum ſit, aut addictum vt in *leg. à Diuo Pio 15. §. ſi pignora infr. de re iudic. §. 1. C. ſi antiq. credit. pign. vendid.* Nam & hic cõtractus vicem venditionis obtinet *l. ſi prædium 4. C. de euict.* Denique toties inhibenda eſt pignoratitia etiam ſoluto debito, quoties per ſolutionem, aut potiùs per actum ſolutioni ſimilem dominium pignoris ad creditorem pertinere cœpit, ex cauſa & iure ſuperuenienre finiſque pignoris initium fuit acquirendi dominij creditori, poteſt enim creditor à debitore pignus emere, quia in dominio remaneret debitoris *l. reſcriptum 12. in princip. infr. de diſtr. pignor.* Nec aliud admittendum puto, ſi alia de cauſa intereſſit creditoris pignus liberatum retinere, puta ob chirographariam pecuniã ex *tit. C. etiam ob chirogr. pecun. pign. retin. poſſ.* Dixi *ex cauſa & iure ſuperueniente,* quia creditor conuentus pignoratitia non aliter poſſet referre quæſtionem dominij, ſicut nec conductor *l. ſi quis conductionis 25. Cod. de locat. l. ſi pignore 22. §. ſi prædo infr. l. commodare 15. & ſeq. ſupr. tit. prox.*

21. IDEM libro 6. Breuium.

DOmo pignori data, & area eius tenebitur. eſt enim pars eius. & contrà, ius ſoli ſequitur ædificium.

*Ad l. Domo 21.*

RAT. DVB. Aliud eſt domus, aliud area, vt nemo non videt, ſicut & aliud eſt materia ex qua nauis cõpacta eſt, aliud nauis ipſa. Ergo ſi domus pignori data & exuſta ſit, area eius nõ tenebitur *arg. l. ſi conuenerit 18. §. ſi quis cauerit. ſupr.* DEC. Area pars domus eſt & quidẽ maxima, cui etiã ſuperficies cedit, vt

dit, vt inquit idem Paulus noſter in *l. qui res 98. §. aream. in fin. de ſolut.* nec ſubiacet area ædibus quomodo mare nauibus, id eſt, tanquam quid ſeparatum, ſed tanquam pars inferior ſuperiori *l. ſolum 49. ſupr. de rei vindic.* Ergo pignori data domo etiam area tenebitur, ſicuti legata inſula, ſi ea combuſta eſſet, area nihilominùs vindicari poſſet *l. ſi grege legato 22. in fin. de legat. 1.* E contrario ſiue area ſola pignori data ſit, ſiue domus tota, quæ poſtmodum exuſta ſit, & ad aream redacta, & in area ædificatum poſtea ſit, tota domus pignoris vinculo tenebitur, quia & naturali & ciuili ratione ſuperficies cedit ſolo *l. Paulus 29. §. domus. iunct. l. ſi fundus 16. §. ſi res. infr. de pignor.* Ius enim pignoris hoc caſu ſequitur ius dominij tanquam ab eo dependens. Quod cùm euenit, fatendum eſt, quemadmodum id, quod ex re mea ſupereſt, meum eſt *dict. l. ſolum. §. 1.* ita & quod ex re mihi obligata ſupereſt, mihi obligatum eſſe. Iunge quæ ſcripſi ad *d. §. ſi quis cauerit. d. l. 18. ſupr. & ad l. 3. §. vlt. ſupr. quib. modu vſusfr. amitt.*

22. VLPIANVS libro 20. ad Edictum.

SI pignore ſubrepto furti egerit creditor: totum, quidquid percepit, debito eum imputare Papinianus confitetur. & eſt verum, etiam ſi culpa creditoris furtum ſit factum. multò magis hoc erit dicendum [a] in eo, quod ex condictione conſecutus eſt. Sed quod ipſe debitor furti actione præſtitit creditori [b], vel condictione [c]: an debito ſit imputandum, videamus. & quidem non oportere id ei reſtitui, quod ipſe ex furti actione præſtitit, peræquè relatum eſt, & traditum. & ita Papinianus libro nono quæſtionum ait.

*Ad l. Si pignore 22.*

RAT. DVBIT. Creditor pignoratitius cui pignus ſubreptum eſt, habet furti actionem ſuo nomine. Ideo enim furti agit, quia ei expedit pignori incumbere, potiùs quàm in perſonam debitoris agere, quantumuis debitor idoneus proponatur, vt ait Iuſtin. in §. *vnde conſtat. Inſt. de oblig. quæ ex delict. naſcunt.* Nec tamen creditotenus duntaxat creditoris intereſt, ſed in ſolidum, id eſt, quanti pignus eſt, quia id quod debitum excedit, actione pignoratitia debitori præſtare cogitur *l. creditoris 15. l. creditori 87. infr. de furt.* Ergo quod actione furti creditor ab extraneo conſecutus eſt, neque debitori reſtituere, neque debito imputare, quod effectu idem eſt, debet. Præſertim verò ſi proponas furtum creditoris culpa, quod ſæpius euenit, factum eſſe. Nam cùm creditor pignoratitius teneatur, non tantùm de dolo & lata culpa, ſed etiam de leui *l. ſi cùm venderet 13. §. 1. ſup. & l. 5. §. nunc videndum 1. ſupr. tit. prox.* vtique periculo & damno eius cederet, ſi neque fur, neque furtum adprehendi vſquam potuiſſet, aut ſi fur inops & non ſoluendo fuiſſet. Atqui ſecundùm naturam eſt, vt cuius damnum & periculum eſt, eius ſit etiam lucrum *l. ſecundùm naturam 10. de regul. iur. l. vnic. §. pro ſecundo in fin. Cod. de caduc. tollend.* Ergo quod actione furti creditor conſecutus eſt, maximè qui in culpa fuit, lucro eius cedere debet, nō debitoris, (ſic enim verba hæc Vlpiani explicari debent *etiamſi culpa creditoris furtum ſit factum*, nō quomodo Accurſius poſt Azonem explicat, quaſi propter culpam, debitorem à debito cadere oporteret, quod eſt ridiculum *arg. l. eum qui 14. §. is autem, & ſeq. infr. de furt.*) quemadmodum de commodatario, cui furtum factum fuit, ſcriptum eſt in *l. vlt. §. ſed cùm in ſecunda. C. de furt.* & de conductore in *l. si quis rem 6. infr. locat.* Cur non enim magis faueamus creditori, qui verè pignus poſſidet quantum ad omnes cauſas excepta vſucapione *l. ſerui 16. infr. de vſucap.* quàm commodatario & conductori, qui nullomodo poſſident, ſed tantùm ſunt in poſſeſſione: quod longè diuerſum eſt *l. quis ante 10. iunct. l. 3. §. ſed ſi is qui 20. de acquir. poſſ. l. certè 6. §. is qui rogauit. infr. de precar.*

DEC. Pignus non datur creditori ea mente, vt ex eo lucrum aliquod faciat, cùm nec eo vti poſſit inſcio debitore citra furtum *l. ſi pignore 54. in princip. inf. de furt.* ſed tantùm, vt ei cautum ſit & conſultum, ne quo caſu ſi fieri poteſt debiti iacturam patiatur. *leg. ſi mandatu 59. §. vlt. infr. mandat. l. 4. §. addici de fideic. libert.* Nihil ergo intereſt creditoris vnde ſuum debitum conſecutus ſit, & qua actione, an furti, an ea potius qua debitor tenebatur, & an à fure an à debitore. Vbi enim conſecutus eſt, iam eius intereſſe deſiit. Ei porrò cuius nihil intereſt, neq; actio danda eſt, neque exceptio *l. 3. §. 1. infr. de verbor. oblig. l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri eod.* Neque quod eius damno & periculo res cedere poterat, ſicut per ipſius culpam furtum factum fuiſſet, ad rem facit. Nam nec illum damnum ſenſiſſe videri poſſet, ſi quod ex culpa ſua ſenſiſſet *vulg. l. quod quis 203. de reg. iur.* Nec rurſum bona eſt hac parte damni & lucri comparatio. Damnum enim ſentiret ex culpa ſua, lucrum verò ex culpa & delicto furis, quod iniquum eſſet. Nec enim pœna vnius, lucrum & præmium alterius eſſe debet *l. ſi ſequens 15. in princip. infr. de SC. Silan.* Deniq; alia ratione datur actio furti creditori pignoratitio, aliâ verò & commodatario & conductori. Pignoratitio creditori datur ideò tantùm, quia eius intereſt pignori incumbere potius quàm in perſonam agere, vt diximus ex §. *vnde conſtat. Inſtit. de oblig. quæ ex delict. naſcunt.* Quæ ratio eò tantùm pertinet, vt furti agere ſuo nomine creditor poſſit, non etiam vt ex actione quicquam lucrari ſupra debitum ſuum poſſit, quia vltra quantitatem debiti nihil eius intereſt, niſi quòd ſuperfluum totum per actionem pignoratitiam debitori reſtituere cogitur *d. l. creditoris.* Eſt enim creditor in pignore quaſi procurator debitoris, cuius longè magis intereſt ſubreptum pignus non eſſe, cuius eſt dominus, quàm creditoris qui cuſtodiam tantùm pignoris habet, non etiam vſum nedum dominium *l. ſi pignori 29. in fi. ſupr. famil. erciſc.* At commodatario & conductori datur actio furti non tantùm proprio eorum nomine, ſed etiam ad ſolam ipſorum vtilitatem, tanquam quorum interſit, propria quadam ratione, quia per furtum rei commodatæ, vel locatæ amittunt vſum quem habebant, & commodum quod haberent etiam hodie ſi furtum factum non fuiſſet. Eſt enim furtum inter-

uerſio non dominij, ſed vſus tantùm vel poſſeſſionis *l.1.§.vlt.infr.de furt l.qui iumenta 40.eod.* Nec igitur eadem ratio eſt condemnandi commodatarij, vel conductoris, vt quod per actionem furti ab extraneo fure conſecutus eſt, reddere debeat commodatori vel locatori. Alioqui nullum ex furti actione commodum iſti ſentirent, qui tamen furtum proprio nomine quamuis in re aliena paſſi fuiſſent, furtique actionem ſuo quoque nomine exercuiſſent. Ergo in depoſitario, & in eo cui res vendenda datur, idem dicendum eſt, quod in creditore pignoratitio, quia non magis illi quàm iſte vſum vllum habere poterant rei ſubreptæ, quin hoc ipſo furtum facerent, vt bene hîc Bartolus notat. Vide tamen quod paullo aliter ſcripſi in *error.2. decad.81. de error. pragmat.* In actione legis Aquiliæ ſi ſeruus pignori datus occiſus ſit, idem ferè iuris eſt *l. qui occidit 30.§.1.ſupr.ad legem Aquil.* ſed in vtili duntaxat, de qua ibi Paulus, non in directa: nam directa ſoli domino competit *l.item Mela 11. §.legis autem. l.liber homo 13.in princ.& §.ſi ſeruus eod.tit.* Creditor autem pignoratitius nunquam eodem tempore & creditor & dominus eſſe poteſt *l.pen.§.1.ad fin.infr. de except.rei iud. l.neque pignus 45.de regul.iur.*

a *Multò magis hoc erit dicendum.* RAT. DVB. Condictio furtiua non datur niſi domino *l.1.ſupr.de condict.furt.* Atqui creditor pignoratitius nunquam dominus eſſe poteſt, quandiu creditor manet, vt proximè diximus. Ergo nec condictione furtiua contra furem experiri poteſt, vt proinde ſuperflua & otioſa ſit quæſtio, an quod creditor ex condictione conſecutus eſt, reſtituere debeat debitori.

DEC. Non omnis condictio, quæ contra furem datur, quamuis ex cauſa furti furtiua eſt, quæ ſemper certi eſt condictio *l.certi condictio 9.§.1.ſupr.de rebus credit.* ſed aliquando datur etiam condictio incerti, non ad rem ipſam furtiuam, ſed ad id quod intereſt eius qui furtum paſſus fuit *l.& ideo 12.§.vltim. ſupr. de condict.furt.* vbi hæc ipſa ſpecies tractatur de ſubrepta re, quæ pignori data fuerat. Dicitur autem condictio incerti, quia id quod intereſt, quod per eam petitur, ſemper incertum eſt, quoniam in facto non in iure conſiſtit *l.quatenus 24.de reg.iur.l.vltim.de ſtipulat.prætor.* Res autem furtiua ipſa ſemper certa eſt, (nec enim incertum poteſt eſſe corpus quod ſubripitur *l.certum 6.ſupr. de reb. credit.*) ideoque per condictionem incerti nunquam peti poteſt. Denique condictio incerti furtiua nulla eſt, vt ſcripſimus ad *d.l.12.§.vlt.de condict.furt. & in error.6.decad.*81. Sed cur ait Vlpianus multò magis hoc dicendum eſſe in condictione incerti, quàm in furti actione? Nempe quia condictio ſiue certi ſiue incerti etiam cùm ex cauſa furtiua deſcendit, tota rei perſecutoria eſt, nunquam pœnalis. Actio autem furti tota pœnalis eſt, ideóque difficilius videbatur, vt quod actione furti conſecutus eſſet creditor redderet, quàm vt quod per condictionem percepiſſet.

b *Sed quod ipſe debitor furti actione præſtiterit creditori.* RAT. DVB. Non debere eſſe melior condicio creditoris, ob id ſolùm quòd debitor ipſe furtum fecerit. Quid enim refert, an à debitore ipſo, an ab alio furtum factum ſit, quod pertinet ad pœnam dupli, vel quadrupli? Atqui ſi alius quàm debitor furtum pignoris feciſſet, ac per furti actionem creditor duplum, aut quadruplum ab extraneo fure conſecutus eſſet, totum id debito ſuo imputaret, quod autem ſupra debitum eſſet, debitori ipſi reſtitueret *l. creditoris 15.l.creditori 87.infr.de furt.* Idem ergo dicendum eſt, tum quoque cùm debitor furtum fecit. Adde quod Bartolus obiicit, ex qua cauſa quærendo ab alio mihi quæris, ex ea cauſa obligari me tibi non poſſe ex *l.ſed & ſi quid 24.§.idem Iulianus, alias l.ſi ſeruo ſupr.de vſufr.l.liber homo 118. de verb. oblig.* Creditorem ergo qui recipiendo pecuniam ab extraneo acquirit eam debitori, non poſſe illam à debitore exigere.

DECIS. Nemo dubitat, quin deterior eſſe debeat condicio debitoris, qui furtum ipſe fecit, quamuis rei ſuę, quàm ſi alius furtum feciſſet. Cùm enim tam verè ac propriè furtum faciat, quàm ſi rem alienam ſubripuiſſet *d.§.vnde conſtat.Inſtit.de oblig.quæ ex delict. naſcunt.l.in actione 19.§.pen.& vlt.eod.tit.de furt.* conſequens eſt, vt delictum & admiſſum eius impunitum eſſe non debeat *l.ita vulneratus 51. §.vlt. ſupr.ad legem Aquil.l.Stichum aut Pamphilum 95. §.1. de ſolut.* Atqui eſſet impunitum, ſi quod is furti actione creditori præſtitiſſet, ab eo per actionem pignoratitiam reciperet. Non enim alienantur nummi, qui ſic dantur vt recipiantur *l.qui ſic ſoluit 55.de ſolut.* Vnde eſt quod dicimus pœnas depenſas non repeti *l.pœna 42. ſupr. de condict indeb.l.quod à quoquo 46.de regul.iur.l.id quod pœna 74.de ſolut.* Neque enim eſſent pœnæ, ſi ſolutæ repeterentur. Et quemadmodum delictum quod ſemel admiſſum eſt, nunquam haberi poteſt pro non admiſſo, ita neque pœna quæ delicto irrogata & præſtita eſt, haberi vnquam poteſt pro non irrogata, aut pro non debita. Ergo quod debitor furti actione creditori præſtiterit, à creditore id ei reſtitui non oportet. Longéque aliud eſt creditorem acquirere debitori pœnam, & actionem furti, quod falſum eſt, aliud verò id ipſum quod exegit, cogi reſtituere per pignoratitiam actionem: quod nec Bart. ignorauit. In actione redhibitoria aliud iuris eſt, ſi Bartolo credimus ex *l.cùm autem 24.§.vlt.infr.de ædil.edict.* Idque ob rationem poſitam in *l.facta redhibitione 60.eod.tit.cum ſimilib.*

c *Vel condictione.* Puto hæc verba eſſe interpretis, exiſtimantis condictionem furtiuam ſicuti competit creditori aduerſus extraneum furem pignoris, ita & aduerſus debitorem ipſum competere. Quod certè non ita eſt. Condictio enim incerti, de qua proximè diximus, licèt detur etiam non domino contra furem, attamen contra debitorem ipſum, eúmque dominum dari nunquam poteſt, non magis quàm condictio furtiua, quæ ex contrario non niſi domino aduerſus non dominum datur. Scripſi pluribus in *error.3. & 5. decad.81.de error.pragmat.* vbi vide, eſt enim amplior tractatus, quàm vt in hoſce commentarios referri debeat. Et verò ſi propoſita fuiſſet quæſtio de eo quod creditor à debitore, eodémque fure ſiue per condictionem ſiue per actionem furti conſecutus eſſet, cõſentaneum fuerat, vt ad eam quoque quæſtionis partem quæ de condictione erat, reſponderet. Et tamen nihil aliud reſpondet Vlpianus, niſi quod ad furti actionem pertinet, non oportere debitori reſtitui quod ipſe furti actione præſtitiſſet. Obſeruandum autem eſt, ideò Vlpianum Papiniani authoritate niti in hac quæſtione, & initio legis ita ſcribere *Papinianus confitetur,* quoniam in hac quæſtione, præſertim circa perſonam cõmodatarij Papinianus variauit, vt Iuſtinianus teſtatur in *l.vlt §.ſed cùm in ſecundam. C.de furt.* & nos monuimus in *error.1.dicta decadu* 81. vbi plura inuenies noua nec inſubtilia ad tractatum hunc pertinentia, quæ alioquin eſſent hîc tractanda, præſertim an quod Vlpianus negat reſtituendum eſſe debitori à creditore id quod creditor ab eo actione

furti

furti exegerit, ſic accipiendum ſit, vt neque debito imputari id oporteat. Aliter enim atque aliter de hoc ſenſerunt interpretes, vt apud Accurſium videre eſt. Nos quid nobis videatur contra Cuiacium & Azonem docuimus in *dict. error. 3. decadis* 81. Extat autem Papiniani ſententia quæ hîc poſtremo loco refertur in *l. ſi debitor 79. infr. de furt.*

1 ¶ Idem Papinianus ait, & ſi metus cauſa ſeruum pigneratum debitori tradiderit, quem bona fide pignori acceperat. nam ſi egerit, quod metus cauſa factum eſt, & quadruplum ſit conſecutus: neque reſtituet ex eo, quod conſecutus eſt, nec debito imputabit.

*Ad §. 1. Idem Papinianus ait.*

Ratio dvbit. In qnadruplo quod per actionem quod metus cauſa ex Prætoris edicto præſtandum eſt, ſimplum continetur *l. item ſi cùm 14. §. ſed & ſi quis & §. quatenus. l. ſi mulier 21. §. qui poſſeſſionem ſupr. quod metus cauſ.* Simplum autem nihil niſi rei ablatæ æſtimatio eſt, quæ ſcilicet ſuccedit loco rei. Ergo quemadmodum per actionem pignoratitiam cogeretur creditor debitori pignus reddere, ſi per metum aut per vim ei ablatum non eſſet, ita & cùm per actionem quod metus cauſa quadruplum conſecutus eſt à debitore ipſo, cui ſeruum pignoratum metus cauſa tradidit, quem bona fide pignori acceperat, (ſi enim illato metu pignus accepiſſet, aliud dici oporteret, quia nec damnum vllum, quod ad illius edicti cauſam pertinet, ſenſiſſe videretur *l. ſed & partus 12. § vltim. eod.*) dicendum eſt ſaltem ſimplum reſtituere eum debitori per actionem pignoratitiam, aut quod effectu idem eſt, debito imputare debere.

Decid. Quadruplum quod per actionem quod metus cauſa præſtandum eſt ei, qui vim aut metum paſſus fuit, etiamſi contineret ſimplum, vt Tribonianus voluit, (aliter certè quàm prudentes veteres ſenſiſſe videantur) contineret tamen per modum pœnæ, quia quadrupli condemnatio vnica & indiuidua eſt, ideóque tota per modum pœnæ irrogatur, licèt non tota ſit pœna, vt ſcripſi pluribus in *error. 2. decadu* 81. Atqui non ſolent pœnæ depenſæ repeti, vt ad huius legis initium ſcripſimus ex *l. pœna 42. ſupr. de condict. indeb. l. id quod pœna 74. de ſolut. l. quod à quoquo 46. de regul. iur.* Ergo ex quadruplo quod creditor per actionem quod metus cauſa ab ipſo debitore conſecutus eſt, nihil reſtituere per pignoratitiam cogendus eſt, neque debito imputare. Itaque melius fecerit, ſi rem ipſam pignoratam creditori reddat, quam ei per vim aut metum abſtulerat, vt agens pignoratitia, rem ipſam recipere poſſit, cùm æſtimationem quam nec pignori dedit, recipere non poſſit. Simile quiddam eſt in *leg. ſeruum filij 43. § ſi ſtatuliberum. infr. de legat. 1.*

2 ¶ Si prædo rem pignori dederit: competit ei & de fructibus pigneratitia actio: quamuis ipſe fructus ſuos non faciet: à prædone enim fructus & vindicari extantes poſſunt, & conſumpti condici. proderit igitur ei, quòd creditor bona fide poſſeſſor fuit.

*Ad §. 2. Si prædo.*

Ratio dvb. Non eſt nouum, vt quis ex alterius perſona conſequatur, quod ex ſua non poſſet *l. Ariſto § in fin. quæ res pign. oblig. poſſ. l. cum hereditate 55. de acquir. hered. l. ſi is qui duos 29. de liberat. legat.* Atqui bonæ fidei poſſeſſor facit fructus ſuos omnes quos ex re aliena percipit. Interim ſcilicet, id eſt, quandiu fundus euictus non eſt *l. bonæ fidei 48. de acquir. rer. domin. l. qui ſcit 25. §. vlt. de vſur.* Ergo ſi bonæ fidei creditor fuit, cui alienam rem prædo pignori dedit, dicendum eſt prædonem ex creditoris perſona conſequi debere, quod ex ſua non poſſet, vt fructus illos rei dominus neque vindicare extantes vnquam poſſit, neque condicere conſumptos: vt proinde ei profuturum ſit, quòd creditor bona fide pignus rei alienæ acceperit & poſſederit: nec enim dubium eſt, quin etiam is qui rem alienam pignori dedit pignoratitiam habeat *l. ſi rem 9. §. pen. ſupr.* tametſi debitor ſoluendo ſit, vt Marcianus ſcribit in *leg. cum debitore 32. infr. hoc tit.* Atque ita Vlpianum in hoc §. ſenſiſſe vulgò putant interpretes, moti ex eo quod initio huius §. ſcriptum eſt, ſi prædo rem pignori dederit, competere ipſi nõ tantùm de pignore, ſed etiam de fructibus pignoratitiam actionem, exemplo ſcilicet actionis redhibitoriæ *l. cùm autem 24. §. vlt. l. facta redhibitione 60. infr. de ædilit. edict.* Iuncto eo quod in fine §. Vlpianus cõcludit his verbis, *Proderit igitur ei quod creditor bona fide poſſeſſor fuit.* Quòd verò interiectum eſt *quamuis ipſe fructus ſuos non facit*, (ſic enim legunt, non vt in *Pand. Florent. faciet*) *A prædone enim fructus & vindicari extantes poſſunt & conſumpti condici* ſic accipiunt, quaſi hæc verba loquantur de fructibus à prædone ipſo perceptis, ſiue extantibus, ſiue conſumptis, non de iis quos à creditore pignoratitio bona fide perceptos per pignoratitiam actionem receperit, de quibus ſolis initio §. tractatur. Omninò malè. Senſus enim Vlpiani proculdubio ille eſt, vt in ea ipſa ſpecie quam tractat de prædone qui creditori ſuo rem alienam bona fide accipienti dedit pignori, & fructus ab eo perceptos ſimul cum ipſo pignore per pignoratitiam actionem recepit, prædo ne quidem fructus iſtos ſuos faciat, ſed eos dominus vindicare poſſit extantes, conſumptos verò condicere, perinde ac ſi prędo ipſe eos per ſe percepiſſet, nõ à creditore accepiſſet. Id enim eſt quod Vlpianus ait, *quamuis ipſe fructus ſuos non faciet*, vt intelligamus loqui eum de his ipſis fructibus à creditore perceptis & redditis, nec eſſe bonam conſecutionem, vt quia percepti ſunt à creditore, eodémque bonæ fidei poſſeſſore non à prædone, magis eos lucrifacere prædo poſſit. Quid enim refert, an eos prædo per ſeipſum & immediatè, an per mediam creditoris perſonam perceperit? Aut quid ab-

ſurdius, quàm exiſtimare meliorem prædonis ob id condicionem eſſe debere, quod alienam rem ſcienter pignori dando etiam ſtellionatum admiſerit? *l. tutor 16. §. 1. ſupr. iunct. l. ſi rem alienam 9. in princip ſupr. eodem.* Fateor creditorem, qui fructus pignoris rei alienæ percepit, eos nihilominùs ſuos facere, ſi bona fide eos perceperit, id eſt, putans habere ſe ius à vero domino, rémque pignori datam eſſe debitoris, eo ornitum iure, quo bonæ fidei poſſeſſores omnes faciunt fructus ſuos, etiamſi à prædone alióve quolibet malæ fidei poſſeſſore cauſam habeant. Nec enim mala fides dantis, malę fidei poſſeſſorem facit eum, qui accipit. Quiſquis autem accipit rem pignori, licèt hoc ipſo ſciat ſe rem alienam poſſidere *l pignori 14. de vſucap.* quia rem ſuam propriam pignori habere non poſſet *l. neque pignus 45. de regul. iur. l. pen §. 1. ad fin. de except. rei iudic.* non eò minùs tamen bonę fidei poſſeſſor dicendus eſt, ſi modò credat debitorem à quo pignus accepit, eſſe dominum, quia percipit eos ex domini voluntate *l. ſi ſeruus 61. §. locaui. infr. de furt.* Quomodo enim malæ fidei poſſeſſor dici poteſt is, qui ius habet à domino, aut ab eo quem errore probabili dominum eſſe arbitratur? *l. ſi quis cùm ſciret 8. infr. pro emptor.* Nec tamen conſequens eſt, vt eos fructus creditor lucretur. Nam neque alius quilibet bonæ fidei poſſeſſor facit ſuos abſolutè, ſed interim, vt ait *d. l bona fidei*, id eſt, donec conſumpti ſint aut vſucapti. Conſumptos enim, aut vſucaptos lucratur *l. 4. §. poſt litem. ſup. fin. regund. d. l. 4 §. lana de vſucap* Extantes verò nec vſucaptos domino reſtituere officio iudicis cogitur, vt tractat Iuſtin. *de offic. iudic. Inſtit.* Creditor autem quamuis bonæ fidei poſſeſſor in hoc deterioris condicionis eſt, quàm cæteri bonæ fidei poſſeſſores, quod etiam cõſumptos bona fide fructus, quos ex pignore percepit, in debiti ſortem imputare cogitur *l. 1. 2. 3. & paſſ. hoc tit.* nec eos vllo caſu lucratur, ne quidem eos qui ſoluto per eiuſmodi imputationem debito ſuperſunt, quippe quos actione pignoratitia reſtituere cogitur, non ſolùm ſi conſumpti ſint bona fide, ſed etiam ſi extent quantocunque tempore eos poſſederit, quia vſucapere illos nullo tempore poteſt, nec quominus eos reſtituat præſcriptione temporis etiam longi vlla ſe defendere *d. l. 1. & l. vlt. C. hoc tit.* non modò, quia vſucapere non poteſt creditor, qui ſcit ſe alieno nomine poſſidere, vt diximus ex *d. l pignori*, ſed etiam quia nec poſſidere intelligitur, quod ad vſucapionis cauſam pertinet *l. ſerui nomine 16. eod. tit.* Sine poſſeſſione autem nulla procedere poteſt vſucapio *l. ſine 25. eod.* Vtrumq; autem hoc, vt creditor fructus quos percepit, non lucretur, ſed debito imputet, quamuis conſumptos, ſuperfluos autem ſiue extantes ſiue conſumptos reſtituat, ex eo fonte proficiſcitur, quòd non facit fructus ſuos, niſi ex domini eiuſdémque debitoris voluntate, quæ ſicut illa eſt, vt creditor, quamuis ſciens rem alienam fructus ſuos faciat, ita nec illa vnquam eſt, vt creditor fructus vllo caſu lucretur: neque enim pignus datur creditori ea mente, vt aliquod ex ipſo lucrum faciat, ſed tantùm, vt ſibi ſuęque indemnitati cautum habeat, niſi cùm antichreſis cõtracta eſt aut expreſſa, vt in *l ſi pecuniam. 33. infr. l. ſi is qui 11. §. 1. infr. de pignor. l. ſi ea pactione 14. l. ſi ea lege 17. Cod. de vſur.* ſiue tacita, vt in *l. cùm debitor 8. infr. in quibus cauſ. pign vel hypoth. tacit. contr.* Soluto enim per priorem fructuum imputationem toto debito, conſequens eſt, vt creditor qui hoc ipſo creditor eſſe deſiit, nullam percipiendorum reliquorũ fructuum quos poſtea percepit, cauſam habuerit. Et creditoris bona fides, quæ ex crediti acceptíque bona fide pignoris iure pendebat, extincto credito finitóque pignore ſtatim euaneſcit. Quod in cæteris bonæ fidei poſſeſſoribus diuerſum eſt. Quî ergo fieri poteſt, vt prædoni ad lucrandos fructus prodeſſe debeat, quod creditor bona fide poſſeſſor fuit, qui nec ſi debitor dominus fuiſſet, fructus tamen ipſos lucraretur? Ita namque poſito iure, melior eſſet condicio prædonis, qui mala fide alienam rem pignori dediſſet, quàm creditoris, qui bona fide accepiſſet, quíque reuera bonæ fidei poſſeſſor fuiſſet. Et hæc vera decidendi ad hunc §. ratio eſt, cum aliis iam ſupradictis coniungenda. Non proderit igitur prædoni, quòd creditor bona fide poſſeſſor fuit, quomodo in fine huius §. addita negatione legendum eſt, aut totus hic verſiculus imperito interpreti adſcribendus, malè inferentis ex ſuperioribus contra quàm Vlpianus ſenſerit; ſicut & in *l. debitor 59. infr. ad SC. Trebell.* malus quidam interpres totum illum verſiculum adiecit *remanet ergo propter pignus naturalis obligatio*, vt pluribus docui in libris Coniect. Fit autem probabilior hæc noſtra emendatio ex eo, quod proximè monuimus verba illa poſt initium huius legis poſita *vel conductione* eſſe interpretis, nec ſibi temperaſſe malum interpretem, ſi non is potius Tribonianus fuit, quin Vlpiani ſenſum & verba corruperit. Accurſium verò & interpretes fefellit vulgata lectio, quæ ſic habet, *quamuis ipſe fructus ſuos non facit*, aut, vt alij legunt *faciat*, cùm tamen legendum ſit, vt in Florentinis *facit*. Cæterùm ſi debitor qui à prędone pignus accepit, poſſeſſor malæ fidei fuiſſet, id eſt, ſi rem pignoratam alienam eſſe ſciuiſſet, vtique non faceret fructus ſuos, ne quidem interim, vt nec alius quilibet malæ fidei poſſeſſor. Cur enim plus iuris hàberet, qui alienam rem ſciens pignori accepiſſet, quàm qui emiſſet? Siquidem pro alieno poſſidet, qui pignus accepit, *dict. l. pignori*, pro ſuo autem qui rem emit *l. 3. §. genera poſſeſſionum. infr. de acquir. poſſeſ. l. 2. pro ſuo.* At cùm creditor bona fide poſſeſſor fuit, licèt rem ſuam non eſſe ſciat, ſed debitoris ſui eſſe putet, facit fructus ſuos, vt faceret alius quilibet creditor: cùm tamen eos non lucretur, perinde reſtituere debet prædoni, atque reſtituere ei teneretur, qui aut bona fide rem alienat, aut rem ſuam pignori dediſſet. Dices, Atqui reſtituendo fructus quos ſuos fecit, transfert dominium eorum in prædonem ex *l. traditio 20. de acquirend rerum domin. l. clauibus 74. de contrah. empt.* Qua ergo ratione fieri poteſt, vt dominus eos vel extantes vindicet, vel conſumptos condicat? Nemo enim vindicare poteſt, niſi id quod ſuum dicere poſſit *l. Quintus Mucius 27. §. argento, de auro & argent. legat. l. in rem 23. & paſſ. ſupr. de rei vindic.* neque condicere etiam prædoni, niſi is qui dominus fuit *l. ſi vrbana 55. in fin. ſupr. de condict. indebit.* Sed reſpondendum eſt, fructus quos creditor idémque bonæ fidei poſſeſſor prædoni reſtituit, non tanquam prædoni acquiſitos, ſed tãquam ei debitos per actionẽ pignoratitiam reſtitui, nec id aliquo dominij iure, ſed ſola conuentionis poteſtate. Proinde non eſſe conſequens vt prædo, idémque debitor eos fructus ſibi reſtitutos retineat, quaſi acquiſitos ab eo qui fuit ipſorum dominus, cùm eadem iuris & æquitatis ratio, quæ fauebat creditori, vt ſuos faceret, nempe quòd bonæ fidei poſſeſſor eſſet, eadem noceat prædoni, ne poſſit illos ſibi acquirere, quia malæ fidei poſſeſſor eſt, nec interrumpitur malæ fidei poſ-

dei poſ-

Google

dei poſſeſſio prædonis aiuſdémque debitoris per bonæ fidei poſſeſſionem creditoris, cùm non tam creditor ipſe poſſideat, quàm prædo debitor per mediam creditoris perſonam. Aliud nempe eſt poſſidere, aliud verò alieno nomine poſſidere *l. quod meo 18. de acquir. poſſ.* ſicut & aliud eſt poſſidere, aliud verò eſſe tantùm in poſſeſſione *l. ſi quis ante 10. eod.* Denique deficiente bona fide eius qui fructus percipit, non ad alium pertinere fructus poſſunt, quàm ad dominum, quia non iure ſeminis percipiuntur, ſed iure ſoli *l. qui ſcit 25. §. 1. de vſur.* Et tamen fructus percepti à creditore, qui bona fide poſſeſſor pignoris fuit, eóque iure fructus percipiendo ſuos fecit, attenuant debitum prædonis, & creditori in ſolutionem ſortis imputantur *dict. l. 1. 2. 3. & vlt. C hoc tit.* Non enim plus iuris habere poteſt creditor ad non imputandos fructus pignoris, quos à prædone accepit, quamuis bona fide, quàm ſi à vero domino aut à bonæ fidei poſſeſſore idem pignus accepiſſet. An ergo ad vulgatam lectionem retinendam dicemus cum Accurſio, hactenus prodeſſe prædoni, quòd creditor bona fide poſſeſſor fuit, vt extenuent debitum? Minimè verò. Nam nec bonæ fidei poſſeſſori, eidémque debitori id prodeſſe poſſet. Cùm enim locupletior fiat debitor quiſquis à creditore ſuo liberatur *l. ſi pupilli 66. in fin. de ſolut. l. ſpecies 11. de acceptilat.* & quidem turpiſſimo acquiſitionis genere, cùm extincta ſemel obligatio reuiuiſcere nunquam poſſit *l. qui res 98. §. aream de ſolut.* apparet non poſſe dici conſumptos fructus ex quibus ſolutum ſit creditori; quamuis nec extent: ideóque etiam à bonæ fidei poſſeſſore reſtitui debere, quia in corpore patrimonij retinentur *l. idem ſeruandum 72. de legat. 2. l. ſed etſi 25. §. conſuluit. & paſſ. ſupr. de hered. petit.* Ergo reſtitui debent, perinde ac ſi extarent, non quidem vindicationis iudicio, quia in eos non poteſt cadere hæc vindicationis formula *hanc rem ex iure Quiritium meam eſſe aio*, ſed officio iudicis ex quo etiam à bonæ fidei poſſeſſore percepti fructus præſtantur *dict. tit. de offic. iudic. iunct. l. nam etſi 13. ſupr. de rebus credit. l. ſi procuratori 14. in fi. de condict. cauſ. dat. l. 3 Cod. de condict. ex leg.* Proinde cùm non cedant lucro bonæ fidei poſſeſſoris, nec ſi creditor quoque pignus bona fide poſſederit, multò minùs poſſunt cedere lucro prædonis, nec ei prodeſſe bona fides creditoris, niſi hactenus vt à creditore ipſo eatenus liberetur, quatenus fructus qui à bonæ fidei poſſeſſore eodémque creditore percepti ſunt, extenuant debitum: ſed ita tamen vt quatenus à creditore ſuo liberatur, eatenus fundi domino ad paris quantitatis reſtitutionem pro fructuum à creditore perceptorum æſtimatione teneatur. In eo quoque deterioris conditionis eſt prædo, nec ei prodeſt quòd creditor bona fida poſſeſſor fuit, quod cùm creditor non alios fructus per actionem pignoratitiam aut imputare, aut reſtituere teneatur quàm quos percepit, prædo tamen omnes reddere cogitur, nec ſolùm perceptos à creditore, ſed & alios qui ab eo aut à domino ipſo percipi potuerunt *l. ſi nauis 62. in fin. ſupr. de rei vindic.* Eſt tamen melioris conditionis, propter bonam fidem creditoris in eo quod per mediam creditoris bona fide poſſidentis perſonam fructus ſuos interim facit, eorúmque imputatione liberatur. Quod diuerſum eſſet, ſi prædo ipſe fructus percepiſſet, & ex iis creditori ſoluiſſet. Nemo enim alienam rem ſoluendo conſequitur liberationem *l. ii qui alienum 60. l. ſi alieni 78. inf. de ſolut.*

3 ¶ Si poſt diſtractum pignus debitor, qui precario rogauit, vel conduxit pignus, poſſeſsionem non reſtituat: contrario iudicio tenetur.

*Ad §. 3. Si poſt diſtractum.*

RAT. DVBIT. Iudicium contrarium pignoratitium non datur creditori pignoratitio, ſi non eius interſit. Agitur enim in contrariis iudiciis omnibus de calculo *l. furti 6. §. vlt. ſupr. de his qui notant. infam.* id eſt, quantum ex bona fide actori præſtare æquum ſit *l. ei qui 5. infr. depoſit.* Atqui poſt diſtractum à creditore pignus, nihil iam intereſt creditoris qui ſoluto ab emptore precio debitum ſuum conſecutus eſt, quique vendendo fecit emptorem dominum *l. 4. ſupr. l. qui à creditore 18. C. de diſtract. pignor.* Ergo non eſt ei dandum pignoratitium iudicium contrarium, nec rurſus emptori, qui pignus ipſe non accepit. Præſertim verò cùm creditor, ſi in rem pignoratam agere velit aduerſus debitorem, qui precariò rogauit, vel conduxit poſſeſſionem pignoris, poſſit creditor non modò hypothecariam exercere, ac pignus ipſum vindicare *l. ſi fundus 16. §. in vindicatione. infr. de pignor.* ſed etiam interdictum de precario, vt bene Azo apud Accurſium ex *leg. 2. l. interdictum 14. infr. de precar.* itémque interdictum vnde vi, quaſi videatur creditorem debitor expellere, cùm denegat ei poſſeſſionem *l. vim facit 11. & ſeq. de vi & vi armat.* Idémque tractari poteſt, ſi poſt contractum pignus, & ante diſtractum illud debitor pignoris poſſeſſionem precariò rogauerit, vel conduxerit: vt proinde nil neceſſe ſit cum Franciſco Hottomano textum hunc emendare, & pro *diſtractum* reponere *contractum*, vt ille ſcripſit in Obſeruation. cùm eadem ſit vtroque caſu iuris ratio.

DEC. Contraria actio pignoratitia competit creditori ex bona fide, quoties decipitur à debitore, qui in omnibus ad pignoris cauſam pertinentibus bonam fidem præſtare debet, vt & creditor debitori. Sunt enim actiones omnes pignoratitiæ bonæ fidei, nec minùs quæ contrariæ ſunt, quàm quæ directæ. Atqui decipitur à debitore creditor, quoties poſſeſſionem pignoris, quam precariò rogauit, aut conduxit à creditore debitor, non vult reſtituere creditori. Qui enim precariò rogauit, non poſſidet, ſed apud eum qui conceſſit poſſeſſio remanet *l. certè 6. §. is qui precario. infr. de precar.* ea ſcilicet quæ in animo conſiſtit non quæ corpore. Hæc enim penes eum eſt, qui rogauit *l. & habet 19. §. eum qui. eod.* & ſine qua inutiliter & fruſtrà is poſſidet, qui rogatus eſt. Commoda enim poſſeſſionis & fructuũ qui ex poſſeſſione percipiuntur, omnia pendent à corporali & naturali poſſeſſione. Idémq; iuris eſt in conductore. Qui enim conduxit, licèt verè non poſſideat, quia non animo domini, ſed alieno nomine poſſidet *d. §. is qui rogauit & l. communi 7. §. neque colonus. ſupr. de acquir. rer. domin.* in poſſeſſione tamen eſt *l. ſi quis antè 10. de acquir. poſſ.* Meritò igitur cõtrarium iudicium hoc caſu dandum eſt creditori, per quod conſequatur quanti ſua intereſt deceptum nõ eſſe, ſibíque reſtitui pignoris poſſeſſionem. Intereſt autem etiam poſt diſtractum pignus, quia tenetur cre-

ditor transferre dominium pignoris in emptorem *dict. l. 4. ſupr. l. non eſt nouum 46. infr. de acquir. rer. domin.* quod porrò non poteſt transferri citra traditionem *l. traditio 20. eod. tit. l. traditionibus 20. Cod. de pact.* nec rurſus fieri traditio à non poſſidente, cùm nihil aliud ſit traditio quàm datio poſſeſſionis, *l. 3. in princ. de action. empt.* & quidem naturalis ac corporalis à qua ſcilicet rerum dominia cœperunt *l. 1. de acquir. poſſ.* Rectè autem Vlpianus in vulgata editione qui *precariò rogauit vel conduxit pignoris poſſeſſionem*, quia rem propriam neque precariò accipere, neque conducere quiſquam poteſt, ſed eius duntaxat poſſeſſionem *l. neque pignus 45. de regul. iur. l. 4. § pen. infr. de precar.* Quòd ſi quis editionem Florentinam ſequi malit, quæ habet, *qui precariò rogauit vel conduxit pignus*, eadem tamen interpretatio facienda eſt, vt de ſola pignoris poſſeſſione verba illa intelligantur. Etſi autem in hoc contrario iudicio agitur de fide rupta, vt Accurſius & Bartolus monent contra quàm regulariter in contractus iudiciis obſeruari ſoleat *d. l. furti 6. §. vlt. ſupr. de his qui not. infam. d. l. ei apud quem. 5. infr. depoſit.* non puto tamen verum, quod iiſdem placet in hoc eodem contrario iudicio etiam iurari in litem aduerſus regulam *dict. l. ei apud quem.* quia vt iurari poſſit in litem, non illud tantùm exigimus, vt is contra quem iuratur, ſit in dolo, vel ſaltem lata culpa, ſed etiam vt is qui iurare vult ſit dominus, qui rem ſuam repetat, & qui per contumaciam nolentis reſtituere inuitus cogatur rem ſuam vendere *l. ſi filiofamilias 25. §. maritus. inf. ſolut. matrim. l. non enim 9. rer. amot.* quod in ſpecie propoſita non contingit, cùm creditor neque contrahendo, neque diſtrahendo pignus fiat dominus. Plus dico, nec infamem fieri hoc caſu debitorem licèt ob fidem ruptam contrario iſto iudicio condemnetur proprio nomine ex *d. l. furti. §. vlt.* quia licèt ob fidem ruptam contrarium huiuſmodi iudicium detur, in eo tamen non de rupta fide agitur, neque de perfidia, ſed de calculo, & de eo quod intereſt. Alioqui etiam is qui interdicto de precario condemnatus eſſet, infamis fieret, nam & is fidem rumpit, qui rem quam precariò accepit, non vult reddere *l. 2. de precar.* & tamen conſtat nullum interdictum famoſum eſſe ne quidem Vnde vi *l. neque 13. infr. vnde vi.* Itaque quod ſcriptum eſt in *d. l. furti. §. mandati.* Verbis edicti notari non ſolùm eum qui mandatum ſuſcepit, ſed & eum qui fidem quam aduerſarius ſecutus eſt, non præſtat, non ita generaliter accipiendum eſt, vt quiſquis fidem rumpit, infamis fiat, ſed vt ita demum ſi prætereà illud concurrat, vt mandati iudicio aliòve directo conueniatur, vt ex exemplo apparet, quod Vlpianus ibidem ſubiicit in hæc verba, *vt puta fideiuſſi pro te & ſolui, mandati ſi te condemnauero, famoſum facio.*

4 ¶ Si creditor, cùm venderet pignus, duplam promiſit. nam vſu hoc euenerat, & conuentus ob euictionem erat, & condemnatus: an haberet regreſſum pignoratitiæ contrariæ actionis? & poteſt dici eſſe regreſſum, ſi modò ſine dolo, & culpa ſic vendidit, &, vt paterfamilias diligens, id geſsit: ſi verò nullum emolumentum talis venditio attulit, ſed tanti vendidit, quanti vendere potuit, etiam ſi hæc non promiſit, regreſſum non habere.

*Ad §. vlt. Si creditor.*

RATIO DVBIT. Non debet eſſe in poteſtate creditoris etiam cui permiſſum eſt pignus vendere, vt deteriorem faciat condicionem debitoris, quàm futura erat, ſi debitor vendidiſſet, alioqui non videtur bona fide verſatus creditor in vendendo pignore, in quo tamen, vt & in cæteris omnibus ad pignoris cauſam pertinentibus, bonam fidem præſtare debet *l. 1. 3. & 4. C. ſi vendit. pignor. agat.* Atqui debitor ſi rem pignoratam vendidiſſet, duplam tamen ex cauſa euictionis promittere coactus nõ fuiſſet, præſtare autem euictione ſecuta, multò minùs: quia quoties in venditione dictum non eſt, quantum venditorem pro euictione præſtare oporteat, nihil præſtare debet euictionis nomine præter ſimplam, & ex natura actionis ex empto id quod intereſt *l. ſi in venditione 60. l. euicta 70. infr. de euict.* Et quod contrà ſcriptum videtur in *l. 2. eod. tit.* ſi dupla non promitteretur & eo nomine ageretur, dupli condemnandum eſſe reum, ſic proculdubio accipi debet, ſi ante venditionem & in tractatu ipſo venditionis conuenerat, vt dupla promitteretur. Erat enim frequens eiuſmodi promiſſio *l. ſi dictum 56. eod.* & vſitata atque aſſidua duplæ ſtipulatio *l. quòd ſi nolit 31. §. quia aſſidua de ædilit. edict.* Ergo ſi creditor cùm pignus venderet vltro duplam in caſum euictionis promiſerit, & ſecuta euictione ad duplam præſtandã condemnatus ſit, eámque præſtiterit, non debet eo nomine per pignoratitiam actionem regreſſum habere aduerſus debitorem, vt eum de dupla indemnem præſtet. Sibi námque imputet, qui cùm non cogeretur, duplam vltrò promiſerit. Neque verò damnum vllum ſentire videtur in eo quod ex culpa ſua ſentit, ex regula *l. quod quis 203. de regul. iur.* Præſertim cùm nec pignoris euictionem creditor debeat, ſi eam non promiſerit, ſed tantùm vt præſtet ſe potiorem creditorem *l. 1. & tot. tit. C. credit. euict. pignor. non deber. l. ſi mandatu Titij 59. §. creditor. infr. mandat.* Nam & cùm in cauſa iudicati poſtulante creditore pignus diſtrahitur, quod poſtea euictum ſit, non tenetur de euictione creditor, ſed debitor, cui ſolutio proficit *l. ſi ob cauſam 13. C. de euict.* Fit enim debitor ea ſolutione locupletior, cùm à ſuo creditore liberetur *l. ſi pupilli 66. in fin. de ſolut. l. ſpecies 11. de acceptilat.* Creditor verò non fit locupletior, qui nihil niſi ſuũ conſequitur. Quid ergo cogebat creditorem, vt non modò euictionis periculum in ſe ſuſciperet, ſed etiam duplam ex ea cauſa promitteret?

DECID. Nihil poteſt imputari creditori, qui ſine dolo malo & culpa vlla pignus vendidit, & in eo vendendo ſic negotium geſſit, quomodo alius quilibet bonus & diligens paterfamilias geſturus fuit, nã hoc ipſum à creditore exigimus, vt debitori pignoratitia actione non teneatur, alioqui in culpa eſſe videtur *l. ſi cùm venderet 13. §. 1. & l. ſeq. ſupr.* Atqui diligentis & boni patrisfamilias eſt, cùm rem aliquam vendit, ſic vendere, vt quàm cariùs facere poteſt ven-

teſt, vendat *l. ſi voluntate 8. C. de reſcind. vendit.* In eo namque licet contrahentibus naturaliter ſe decipere *l. in cauſa 16. §. idem Pompon. ſupr. de minor. l. item ſi precio 22. §. vlt. infr. locat.* Vnde eſt, quod dicere ſolemus, precium venditioois noo tam ex ipſa re percipi, quæ veoditur, quàm ex negotianooe *l. venditor 21. infr. de hered. vel action. vendit.* Atqui certum eſt, & quotidiano vſu compertum taoto pluris veodi res ſolere, quanto commodionibus & emptori vtilioribus coodicionibus fit empoo: cùm pacta, quæ in venditionibus & emptionibus adiiciuntur, faciaot partem precij *l. fundi partem 72. infr. de contr. empt. l. ſi ſterilis 21. §. ſi tibi fundum de action. empt. l. ſi venditor 6. §. 1. in fin. infr. de ſeru. export.* quia emptor oon aliter empturus fuerat *l. vlt. Cod. de pact. int. emptor. & vendit.* cúmque nihil tanti eſſe emptori debeat, quàm vt io caſum euictionis habeat veoditorem de euictione obligatum, ne alioqui facile accidat, vt & rei quam emit, & precij quod ſoluit iacturam faciat, nemo dubitat, quin multo conſultius ei ſit vẽditorem ſibi obligare de euictione, etiam de qua noo aliter teneretur, & ob eam cauſam longè pluris fundum emere, quàm quanti fuerat empturus, ſi promiſſa ipſi euictio oon fuiſſet. Quod ſi hoc etiã addat veoditor, vt euictionis nomioe duplum promittat emptori, qui alioquin aut nullo modo, aut minore precio empturus fuerat, tum verò hac maximè ratione pellicitur emptor, vt maius precium offerat, & præſtet. Ergo in propoſita ſpecie, ſi quæratur, an creditor, qui duplam præſtiot, regreſſum habere debeat contra venditorem, oeceſſariò adhibeoda diſtinctio eſt, ooo ſolùm an dolo malo & culpa id fecerit, (oon eoim ſufficeret carere illum dolo & culpa ad obligandum venditorem,) ſed etiam vtrum quaſi diligens paterfamilias ſic vendiderit, vt pignus pluris venderet, an verò per inconſultam facilitatem, ooo laturus ex venditiooe maius precium, quàm ſi duplam ooo promiſiſſet. Priore caſu debet creditor regreſſum habere pignoratitiæ contrariæ actioois cõotra debitorem, quia nihil ei poteſt imputare debitor, cuius etiam oegotium geſſit vtiliter creditori, quippe qui omne id quod ſupra debitam quantitatem ex pignoris venditione redegerit, debitori reſtituere pignoratitia actione teneatur *l. 1. & vlt. C. hoc tit.* Nemo enim alienum factum impugnare poteſt ex quo ipſe lucrum ſeotiat *l. ſi extraneus 33. l. cùm in fundo 78. §. quòd ſi mulier infr. de iur. doſ.* Maximè verò, cùm maioris precij lucrum ſit certum & iodubitatũ, futuræ autẽ euictionis periculum ex futuro eueotu pendeat, multóq; magis exactio promiſſæ duplæ *l. habere licere 57. de euict.* Interdum verò habet creditor, qui de euictiooe ſe obligauit ius retentionis pro contraria actione pigoorat itia, vt io ſpecie *l. ſi neceſſarias 8. §. 1. ſupr.* qui tamen textus ſecundùm huius §. diſtioctionem iotelligi debet, vt Accurſius bene monet. Poſteriore autem caſu æquum oon eſt, vt contra debitorem regreſſum vllum habeat pro ea re, ex qua debitor neq; lucrum vllum ſeoſerit, oeque ſentire vnquam potuerit. Nihil ergo amplius à debitore quàm debiti ſummam conſequi hoc caſu creditor poteſt, vt ex Tryphonino ſubiicitur in *leg. ſeq. iunct. l. reſcriptum 12. §. 1. infr. de diſtract. pignor.* vbi vide aliam elegaotem Tryphonini diſtioctionem. In culpa enim eſt, qui ſioe cauſa nullóque aut ſuo aut debitoris commodo perſuaſus, vltro duplam promiſit, qui nec obligare ſe de euictiooe debuerat. Ex quo apparet quàm malè Accurſius oorter, ac poſt eum cæteri interpretes ex hoc §. inferant, non eſſe in culpa illum qui id facit, quod conſuetum eſt fieri, moti ex verbis illis huius §. *nam vſu hoc euenerat.* item ex eo quod tam frequens & aſſidua olim erat duplæ ſtipulatio, vt placuerit prudentib. etiam ex empto agi poſſe ſi duplam veoditor mancipij noo caueret *d. l. quòd ſi nolit 31. §. quia aſſidua de ædilit. edict.* vbi ratio additur, qnòd ea quæ ſuot moris & conſuetudiois in bonæ fidei iudiciis venire debeant. Nam in cæteris quidem venditoribus, ea ratio locum habere poterat, ſed ooo in creditore pignus diſtraheore, quem iam diximus euictionem pignoris oon debere, ac loogè minùs duplam pro euictione *d. l. 1. & 2. C. credit. euict. pignor. non debet.* Neque verò aliud ſibi voluot verba illa, *nam vſu hoc euenerat.* Noo enim dixit Vlpianus vſum pro conſuetudine, vt illi arbitrantur, ſed pro facti cootingentia, vt loquuntur, id eſt, quia ex facto id acciderat, niſi malis, quod ego mallem, pro *vſu* legere *caſu.* Euenire enim dicuntur caſu quæ ſine maturo cõſilio nulláque præuia deliberatione fiunt. Illud planè oon nego quod voluot, excuſari quem propter conſuetudinem ex *l. ſine herede 22. §. Lucius de admin. tutor.* Sed nego eam eſſe huius §. ſententiam.

23. TRYPHONINVS libro 8. Diſputatioum.

NEc enim ampliùs à debitore, quàm debiti ſumma eſt, conſequi poterit. Sed ſi ſtipulatio vſurarum fuerat [a], & poſt quinquennium forte, quàm pretium ex re obligata conſecutus eſt, victus eam emptori reſtituat: etiam medij temporis vſuras à debitore petere poteſt: quia nihil ei ſolutum eſſe pro euictione, vt auferri non poſſit, palam factum eſt. ſed ſi ſimplum præſtitit, doli exceptione repellendua erit ab vſurarum petitione: quia habuit vſum pecuniæ pretij, quod ab emptore acceperat.

*Ad l. Nec enim 23.*

Huius legis initium pendet à *§. vlt. legis præcedentis.* nec ampliorem ioterpretationem deſiderat, quã quæ iam à nobis allata eſt. Adhibita tamẽ ea diſtinctiooe, quam idem Tryphoninus noſter tractat fuſiùs in *l. reſcriptũ 12. §. 1. infr. de diſtract. pignor.* quæ lex ſumpta eſt ex eodẽ Tryphonini *lib. 8. Diſputationum.* Sequitur ergo explicandus *verſic. ſed ſi ſtipulatio*, & quæ in eo rurſum adhibetur diſtinctio, quam Bartolus meritò ootabilem, & ſingularem eſſe dicit.

a *Sed ſi ſtipulatio vſurarum fuerat.* RAT. DVB. Creditor qui pignus vendidit, cum promiſſione duplæ, etiamſi poſt euictionem duplam præſtiterit, non eo mioùs tameo vſum habuit pecuniæ ex precio redactæ, quod ab emptore accepit. Atqui quoties habuit vſum pecuniæ precij, noo eſt audiẽdus, ſed doli excepoone repellendus, ſi præterea pecuniæ creditæ vſuras pro medio tempore petat ex vſurarum ſtipulaoone, vt in fine huius legis ſcriptum eſt. Alioqui duplex cõmodum & lucruo: ex



Digitized by Google

eâdem pecunia perciperet contra naturalem æquitatem, quia quemadmodum pignoris venditi precium ſuccedit in locum debiti ad deliberandum debitorem in *d.l.reſcriptum* 12. §. 1. *de diſtr. pignor.* ita & vſus pecuniæ precij ſuccedere debet in locum vſurarum debiti, quando vſuratium fuit debitum, vſuris ſcilicet in ſtipulationem deductis, citra quam non poteſt debitum pecuniæ creditæ fieri vſuratium *l.3.C.de vſur. l.Titius 24.infr.de præſcript.verb.* Hoc enim eſt, quod lex ait *ſi ſtipulatio vſurarum fuerat.* Ergo in propoſita ſpecie de debito quod fuit vſuratium, ſi creditor poſt quinquennium fortè, quàm precium ex rei obligatæ venditione conſecutus eſt, victus tãdem in cauſa proprietatis emptori ſatisfecerit, non videtur diſtinguendum, quomodo Tryphoninus hîc diſtinguit, an creditor duplam emptori præſtiterit an ſimplam, vt priore caſu etiam medij temporis vſuras à debitore petere poſſit, poſteriore autem non poſſit: ſed vtroque caſu indiſtinctè admittendum, vt nullas medij & præteriti temporis vſuras petere ipſi liceat, qui vtroq; caſu verum eſt, eum pecuniæ precij vſum habuiſſe. Dec. Nemo videtur id cepiſſe, quod neceſſe habuit alij reſtituere *l.aliud eſt capere 71.de verb.ſignific. l.non videtur quiſquam 51.de regul.iur.* Ergo non videtur creditor vſũ precij habuiſſe toto illo quinquennio, quod pignoris venditi euictionem præceſſit, ſi poſt ſecutam euictionem duplum emptori reſtituerit. Neq; enim tantum eſſe poteſt in vſuris legitimis quinquennij quantum in duplo precij, cum vſura etiam centeſima, quæ omniũ grauiſſima eſt, non niſi cẽteſimo menſe æquet ſortẽ, vnde & centeſimæ nomen accepit. Quod certè diuerſum eſt, cum creditor ex cauſa euictionis nihil niſi ſimplũ emptori reſtituit, quia eo caſu nihil de ſuo reſtituit, ſed idipsũ dumtaxat quod accepit ab emptore, quamuis nec ſimplũ reſtituere teneretur, ſi non promiſiſſet (eſt enim hoc exemplum ad id quod ſcriptum eſt in *l.ſi dictum 56. in princip. de euict.* de pactione adhibita in vendendo, vt ſimplum promittatur,) ſed tantum præſtare emptori pignoratitiam actionem contra debitorem *l.in creditore 38.eod.tit.* Iũge *l.1.& 2.C.credit.euict.pignor.non deber. l.ſi mandatu Titij 59.§.creditor infr.mandat.* Vſum autẽ pecuniæ precij, qua per totũ illud quinquennium vſus eſt creditor, habet in lucro, quemadmodum & pecuniæ creditæ vſuras cõtentas in lucro haberet, ſi pignus non vendidiſſet. Quod enim Paulus ſcripſit in *l.cùm quidam 17.§ ſi pupillo infr.de vſur.* non propter lucrũ petentium, ſed propter moram non ſoluentium infligi vſuras ſolere, ad eas tantum vſuras pertinet, quę ex ſola mora non etiam ad illas quæ ex conuentione debentur *l.qui Romæ 122.in princip.de verb.oblig.* Mero enim creditoris lucro cedunt vſuræ, quoties debitum ab initio fuit vſuratium, quale illud fuiſſe ponimus, de quo cum Tryphonino tractamus. Hinc Accurſius quærit, Quid ergo ſi minùs ſit in duplo quatenus ſimplum excedit, quàm in vſuris debiti, fortè ſi inter venditionem & euictionem pignoris vicennium interceſſerit, aut aliud longum tempus, minùs tamen & breuius vicennio, cùm etiam quincunces vſuræ, quæ hodie apud nos maximè frequentãtur, viceſimo demũ anno ſortis quantitatem adæquẽt? Reſpondet Accurſ. dubitanter, vt plerunq; ſolet, *Fortè*, inquit, *non conſequetur quod eſt vltra.* Quaſi ceſſante eo caſu ratione, quæ Tryphoninũ hîc mouit. Sed Bart. rectiùs & veriùs pro creditore reſpondet, totius præteriti temporis vſuras quantaſcunq; eum conſecuturum, etiamſi duplum excedãt: ſicut enim inquit, damnum ſentit creditor, ſi plus ſit in duplo quàm in vſuris, ita & lucrum ſentire debet, ſi è contrario plus ſit in vſuris, quàm in duplo, ex regula *l. ſecundũ naturam 10.de regul.iur.* Itẽ quòd nõ ſit audiẽdus debitor id petens, cuius contrariũ nõ fuerat in contrarium euentum poſtulaturus ex *l.pen.C.de ſolut. l.ſi pater puellæ 32. C. de inoffic.teſtam.* Adeò autem verum eſt eo caſu, quo creditor duplũ emptori præſtiterit, nihil eum vice vſurarũ percepiſſe videri, vt nec preciũ ipſum habuiſſe exiſtimandus ſit. Non enim videtur ſolutum quod non durat ſolutum *l.ſi rem 20.l.qui res 98.in princip.& §.1.infr.de ſolut.* Et ex poſtfacto apparet ſecuta pignoris euictione non fuiſſe liberatũ debitorẽ, qui propter precium creditori ſolutum ab emptore, liberatus credebatur, vt ſubtiliter Tryphoninus diſputat in *d. l.reſcriptum 12.§.1.infr. de diſtract.pignor.* Id enim eſt quod in hac lege idem Tryphoninus exprimit his verbis, *nihil enim ei ſolutum eſſe, vt auferri non poſſit, palam factum eſt.*

24. VLPIANVS libro 30. ad Edictum.

ELeganter apud me quæſitum eſt, ſi impetraſſet creditor à Cæſare, vt pignus poſſideret, idq; euictum eſſet [a], an habeat contrariam pignoratitiam? & videtur finita eſſe pignoris obligatio, & à cõtractu receſſum. immo vtilis ex empto accommodata eſt: quemadmodum ſi pro ſoluto ei res data fuerit, vt in quantitatem debiti ei ſatisfiat, vel in quantum eius interſit, ſed & compenſationem habere poteſt creditor, ſi forte pignoratitia, vel ex alia cauſa cũ eo agetur.

*Ad l. Eleganter 24.*

Iam monui in Codice Fabriano *defin.10.de euict.* & in *poſtrema Decade Chiliadis de error. pragmat.* mihi valde ſuſpectam eſſe legem hanc, & Triboniano magis quàm Vlpiano dignam, excepto eo quod ſcriptum eſt in §. *vltim.* quem ſolum Vlpiani eſſe agnoſco. Fiet autem hoc apertius ex iis quæ nunc ſcribemus. Ac primùm ex primis illis verbis, *Eleganter apud me quæſitum eſt.* Non enim ſic Vlpianus ſcripſiſſet, ſed vel ſimpliciter *quæſitum eſt*, vt in *leg. eleganter 23 ſupr.de condict.indeb.* vel hoc addito *à me*, non *apud me.* Nec rurſum in libros ad Edictum quæſtionem illam Vlpianus veriſimiliter retuliſſet, ſed potiùs in Diſputationum libros aut Opinionum. Sequitur *ſi impetraſſet creditor à Cæſare.* Eſt igitur hic caſus fictitius & commentitius non qui ex facto re vera acciderit. Alioqui ſcribendum fuerat *cùm impetraſſet creditor*, vt in *leg.debitor 59. infr. ad SC.Trebell.* Addit *vt pignus poſſideret.* Sed prætermittit, quod maximè addi debuerat *iure dominij*, vt in *d.l.debitor*, & in *leg.1.2.& 3.Cod.de iur.domin.impetr.* Aliud enim eſt pignus in creditum poſſidere, aliud verò addictum habere in ſolutum, vt in *l.à Diuo Pio 15.§.ſi pignora infr.de re iudic.* aliud verò iure dominij poſſidere, quod ipſum nihil aliud eſt quam ius dominij impetrare, quod difficilius eſt, nec niſi à Cæſare cõcedi olim poterat, quia intẽtio pignoris adeò ſeparata eſt ab intẽtione dominij, vt loquitur *l.1.*

*§.cùm*

*§. cùm prædium infr. de pignor.* vt cauſa pignoris nunquam conuerti per ſe poſſit in cauſam dominij, ne quidem authoritate iudicis interueniente. Nihil ſiquidem aliud facere iudex poteſt, quàm vt pignus diſtrahi iubeat *leg. antep. §. 1. infr. de euict. l. ſi ob cauſam 13. C. eod. l. 1. & 2. C. ſi in cauſ. iudic. pign. capt. ſit.* aut pignus à creditore poſſideri in creditum aut addici ei in ſolutum *d. § ſi pignora.* Sequitur,

a *Idq; euictum eſſet.* Hoc verò rectè. Non enim aliter fieri poſſet locus quæſtioni, cùm pignus, quod creditor iure dominij poſſidere cœpit, ſi poſteà euictum non ſit, deſinat ipſo iure pignus eſſe, nec proinde pignoratitiæ actionis vſum & quæſtionem admittat. Non enim poteſt pignus perſeuerare domino conſtituto creditore, vt ait Paulus in *l. pen. §. 1. de except. rei iudic.* tanquam quod peruenerit ad eum caſum, à quo incipere non potuit, quia nemini res ſua obligata eſſe poteſt *l. neque pignus 45. de regul. iur.* Euictio ſecuta illa eſt, quæ locum facit quæſtioni de pignoratitia actione, quia poteſtas euictionis tollit intellectum dominij acquiſitionis vt in *leg. ſi patroni 55. §. vlt. infr. ad SC. Trebell.* Quæſtio igitur in eo eſt, an creditor qui à Cæſare impetrauit, vt ſibi pignus iure dominij poſſidere liceret, ſi poſteà pignus euictum ſit, habeat contrariam actionem pignoratitiã aduerſus debitorẽ, in id ſcilicet quod ſua intereſt, alienam rem pignori datam non eſſe, quemadmodum iure certiſſimo eandem actionem pignoratitiam eo nomine haberet, ſi ius dominij nunquam impetraſſet *l. ſi rem alienam 9. in princip. & l. tutor 16. §. 1. ſupr. hoc tit.* In quo erraſſe nos agnoſcimus in allegationibus noſtris ad dictam *defin. 20. num. 26.* ab illis verbis, *ſed longè inelegantior* ad illa vſque *ſed reſponſio* quæ omnino tolli volumus & deleri. Videamus ergo quid ad propoſitam quæſtionẽ Tribonianus reſpondeat. Ait autem, *Et videtur finita eſſe pignoris obligatio & à contractu receſſum.* Hîc verò Tribonianus ſe prodit apertiùs, hæſitando primùm in ea re, in qua hæſitandi cauſa nulla ſuberat. Scribere namq; potuerat & debuerat, quomodo vtiq; Vlpianus ſcripſiſſet intrepidè, finitam eſſe pignoris obligationem, & à contractu receſſum per impetrationem dominij rei obligatæ. Quid enim certius, quàm quod iam diximus, confuſione pignus extingui ſtatim atq; creditor factus eſt pignoris dominus? *d. l. penult. §. 1. de except. rei iudic. l. ſi rem alienam 29. infr.* Nemini enim obligata res ſua eſſe poteſt, vt neq; ſeruire *l. vti frui 5. ſupr. ſi vſufr. pet. l. in re communi 26. vrban. præd.* Quid porrò aliud eſt, finitã eſſe pignoris obligationem, quàm extinctum eſſe pignus? Quanquam ſi ſubtiliùs rem totã inſpicere velimus, in propoſita ſpecie dici poteſt, nõ eſſe finitum, aut extinctum pignus, quod ne initium vnquam habuit *l. ſi in diem 46. l. Titio vſuſfructus 96. de condic. & demonſtr.* Nam cùm alienæ rei pignus non conſiſtat, ſi non ex domini voluntate datum ſit *l. 2. l. ſi rem alienam 9. l. aliena res 20. ſupr. & tot. tit. C. ſi alien. res pignor. dat. ſit.* Conſequens eſt, vt ſi aliena res data ſit pignori, nulla penitus contrahatur obligatio, cùm res ipſa non obligetur. Ideóq; nec hypothecariam actionem in eam rem exercere creditor poteſt, ſi fortè poſſeſſionem eius amiſerit quam per pignoris dationem acceperat, vt in *l. ſi creditor 28. infr. hoc tit.* quia ad hypothecariam inducendam non ſufficit conuentio ſola pignoris, niſi talis conuentio ſit per quam res ipſa afficiatur & obligetur, cùm pignoris perſecutio in rem ſit, non in perſonam *l. 1. l. pignoris 17. infr. de pignor.* Quamuis ſola illa conuentio pignoris rei alienæ ſufficiat ad inducendam pignoratitiam actionem perſonalem ſiue directam ſiue contrariam, quoniam ad perſonam tantùm obligandam ſiue eius qui pignus dat, ſiue eius qui accipit, nihil omnino refert, an quis alienam rem pignori dederit, an ſuam *d. l. ſi rem 9. in princip. & §. penult. tutor 16. §. 1. ſupr. hoc tit.* Poteſt enim hoc caſu, id eſt, re aliena data pignori, pignoratitia actio cõpetere, tũ quoq; cùm obligatio pignoris nulla eſt: nihil ſiquidem commune habet obligatio pignoris cum nuda conuentione, niſi cùm à domino facta conuentio fuit. Et hoc vnum eſt maximè ni fallor, quod inſcitiam Triboniani detegit, ſi ſenſit de pignore dato rei alienæ, quæ poſtmodũ euicta ſit, vt ſolet prima euictionis cauſa illa eſſe, ſi quis rei dominium petierit, & euicerit. Quamquam enim per Seruianam quoq; actionem fundus euincitur, non tamen præciſa & abſoluta euictio iſta eſt, ſed cauſatiua, vt loquuntur, niſi malit poſſeſſor pignoris ſatisfacere creditori *l. ſi mancipium 34. §. vlt. & l. ſeq. infr. de euict.* Putauit autem Tribonianus, non poſſe tractari de pignoratitia actione perſonali, quin ſupponatur obligatio pignoris, quaſi in neceſſariũ antecedens, cùm ſcribat videri finitam eſſe pignoris obligationem, quod ridiculum eſt. Nam quod diximus finiri & extingui pignus dominio creditori acquiſito, ita verum eſt, ſi ſupponantur termini habiles, id eſt ſi pignus ab initio ritè contractum fuit, rei ſcilicet propriæ, non alienæ: quæ ſpecies eſt *d. l. pen. §. 1. de except. rei iudic.* vbi agitur de fundo pignori dato à domino, ſed qui anteriori creditori fuerat iam antè obligatus: ex qua cauſa euictio fundi fuerat ſecuta. Ergo fatendũ eſt, vel reſtringendã legem hanc ad eum caſum quo fundi euictio ſecuta ſit, ex cauſa pignoris nõ dominij, vel ineptum eſſe, quod lex ait de finita pignoris obligatione. Nec alio caſu poteſt fieri locus quæſtioni, an ius pignoris quod per acquiſitionẽ dominij iure quodã confuſionis extinctũ fuerat, reſuſcitetur propter ſubſecutã euictionẽ quàm cùm ab initio pignus cõſtitit. Reſtitui enim quomodo poſſet pignus quod nunquã fuiſſet? *l. ſi partem fundi 19. iunct. l. ſi locus 14. ſupr. quemadm. ſeruit. amitt. l. ſi ager 23. & ſeq. ſupr. quib. modis vſufr. amitt.* Planè cùm pignoris vinculum ab initio conſtitit, dicimus ſubſecuta euictione pignus reſtitui, quod interciderat, quia ex poſtfacto apparet nõ fuiſſe acquiſitum creditori dominium, quod ei ex anteriore cauſa ablatum eſt, vt Tryphoninus dicebat in lege proximè præcedente, & in *l. reſcriptum 12. §. 1. infr. de diſtract. pignor.* Quemadmodum nec videtur ſolutum, quod non durat ſolutũ *l. ſi rem meã 20. l. ſi quis alium 46. l. qui res 98. in princip. & §. 1. de ſolut.* De illo tantùm quæri poteſt, an euicta re quæ in ſolutum data fuerat, duret ac maneat priſtina actio, an verò noua detur, id eſt, vtilis ex empto, ad exemplum directæ, quæ daretur euicta re vendita *l. ex empto 11. & paſſ. de action. empt. l. ſi in venditione 60. l. euicta 70. de euict.* Sunt enim pleriq; iuris loci quibus probatur manere priſtinam obligationem, nec videri vnquam liberatum debitorem, qui rem aut alienam, aut iam alij obligatã in ſolutum dedit *d. l. ſi rem meam,* vbi Pompon. ſic loquitur, vt oſtendat ad impediendã liberationẽ nõ illud exigi, vt res in ſolutũ data ſit euicta, ſed ſufficere, quòd euinci res poſſit, & auocari ab eo cui data eſt, putà ſi pignoris nomine anteà fuerat alij obligata. Cui cõſentit Tryphon. in *l. præcedente* in illis verbis *quia nihil ei ſolutũ eſſe vt auferri nõ poſſit, palã factũ eſt,* & in *d. l. reſcriptũ §. 1.*

ibi *interim quidem nihil à debitore peti poſſe, ſed in ſuſpenſo haberi liberationem*, & in fine legis *quia apparuit non eſſe liberatum*. Sed apertius Marcianus in *d. l. ſi quis aliã 46. de ſolut.* ait, ſi quis aliam rem pro alia volenti ſoluerit, & ea euicta ſit, manere priſtinam obligationem, & ſi pro parte fuerit euicta, pro ſolido tamen durare obligationem, & paulò pòſt, ſed etſi duos fundos verbi gratiâ pro debito dederit, euicto altero fundo remanere integram obligationem. Denique tunc rem vnam pro alia ſolutam præſtare liberationem, cùm pro ſolido facta eſt accipientis. Sic & in l. *ſi creditor 26. eod. tit.* Pomponius ſcribit, ſi ſeruus pignoratus à creditore venditus ſit, quandiu in ea cauſa eſt, vt poſſit redhiberi, non liberari debitorem. Et Paulus non minus apertè quàm elegãter in *l. qui res 98. eod. tit.* ait, Rerum quæ in ſolutum datæ ſunt, ſolutionem non poſſe, niſi ex euentu liberare, ſcilicet eo caſu quo certum erit illas apud accipientem remanſuras. Adde *l. libera 8. C. de ſentent. & interloc. omn. iudic.* At in contrarium vrget valde quod ab Imp. Antonino reſcriptum eſt in *l. ſi prædium 4. C. de euict.* Si prædium tibi pro ſoluto datum ſit, quod aliis creditorib. fuerat obligatum cauſam pignoris mutatam non eſſe, id eſt, non eo minus creditorum anteriorum ius & pignus perſeuerare. Sed ſi hoc iure creditoris & pignoris fuerit tibi euictum prædium, vtilem tibi actionem contra debitorem competere, quòd huiuſmodi contractus vicem venditionis obtineat. Cui conuenit quod in hac lege ſcribitur, accommodatam eſſe creditori vtilem actionem ex empto: quemadmodum ſi pro ſoluto data ei res fuerit. Quibus verbis alludere videtur ad reſcriptum illud Antonini. Quaſi verò cùm creditor impetrauit à Cæſare, vt ſibi liceat iure dominij pignus poſſidere, dici poſſit contractum illum eſſe venditioni ſimillimum, qui tamen ne quidem contractus eſt. Torquẽt ſe noſtri ſummoperè in his locis conciliandis, tanquam ſi eſſent iſta contraria & incompatibilia, euicto pignore manere priſtinam debitoris obligationem incorruptam; & vtilem ex empto actionem dari creditori qui euictionem paſſus eſt. Nec habent quod reſpondeant, niſi quod Accurſius primus docuit, multùm referre, an ſpecies data ſit in ſolutum pro alia ſpecie, an pro debito pecuniario. Quod tamen ridiculum eſt, pugnátque apertè cũ *d. l. qui res in princip.* Sed quoniam longior hic tractatus eſt, vt ex iis conſtat, quæ ſcripſimus in *error. 7. 8. & 9. Decadis vltimæ totius Chiliadis noſtræ de error. pragmat.* longè meliùs ac ſubtiliùs quàm in allegat. ad *dict. defin. 20. de euict.* plura hîc non ſcribemus. Nam & cætera omnia quę ad huius loci interpretationem, & ad Triboniani manũ & inſcitiam detegendam pertinent, tam copioſè & fuſè ibi explicauimus, vt nihil nunc addi poſſe exiſtimemus.

1 ¶ Qui reprobos nummos ſoluit creditori, an habeat pignoratitiam actionem, quaſi ſoluta pecunia, quæritur. & conſtat, neque pignoratitia eum agere, neque liberari poſſe, quia reproba pecunia non liberat ſoluentem: reprobis videlicet nummis reddendis [a].

*Ad §. 1. Qui reprobos.*

RAT. DVB. Etiam aliud pro alio ſolui volenti creditori poteſt, contingitque ex ea ſolutione liberatio, quia debet ſibi imputare is qui accepit, nec vlla fit volenti iniuria, *leg. manifeſti 17. Cod. de ſolut. l. ſi non ſortem 16. §. ſi centum ſupr. de condict. indeb. l. in diem 9. §. 1. infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Ergo etiam is qui reprobos nummos pro bonis & probis ſoluit, liberatur, cùm volenti ſoluerit non inuito, & conſequenter tanquam liberatus debet habere directam pignoratitiam actionem. DEC. Reproba pecunia non poteſt liberare ſoluentem, quia nec vllam habet æſtimationem, niſi quæ conſtituta eſt à legiſlatore & magiſtratu, cuius de ea re notio & iuriſdictio eſt, probis autem duntaxat nummis non reprobis aut ærosis æſtimatio directa eſt *l. 3. ſupr. de in lit. iur. l. 3. de eo quod cert. loc. l. creditor 102. infr. de ſolut.* Æſtimatur enim nummus quilibet ex materiæ ſuæ bonitate & qualitate, quæ in Repub. benè conſtituta ſemper vna & eadem eſſe debet, vt vna quoq; ſemper & vbique ac certa ſit æſtimatio *d. l. 3. de in lit. iur.* Qua de re plura ſcripſimus in tractatu noſtro de variis nummariorum debitorum ſolutionibus. Et verò is qui reprobos nummos pro bonis & probis ignorans accipit ſiue in ſolutum, ſiue in creditum, aut qua alia de cauſa, nõ tam paciſcitur quàm decipitur, vt Vlpianus loquitur in *l. qui cum tutoribus 9. §. qui per fallaciam, ſupr. de tranſact.* neque errantis voluntas vlla, vel conſenſus vllus eſt, *l. ſed hoc ita 20. de aqua & aquæ pluu. arcend. l. nihil conſenſus 116. §. vlt. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Fieret ergo ipſi iniuria ſi debitor reprobos nummos ſoluendo liberaretur, qui nec alienos, quamuis probos dando liberari poſſet, *l. ſi aliens 78. infr. de ſolut.* Minus ſiquidem eſt reprobos nummos dare quàm alienos, quoniam alieni habent ſuum vſum, ſuámque æſtimationem, adeóque ſuum dominum, & ſunt ex earum rerum numero, quæ recipiunt functionem in ſuo genere. Nummi verò reprobi non modò vſum nullum habent, nullámque æſtimationem, vt diximus, ſed neque dominum vllum ne quidem rempublicam. Reprobos enim nummos intelligo qui lege publica ſunt reprobati ſiue ex proba materia ſint, ſiue ex improba. Quòd ſi nec ille liberatur, qui rem ipſam reddit debitam quidem, ſed deteriorem factam, *l. 3. §. ſi reddita ſupr. tit. prox. l. 1. §. ſi res 16. infr. depoſit. l. qui ſibi 33. §. in fin. de ſolut.* quanto minùs liberari debet, qui probos nummos debens, reprobos ſoluit? Nec aliud eſt, ſi pecunia reproba fuerit à campſore adprobata, vt Bartolus poſt Accurſium concludit, quia erratum eſt in ſubſtantiali qualitate *arg. l. in venditionib. 9. §. inde quæritur infr. de contr. empt. l. 2. in fin. de opt. legat.* Imò verò etiamſi is qui reprobos nũmos in ſolutum accepit, eos expẽderit, pro bonis & probis, adhuc idẽ dicendũ eſt, non quaſi eorum æſtimationẽ, vt Accurſius tentat, præſtare poſſit, quæ nulla eſt, vt diximus, ſed quia licèt reprobos nummos non poſſit reddere, quos iam expendit, tamẽ nec ipſe liberatus eſt ab iis creditoribus quibus ſoluit, vt idẽ Accurſius, & poſt eũ Bart. docet. Ideóq; nec videri poteſt captare lucrũ ex damno alieno, cùm ipſe nullum lucrum ſentiat. Longéque diuerſa ſpecies eſt, ſi quis alienos nummos ſoluerit, quorum dominium poſteà nactus ſit. Conualeſcit enim per hanc dominij acquiſitionem ſolutio *l. indebiti 15. §. ſed etſi nũmi ſupr. de condict. indeb.* Pecunia verò reproba, quæ tanquam proba expenſa eſt, nõ eo magis ſit proba, & quòd expẽſa eſt ne-

Digitized by Google

eſt negotiationi dantis acceptum ferri debet aut ſtultitiæ accipiêtis, vt in *l. venditor* 21. *de hered. vel act. vendit. l. 3. ad l. Falcid.* Planè ſi creditor ſciens reprobos nummos pro bonis & probis acceperit, liberabitur debitor, quia non poteſt videri decepiſſe creditorem à ſeipſo deceptum *l. tutor* 16. §. 1. *verſ. ſed ſi ſciens ſupr. hoc tit. l. nam ſi ſcit* 26. *ſupr. de rei vindic.*

a *Reprobis videlicet nummis reddendis.* RAT. DVB. Qui ſciens indebitum ſoluit, non repetit, quia donaſſe videtur *l. cuius per errorem* 53. *de regul. iur. l. indebitum* 9. *Cod. de condict. indeb.* Ergo nec repetet is qui ſciens reprobos nummos ſoluit, tanquam qui ſciês indebitum ſoluerit, cùm ſciret non reprobos nummos ſe debere, ſed probos. DEC. Non habet animum donandi qui habet animum decipiendi, inquit Bartolus ex *l. ſi cùm aurum* 50. *de ſolut.* Sicut & de eo dicimus, qui animo deprædandi aliena negotia inuaſit, & in ea aliquid expendit *l. ſi pupilli* 6. §. *ſed & ſi quis ſupr. de negot. geſt.* Sed tamen verum eſt, quod Accurſius notat repetere hûc non poſſe, qui ſciens reprobos nummos ſoluit, quia ſciens hoc fecit, vt Paulus reſpondet in *d. l. ſi cùm aurum.* nõ quaſi donauerit, ſed quia per errorem feciſſe dici nõ poteſt, quod ſciens fecit. Condictio autem indebiti nunquam locû habere poteſt, niſi probato errorê facti, vt ſæpiùs diximus ad *tit. ſupr. de condict. indeb.* An ergo ſequemur temperamentum illud quod Paulo placuit in *d. l. ſi cùm aurum.* vt petentem te nummos probos quos tibi debeo exceptione doli ſummouê, ſi non reddas reprobos quos accepiſti? Sic putat Accurſius motus ex his poſtremis verbis huius §. *& ex d. l. ſi cùm aurum.* Sed hoc probare vix poſſum, qui video non fieri locupletiorem ex alieno damno eum qui reprobos nummos retinet, & probos petit, cùm reprobæ pecuniæ nullus ſit vſus, vt diximus, nulláque æſtimatio. Neque verò quicquam videri poteſt intereſſe illius, qui reprobos nummos dedit, vt eos recipiat, quippe quibus nunquam niſi in alterius damnum ſit vſurus, ſicut de malis medicamentis & venenis, & libris magicis aliiſque huiuſmodi rebus damnatis ſcriptum eſt in *l. 4. §. 1. ſup famil. erciſc.* Non enim ſolùm intereſt hominis beneficio adfici hominem *l. ſi venditor* 6. §. 1. *& l. ſeq. infr. de ſeru. export.* ſed etiam prouidere quantum fieri poteſt, ne cuiquam mortalium iniuria & damnum inferatur: multo magis ne libertati & vtilitati commerciorum. Itaque cùm iudex quilibet boni & innocentis viri officio fungi debeat, protinus corrumpenda ſunt iſta omnia, quorum vſus non niſi malus eſſe poteſt, vt ſcriptum eſt in *d. l. 4. §. 1.* & conſequenter tollendi penitus nummi reprobi non reddendi, *d. l. creditor* 102. *de ſolut.* Nec aliter Vlpianum hîc ſcripſiſſe, aut ſenſiſſe arbitror, magíſq; eſſe puto, vt poſtrema hæc huius §. verba Triboniano adſcribi oporteat, quem ſupradictum Pauli reſponſum in *d. l. ſi cùm aurum* fefellerit. nõ animaduertentem, longè aliam eſſe rationem eius qui reprobos nummos ſoluit, & illius qui cùm aurum promiſiſſet, ſoluit æs pro auro ignoranti. Æris enim & vſus aliquis eſt, & aliqua æſtimatio, cuius commodum ſi ſibi retinere velit auri creditor, & nihilominùs aurum petere, dolo certè facit qui per iuris occaſionem captat lucrum ex damno alieno, ideóque doli mali exceptione repellendus eſt *leg. 2. infr. de doli except.* quam accommodari ei quoquê æquum eſt qui decipiendi animo æs pro auro ſoluit, quoniam & ipſius intereſt ſaltem æs habere. At reprobos nummos habere, nihil planè intereſt eius qui ſoluit, nec ſi ignorans ſoluerit. Nec ad rem pertinet ſi quis obiiciat, poſſe quemlibet etiam id habere, quod ei non expediat habere *leg. ei fundo* 19. *ſupr. de ſeruit.* Id enim tum verè dicitur, cùm nulla in eam rem aut actio aut exceptio neceſſaria eſt: cùm actiones aut exceptiones omnes comparatæ ſint ad hoc, vt ſibi quiſque acquirat quod ſua intereſt *l. ſtipulatio iſta* 38. §. *alteri* ſ. 3. §. 1. *de verb. oblig. l. ille à quo* 13. §. 1. *ad SC. Trebell.* non autem poſſit dici intereſſe cuiuſquam, niſi cùm ex iuſta & honeſta cauſa intereſt *l. 3. §. ſciendum ſupr. ad exhib. l. cuius intererfuit* 10. *infr. de furt.* Aliud ſanè eſt, repeti quid poſſe, aliud verò reddi debere. Repetitio fit per viâ actionis, redditio autem extorqueri poteſt, etiam per viam exceptionis. Sed illud tamen vtriq; commune eſt, quòd nõ magis exceptio, quàm repetitio dari vnquam poteſt ei cuius nihil intereſt, & quidê ex iuſta & honeſta cauſa, vt diximus. Et hoc eſt quod ad initiû huius legis ſcripſimus, Tribonianû in hac lege ſub Vlpiani nomine loqui ſæpiùs contra ſenſum Vlpiani, certámque iuris rationem. Erit autem Triboniani manus manifeſtior in *§. ſeq.*

2 ¶ Si vendiderit quidem creditor pignus pluris, quàm debitum erat, nondum autem pretium ab emptore exegerit: an pignoratitio iudicio conueniri poſſit ad ſuperfluum reddendum, an verò vel exſpectare debeat, quoad emptor ſoluat, vel ſuſcipere actiones aduerſus emptorem? & arbitror non eſſe vrgendum ad ſolutionem creditorem: ſed aut exſpectare debere debitorem, aut, ſi non exſpectat, mandandas ei actiones aduerſus emptorem, periculo tamen venditoris. Quòd ſi accepit iam pecuniam, ſuperfluum reddit.

*Ad §. 2. Si vendiderit.*

RAT. DVB. Creditor vendens pignus non præſenti pecunia, ſed ea lege, vt poſt certum tempus precium ſoluatur, vtique habet fidem de precio, ideóque transfert dominium pignoris venditi in emptorem *l. 4. ſupr. l. non eſt nouum* 46. *infr. de acquir. rer. dom.* quod dominium transferre alioqui non poſſet *leg. quod vendidi* 19. *leg. vt res* 53. *de contr. empt.* Ergo perinde eſt, ac ſi totum precium iam inde ab initio ſolutum ei fuiſſet. Sibi namque imputet, qui fidem emptoris ſecutus eſt, pro præſenti pecunia habuit. Atqui ſi totum precium percepiſſet, nemo dubitaret, quin ſuperfluum precij, id eſt, quod plus in precio quàm in debito eſſet, creditori reſtituere pignoratitia actione deberet, vt Paulus *lib. 2. ſentent. tit.* 13. §. 1. ſcribit *leg. qui occidit* 30. §. 1. *ſupr. ad leg. Aquil. leg. ſi inter* 21. §. 1. *infr. de pignor. l. creditoris* 15. *infr. de furt. l. vlt. Cod. de diſtract. pignor.* Idem ergo eſt etiam hoc caſu in quo emptori fidê habuit creditor de precio, dicendû eſt, vt ſuperfluum precij ex pignoris vêditione redacti, creditor debitori reſtituere teneatur, nec ſit audiendus ſi cogere debitorem velit, vt vel debiti ſoluendi diem expectet, vel mãdandas ſibi per creditorê actiones etiã inter-



Digitized by Google

poſita delegatione ſuſcipiat. Et ita Papinian. apertè reſpondit in *l.penult.infr. hoc tit.* creditorem ſcilicet iure cogi poſſe iudicio, quod de pignore dato proponitur, id eſt, actione pignoratitia, vt ſuperfluum precij etiam cum vſuris reſtituat, nec audiendum eſſe, ſi emptorem qui nondum ſoluerit, delegare velit, addita etiam ratione, quòd in venditione quæ fit ex pacto (ſic enim legendum arbitror, non vt Florent. *ex facto* quod & Cuiacius ante nos bene obſeruauit) ſuum creditor negotium gerat. Nec ſanè dici poteſt, quantopere ſe torqueant interpretes poſt Accurſium in *d.l pen.* vt reſponſum illud Papiniani cum hoc §. concilient. Neq; tamē puto quēquam adhuc dixiſſe id quod oportuit, quódque nos pro ratione decidendi ſtatim ſubiiciemus.

DEC. Multùm intereſt, an creditor pignus vendat ex pacto, id eſt, iure conuentionis vt in *leg.4.in princip ſupr.* & apud Papinianum in *d.l.penult. & in l. cum prior 3.infr.de diſtract.pignor.l.vlt.infr.de pignor.* an verò citra pactum, & iure tantùm creditoris non conuentionis *d.l.4 ſupr.* in illis verbis *ſed etſi non cōuenerit de diſtrahendo pignore, hoc tamen iure vtimur, vt liceat diſtrahere.* Vtroq; caſu creditor vendit iure creditoris, ſed priore caſu iure creditoris & conuentionis, legémq; venditionis exercet. Poſteriore verò, iure creditoris tantùm & non reluctante lege pignoris, vt loquitur *l.ſi ceſſante 7.cum ſeq.C.de diſtract. pignor.* Priore caſu venditio fit ex voluntate expreſſa creditoris, cui ſufficit vt ſoluendæ pecuniæ dies iam venerit, (nec enim aliud quicquam requiritur *arg.l cùm ſoluendæ 4. de diſtract.pignor.*) Poſteriore autem fit venditio ex neceſſitate *l. quæſitum 9.in princip.eod.titul.* Priore caſu creditor vendit per ſe, nec adhibet iudicis authoritatem, aut denūciationum & programmatum ſolemnitates, quas poſteriore caſu adhiberi neceſſe eſt, vt ritè, ac ſolemniter, & bona fide non per colluſionem facta venditio dici poſſit *l.quæ ſpecialiter 9.l.ſi in hoc 14. C.de diſtract.pignor.& tit.C ſi vend.t.pignor.agat.* Priore caſu creditor non debitoris, ſed ſuum negotium gerit, quia ius pacti ſui & ſuæ conuentionis exequitur *d.l.pen.infr. l.fideiuſſor 32.ſup.de negot geſt.* Poſteriore verò negotiū debitoris magis quàm ſuum gerere videtur, cùm id faciat ex neceſſitate, vt ab inuito debitore ſolutionem extorqueat, quam alioquin conſequi non poſſet *d.l.pen.& d.l.quæſitum 9.* Sicut & cùm in executione iudicati poſtulante creditore pignora vendūtur iuſſu & officio iudicis iudicatum exequentis, quo caſu dicimus factum iudicis eſſe factum debitoris non creditoris *l. 1.& 2.Cod.ſi in cauſ.iudic.pign. capt.ſit l ſi ob cauſam 13.C.de euict.* Deniq; quod ad rē noſtram pertinet, priore caſu creditor qui pignus conuentionis iure vendidit, & emptori fidem habuit de precio, non eò minùs tenetur ſtatim ſuperfluum precij cum vſuris reddere, priùs etiā quàm precij pecuniam perceperit, quia cùm ſuum negotium geſſerit, imputare ſibi debet, ſi malè geſſit *d.l. penult.* Senſus eſt, delegationem tunc pro iuſta præſtatione eſſe, cùm is qui delegationem offert, non alia de cauſa tenetur, quàm quòd alium habeat obligatum, vt idem Papinian. in *l.quod debetur 51.inf. de pecul.* Hîc autem creditor non tam ideò tenetur quòd emptorem habeat obligatū, quàm quia ſuum negotiū geſſerit. Poſteriore verò non tenetur, quia cùm debitoris non ſuum negotium geſſerit, eiuſmodi venditio tanquam ex neceſſitate facta non poteſt liberare debitorē niſi pecunia demum percepta *d.l. quæſitum.* Eſt autem præpoſterum vt debitor antequàm liberatus ſit, pignoratitiam habeat actionem *l.ſi rem alienam 9.§.omnis pecunia & l.ſolutū 11.ſup.* Simile eſt quod dicimus venditionē rei obligatæ transferendi in alium pignoris cauſa factam, non adimere poſteriori creditori ius offerēdi *l. cùm ſecundus 5.§.1.& l.ſeq.infr.de diſtract.pignor.l.ſi mandatū 59.§.1 infr.mandat.* Nempe quia nonniſi ex neceſſitate iuris fieri ſolet, vt idem Papinianus ait in *l.2.in fin.de diſtract.pignor.* Ergo quod in hoc §. ſcriptum eſt. Si pignus creditor vēdiderit pluris quàm debitū erat, nondum autē preciū ab emptore perceperit, non debere illum pignoratitio iudicio ad reddendum ſuperfluum conueniri, ſed vel expectare debitorem debere, aut ſi nolit expectare, mandandas ei actiones aduerſus emptorem, periculo tamen venditoris, de ea pignoris venditione accipiēdum eſt, quam creditor fecerit non ex pacto, ſed ex iuris neceſſitate, quæ venditio non niſi totâ pecuniâ ſolutâ liberat debitorē. Quā interpretationē noſtram illud adiuuat, quod nulla hîc pacti mentio fit, quo ceſſante certum eſt non poſſe fieri venditionem ex pacto: nec eò minùs tamē fieri poſſe à creditore, & quidem iure creditoris, tum quoq; cùm conuenit nihil de diſtrahendo pignore, adeóq; cùm conuēnit ne creditori liceat diſtrahere, quia nec per pactū auferri poteſt creditori facultas diſtrahendi pignoris, quod alioqui eſſet inutile: quamuis eiuſmodi pacto difficultas augeatur diſtractionis propter trinam illam denunciationem, quam præcedere neceſſe eſt, priuſquā diſtrahi pignus hoc caſu poſſit *d.l.4.ſupr.hoc tit.* Obſeruauimus quidem antehac interpretum & pragmaticorum errorem, qui venditionem pignoris à creditore factam iure creditoris confundunt cum ea, quam vel debitor ipſe fecerit, vel nomine debitoris magiſtratus poſtulante creditore. Sed nondum obſeruaramus, quod nunc docemus: aliud eſſe iure creditoris vendere, aliud verò vendere iure conuentionis. Hoc plus eſt, illud minus. Vendit iure creditoris etiam is, qui non vendit iure conuentionis, ſed ex neceſſitate iuris. At è cōtrario non vendit iure conuentionis, quiſquis vendit iure creditoris. Tametſi quiſquis emit à creditore diſtrahente iure creditoris, ſiue ius etiam conuentionis concurrat, ſiue nō, perinde fiat dominus nec de proprietate vinci poſſit *l. qui à creditore 18.& tot.tit.C.de diſtract pignor.* Pignoris iudicialis, hoc eſt, quod in cauſa iudicati capitur & diſtrahitur, alia ratio eſt, quia nō niſi præſenti pecunia vendi debet, non ſic vt poſt tempus pecunia ſoluatur *l.à Diuo Pio 15.§.ſed ſi emptor de re iudic.* quia noluit prætor es obligationibus obligationes fieri, & ex litibus deciſis nouas lites *l.4.§.ait Prætor eod.tit.* quod tamē vt plurimùm euenire neceſſe eſſet, ſi emptor pignoris iudicialis ad licitationem nulla præſenti pecunia admitteretur. Proinde in id genus pignoris dubitatio huius §. cadere nunquam poteſt, ſed tantùm in pignus conuentionale in quo prætor non ſe interponit, niſi hactenus, vt contrahentium pacta & conuentiones tueatur *l.in conuentionalib. 52. infr.de verb. oblig.* Atq; hæc quidem omnia ex mera rectáq; ratione iuris, veriſſimè, ni fallor, diſputantur. Sed tamen non facilè poſſum mihi perſuadere quæſtionē huius §. ab Vlpiano ita conceptam & explicatam fuiſſe. Explicaſſet enim haud dubiè Vlpian. extricandæ omnis dubitationis gratia, de ea pignoris venditione ſe intelligere, quæ ex neceſſitate iuris facta eſſet, de qua & Paulus in *d l.quæſitum.* Sicuti Papinian. in *d.l.pen.* de ea nominatum tractat quę ex

pacto fa-

pacto facta ſit. Deinde dictiones illæ *quidem, autem*, Triboniano certè familiariores ſunt quã Vlpiano: quemadmodum & interrogatiunculæ illæ ineptæ, quibus hic totus §. ſcatet ab illis verbis *an pignoratitio iudicio conueniri poſsit ad ſuperfluum reddendum, an verò vel expectare debeat, quoad emptor ſoluat, vel ſuſcipere actiones aduerſus emptorem?* Quid verò illud eſt, quærere, an expectare debitor debeat, quoad emptor creditori ſoluat? Quid enim ſi nunquã velit ſoluere? Quid ſi nec creditor ipſe agere, an interim prohibebitur debitor pignoratitia experiri aduerſus creditorem? Sed videamus quibus verbis Tribonia. ad quæſtionem propoſitam reſpondeat, *Et arbitror, inquit, non eſſe vrgendum ad ſolutionem creditorem.* in quo ſolutionem dixit pro reſtitutione, non enim datur pignoratitia debitori contra creditorẽ, vt ſoluat aliquid creditor, ſed tantùm vt reddat & reſtituat id, quod ex pignoris venditione plus debito accepit. *Sed aut expectare debere debitorem*, (video ναυσομανίαν) *aut ſi non expectat, mandandas ei actiones aduerſus emptorem periculo tamen venditoris.* Reliquit ergo Tribonianus in arbitrio & poteſtate debitoris, an expectare velit, necne, vt dies ſoluendi precij veniat. Quod eſt ridiculum. Nec enim iuris authoritas in poteſtate & arbitrio cuiuſquam eſſe poteſt l. 1. *§. ſed non vtique. in fin. infr. ad SC. Turpill. l. ordo 15. ad municip.* Sed quid illud eſt *ſi non expediat* pro eo quod voluit Tribonianus & debuit ſcribere *aut ſi expectare nolit.* Quanquam cùm nemo agere poſſit ſine actione *l. ſi pupilli 6. §. vlt. ſupr. de neg geſt.* & prætoris ſit actionem dare vel denegare, vt ex totius edicti perpetui contextu apparet *l. neceſſariis 57. de acquir hered. & tot. tit. infr. quar. rer.* exactio non dat, (ſic enim legẽdum eſt, non vt vulgò *actio*, vt apparet ex *l. 1. §. quæ onerandæ, & §. ſi libertatis ill. titul.*) planè non video, qua ratione poſſit quis ex ſola ſua agendi impatientia nanciſci actionem, cuius exercendæ tempus alioquin expectare deberet. Ruſum quis vnquam audiit cogi quem mandare actionem, quæ nondum competat, ac proinde quam nondum habeat? Priùs ſiquidem eſt, vt qui vult mãdare actiones poſſit petere, quàm vt eas mandet *l. quòd ſi in diem 16 §. Idem Iulianus ait de hered petit. l. ſi ea res 31. infr. de action. empt.* Delegatione in eam rem opus eſt, non mandato actionis, vt qui iam obligatus quidem eſt, ſed tamen à delegante conueniri nondum poteſt, obliget ſe nouo ſtipulatori, cui delegatio ſit, vt vel ſtatim vel poſt id tempus quod delegationi præſtitutum erit, conueniri poſſit. Et idcirco benè ac ſubtiliter Papinianus in *d. l. pen. infr. de delegatione*, non de actionibus mandandis locutus eſt. At Tribonianus ignoratione principiorum iuris delegationem & mãdatum actionum pro ſynonymis accepit. Cur verò mãdandas actiones in plurali dixit Tribonianus, cùm non niſi vnica actio ſit, eáque ex vendito, quam creditor debitori aduerſus emptorem mandare poſſit, nec id tamen priuſquam dies præſtandæ pecuniæ venerit? Nam & idem Vlpianus noſter in *l. in creditore 38. inf. de euict.* vbi ſimiliter tractat de creditore, qui pignus vendidit, ait, Re euicta teneri ſaltem actione ex empto creditorem, vt præſtet ei actionem, quam habet contra debitorem, non actiones, quia vnam tantùm habet, cõtrariam ſcilicet pignoratitiam actionem. Addit Tribonianus mandandas actiones contra emptorem periculo tamen venditoris. Quod vtique non indiſtinctè verum eſt. Illa namque diſtinctio adhiberi neceſſariò debet, an in culpa ſit creditor, puta ſi vendiderit non præſenti pecunia, & ſine fideiuſſore ei qui iam tum erat non ſoluendo, an verò diuiti emptori & idoneo, ſed lapſo poſtea facultatibus, quomodo Accurſius benè diſtinguit ex *d. l. quæſitum 9. de diſtract. pignor. l. 2. §. ſi eo tempore inf. de admin. rer. ad ciuit. pertin.* Sed illud omnium maximè ſtultũ eſt, & Triboniani inſcitiam prodit apertiùs, quod addit, vt quæſtionem hanc totam ſubtiliter, ſi diis placet, concludat. *Quòd ſi iam accepit pecuniam, ſuperfluum reddit.* Quid enim erat neceſſe hoc addere? Aut quid attinebat quærere, de quo ne anus quidem dubitaret, an debitori ſuperfluum reddere pignoratitia actione deberet creditor, qui totius precij pecuniam ab emptore pignoris accepiſſet? Imò verò propoſita quæſtio de creditore eſt, qui precium nondum acceperat, non de illo qui acceperat. Illud certè prætermittendum non eſt vulgatam lectionem & veterem valde corruptam eſſe. Sic enim habet, *Quòd ſi accepit iam pecuniam nec ſuperfluum reddidit, in pignoratitio iudicio venit.* Cùm tamen poſtrema hæc verba ſine quibus ſequentium nullus ſenſus eſt, initium conſtituant §. ſequentis. De quo iam tempus eſt, vt dicamus.

3 ¶ In pignoratitio iudicio venit, quemadmodum & ſi res pignori datas malè tractauit creditor, vel ſeruos debilitauit. Planè ſi pro maleficiis ſuis coërcuit [a], vel vinxit, vel obtulit præfecturæ, vel præſidi: dicendum eſt pignoratitia creditorem non teneri, quare ſi proſtituit ancillam [b], vel aliud improbatum facere coegit: illico pignus ancillæ ſoluitur.

*Ad §. vlt. In pignoratitio.*

RAT. n v ii. Pignoratitium iudicium non ad aliud datur debitori contra creditorem, quàm vt creditor idipſum pignus quod accepit reddat. Ideóque dicitur iudicium quod de pignore dato proponitur à Papiniano in *l. pen. infr. l. fideiuſſor 32. ſupr. de negot. geſt.* vt ſcilicet reddatur. Atqui eandem rem reddit qui rem obligatam, quamuis deteriorem factam reddit, puta ſeruum debilitatum. Non enim ob id minùs idem ſeruus eſt, qui pignori datus fuerat, quòd debilitatus reddatur. Ergo in pignoratitio iudicio non debet venire, ſi creditor res pignori datas malè tractauerit, puta ſeruos, quos ex ea cauſa debilitauerit. Dic. Non videtur reddi res obligata quæ deterior redditur *l. 3. § ſi reddita. ſupr. tit. proxim.* neque ſit ea redditio ex bona fide, cùm interceſſit factum & culpa eius qui debet reddere, niſi præterea offerat æſtimationem quanto deterior res facta eſt *l. pen. ſupr. de condict. tritic.* Imò poteſt dici dolo malo, non reddi, quod deterius redditur *l. 1. § ſi res depoſita 16. infr. depoſit. l. qui ſibi 33. §. 1. in fin. de ſolut.* Quid autem tam contrarium bonæ fidei, quæ in omnibus maximè bonæ fidei iudiciis dominatur, & conſequenter in iudicio pignoratitio, quod ex hoc numero eſt, quàm dolus malus: *l. 3. in fin. infr. pro ſocio. l. ſi*



Digitized by Google

*dolo 5. C. de reſcind. vendit.* Ergo in hoc iudicio etiam id venire debet, quo deterior facta eſt res pignorata, cùm creditoris culpa, & factum aliquod ſeu negligentia interuênit, negligentia, inquam, non quidem minima, ſed quæ in diligentem patremfamilias non caderet, quæque culpam nec latam nec leuiſſimam inducit, ſed leuem. Non enim tenetur creditor de culpa leuiſſima, ſed tantùm de leui, quia cõtractus ſit gratia vtriuſque *l. ſi cùm venderet 13. §. 1. & l. ſeq. ſupr. l. 5. §. nunc videndum ſup. tit. prox.* Multò magis tamen de lata, quæ ipſa dolus eſt, aut ſaltem propè ad dolum accedit *l. magna negligentia 226. de verb. ſignific.* Et ſanè quemadmodum impenſæ quas creditor bona fide in vtilitatem & meliorationem rei obligatæ fecit, ſunt ei reſtituendæ, vt dicemus ad *l. ſeq. ex leg. Paulus 29. §. domus. infr. de pignor.* ita & ſi qua in re deterior facta ſit, aut quia creditor in ea malè ſit verſatus, ſiue faciendo id quod non debuit, ſiue quod effectu idem eſt, nõ faciendo quod debuit, æquum eſt indemnitatem ab eo præſtari debitori actione pignoratitia directa *l. creditor 7. C. hoc tit. d. l. prox. verſ. ſicut enim. inf.* Nam ſæuitia domini quæ in propriis ſeruis culpanda eſt, in alienis eſt coercenda *l. ſi conſtante 24. §. ſi maritus in fin. infr. ſolut. matrim.* nec cuiquam permittẽdum eſt, vt re aliqua abutatur etiam ſua multò minùs vt aliena *§. ſed hoc tempore. Inſtit. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt.*

a *Planè ſi pro maleficiis ſuis coercuit.* RAT. DVB. Permittitur quidem domino ſeruum ſuum occidere ſi eum in facinore deprehenderit, aut facinoris conſcium repererit, nec eo nomine tenetur, licèt ſeruũ hunc alij debeat, ſiue ex teſtamento, ſiue ex ſtipulatione *l. quid ergo 53. §. ſi heres de legat. 1. l. qui ſeruum 96. de verbor. oblig.* Sed alij quàm domino, & in ſeruum alienum ſæuire nemini permiſſum eſt, vt modò dicebamus ex *l. ſi conſtante 24. §. ſi maritus in fi. ſolut. matrim.* Quod ſi quid malè ac perfidè à ſeruo alieno admiſſum eſt, conſuli poteſt non modò indemnitati, ſed etiam vindictæ illius qui damnum aut iniuriam paſſus eſt, ſi ſeruus detur præfecturæ, vt præfecto vrbi in vrbe, aut Præſidi in prouincia caſtigandus, aut etiam præfecto vigilum, cui datum eſt ſeruos etiam vltimo ſupplicio afficere *l. 1. de offic. præfect. vrb. l. ex omnibus 10. de offic. Præſid. l. vlt. de condict. cauſ. dat.* Ne alioqui videatur ſibi & in cauſa ſua ius dicere, vel ſine iudice ſe vindicare: quod extra caſus certos, in quibus hic non eſt, nemini facere licet *tot. tit. C. ne quis in cauſ. ſua iudic. vel ius dic. & tit. C. quando lic. vnic. ſin. iudic. ſe vindic.* Atqui creditor pignoratitius pignoris dominus non eſt, nec eſſe poteſt, manente pignore, vt ſępius diximus ex *l. neque pignus 45. de reg. iur. l. pen. §. 1. ad fin. infr. de except. rei iudic. l. ſi rem alienam 29 infr.* Ergo ſi ſeruum pignoratum pro maleficiis ſuis coercuerit, vel vinxerit creditor, dicendum eſt actione pignoratitia directa eum teneri.

DEC. Creditor licèt non ſit dominus pignoris, tamen vice & loco domini quodammodo eſt, tanquã ipſius procurator in rem ſuam *l. ſi pignori 29. in fin. ſup. famil. erciſc.* facereque non tantùm poteſt, ſed etiam debet in pignore quicquid dominus, & diligens alius quilibet paterfamilias facturus eſſet *l. ea igitur 14. ſupr. hoc tit.* Atqui diligens paterfamilias non pateretur impunitum eſſe delictum quod ſeruus admiſiſſet: pertinet enim id ad vtilitatem non modò publicam, ſed etiam priuatam dominorum, ne ſeruorum delicta impunita remaneant, & vt ſeruilis ingenij nequitia coerceatur. Quam in rem modica caſtigatio non eſt deneganda domino *l. vlt. C. an ſeruus pro ſuo fact.* dum ne nimia ipſius ſæuitia arguatur *l. 1. & 2. ſupr. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt. d. §. ſed tempore. Inſtit. eod.* Adeò vt etiam ex cauſa, & pro qualitate admiſſi atque atrocitate delicti poſſit impunè ſeruum occidere *d. l. qui ſeruum 96. de verb. oblig. dict. l. quid ergo 63. §. ſi heres de leg. 1.* Ergo neque creditori caſtigatio leuior deneganda eſt, quia non magis ei quàm domino licèt contra ſeruum agere ſiue ciuiliter ſiue criminaliter *l. cum ſeruo 107. de reg. iur. & d. l. vlt. C. an ſeruus ex ſuo fact.* Et abſurdum eſſet permitti ſeruo pignorato, vt noceat creditori impunè, cùm datus ei ſit, vt magis cautum haberet creditor. Nec habet debitor quod cõqueratur, qui etiam indemnitatem præſtare deberet creditori, per actionem contrariam pignoratitiam ſi quid damni ex ſerui pignorati malitia & improbitate creditor paſſus eſſet *l. ſi ſeruus pignori 31. infr. l. ſi ſeruus 61. §. quod verò. infr. de furt.* An non ergo vtilius eſt debitori eidémque domino ſerui pignorati, vt delinquentem ſeruum creditor conueniat domi, quomodo loquuntur Impp. in *d. l. vlt. C. an ſeruus pro ſuo fact.* quàm vt debitor ipſe eo nomine pignoratitia actione contraria conueniatur? Cùm itaque hoc faciat creditor ex domini voluntate, ac veluti mandato, adeóque iure permittente, nihil cauſæ eſt cur ex eo facto quaſi malè verſatus in pignore pignoratitia actione directa teneatur. Sufficit enim factum quid eſſe lege permittente, vt pœnam non mereatur *l. Gracchus 5. C. ad leg. Iul. de adult.* Planè non dubitatur, quin non modò modeſtiùs, ſed etiam tutiùs creditor facturus ſit, ſi ſeruum delinquentem præfecturæ, ac Præſidi caſtigandum tradat, quàm ſi ipſe caſtiget, vel ob hoc ipſum ne quæſtioni locum relinquat, an ſupra modum ſæuierit, quæ res iuſtam querelæ occaſionem creditori daret: quomodo & inter virum & vxorem diſputari aliquando ſolet *d. l. ſi conſtante. §. ſi maritus ſolut. matr.*

b *Quare ſi proſtituit ancillam.* RAT. DVB. Nihil tam naturale eſt, quàm vnumquodque diſſolui eo modo quo colligatum eſt *l. prout 80. de ſolut. l. nihil tam naturale 35. de regul. iur.* Atqui pignus non niſi conſenſu & voluntate debitoris & creditoris interueniente contrahitur *l. 1. ſupr.* & quidem quò magis cautum ſit creditori eius pecuniæ nomine quæ debetur, quouſque ſolutum ei ſit, aut aliter eo nomine ſatisfactum *l. ſi rem alienam 9. §. omnis pecunia. & l. ſolutum 11. ſup.* Adeò vt nec ei proſit ad habendam actionem pignoratitiam, quòd creditori aliter quàm per ſolutionem ſatisfacere paratus ſit, ſi non etiam ſatisfecerit *l. item liberatur 6. §. qui paratus. infr. quibus mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* Ergo non eſt hic legitimus modus ſoluendi pignoris, ſi creditor pignoratitius ancillam pignoratam proſtituerit, aut quid aliud improbatum eam facere coegerit. Neque verò modus hic computatur inter cæteros, qui proponuntur in *tit. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* Satíſque eſſe debet domino, eidémque debitori, quòd ſi creditor ancillam proſtituerit, aut quid aliud turpe & contra bonos mores facere coegerit, habet eum per actionem pignoratitiam directam obligatum, tanquam qui malis iſtis actibus rem pignoratam corruperit, & deteriorem fecerit *l. 1. §. perſuadere, & §. vlt. & l. 2. & paſſ. ſupr. de ſeruo corrupt.*

DECID. Contractus pignoris bonæ fidei eſt, vt ſæpius diximus. Non poteſt autem videri factum ex bona fide, quod turpiter & contra bonos mores factum eſt, contráque verecundiam & publicam honeſtatem *l. filius 15. & l. præced. infr. de condit. inſtit.* cui

legiſlator ciuilis tantùm defert, vt primùm iuris præceptum conſtituatur in honeſtè viuendo *l. iuſtitia 10. §. 1. ſupr. de iuſtit. & iur.* Adeò vt neque ſtipulationes turpes vllius omnino ſint momenti, nec vlla ſit neceſſaria doli exceptio ad actiones ex iis elidendas, ſed omnimodo Prætoris officio contineatur, vt ex eis actionem deneget *l. generaliter 26. & l. ſeq. l. ſtipulatio hoc modo concepta 61. de verb. oblig. l. ex eo 4. C. de inutil. ſtipulat.* Idémque in condicionibus turpibus iuris eſt, vt eas prætor ab initio remittere debeat, habendo eas non pro impletis, ſed pro nō implendis *l. condiciones 14. & ſeq. l. quæ ſub condicione 8. de condic. inſtit. l. facta 63. §. ſi ſub condicione. infr. ad SC. Treb.* Atqui turpiſſimè facit creditor, qui ancillam ſibi pignoratam proſtituit, aut ad tale quid aliud probroſum admittendum compellit. Meritò igitur ciuilis legiſlator conſtituit, vt pignus hoc caſu ipſo iure ſoluatur, ne iuris vinculum ſupereſſe aliquod videatur, vbi honeſtas publica læditur. Nam ſi non licèt creditori vti pignore, quia hoc ipſo furtum committat *l. ſi pignore 54. infr. de furt.* quamuis hoc ſolum ad ſoluendum pignus nō ſufficiat, quantò minùs permittendum ei eſt, vt abutatur contra debitam legibus & honeſtati verecundiam? Quidni autē ex hac cauſa pignus ſoluatur, cùm etiā dominica & patria poteſtas tollatur, ſi tale quid pater filiæ aut dominus ancillæ imperet? *l. ſi lenones 12. C. de epiſcop. audient. l. lenones 6. C. de ſpectacul. & lenon lib. 11. tit. 40. l. fœdiſſimā 7. Cod. de poſtlim. reuerſ. & redempt.* Indignus enim pater eſt, indignus dominus, qui poteſtatem illam in liberos vel ſeruos retineat, qua tam turpiter improbè ac impiè abutatur. Quamquam non tam ex mera iuris ratione illud fit, quàm ex ſupradictis Impp. conſtitutionibus, quod in ſpecie huius §. diuerſum eſt.

25. IDEM libro 31. ad Edictum.

SI ſeruos pigneratos artificiis inſtruxit creditor: ſi quidem imbutos, vel voluntate debitoris, erit actio contraria: ſi verò nihil horum interceſsit, ſi quidem artificiis neceſſariis, erit actio contraria. non tamen ſic, vt cogatur ſeruis carere pro quantitate ſumptuum debitor, ſicut enim negligere creditorem dolus & culpa, quam præſtat, non patitur: ita nec talem efficere rem pigneratam, vt grauius ſit debitori ad recipiendum. putà ſaltum grandem pignori datum ab homine, qui vix luere poteſt, nedum excolere: tu acceptum pignori excoluiſti ſic, vt magni pretij faceres, alioquin non eſt æquum, aut quærere me alios creditores, aut cogi diſtrahere, quod velim receptum, aut tibi penuria coactum derelinquere. mediè igitur hæc à iudice erunt diſpicienda: vt neque delicatus debitor, neque oneroſus creditor audiatur.

B.

*Ad l. Si ſeruos 25.*

Proponuntur in hac lege tres caſus de impenſis à creditore pignoratitio in rem obligatā factis. Duo priores ſunt de impenſis vtilibus & permanentibus, tertius de neceſſariis. Priores duo de ſumptibus à creditore factis ex domini eiuſdémque debitoris voluntate vel tacita vel expreſſa, vt Accurſius bene obſeruat. Ex tacita, ſi ſeruos iam imbutos, id eſt, vt ille interpretatur, imbui cœptos artificiis inſtruxerit. Videtur enim facere ex domini voluntate quiſquis id facit, quod dominus facere conſueuit *l. 5. §. cuſtodiam. verſ. ſed an etiam hominis. ſup. tit. prox. l. vel vniuerſorum 12. ſupr. hoc tit. l. item ſi 7. aliàs l. ſed Iulianus. §. quod dicitur. infr. de SC. Maced. l. Iulianus 13. §. præterea 12. de action. empt. l. ſi tamen 48. §. ei qui de adulr. edict.* rebus ſcilicet in eodem ſtatu manantibus, vt Bartolus limitat ex *l. cùm quis 38. l. ſi cùm Cornelius 82. in fin. de ſolut.* & dummodò voluntas iam ad effectum perduci cœperit, non aliter ex *l. 1. §. ſi defunctus. infr. de rebus eor. qui ſub tutel.* Ex voluntate verò expreſſa, ſi fortè mandauerit creditori, vt eos inſtrueret, vt in *l. 3. §. ſed ſi mutua. infr. de in rem verſ.* Tertius verò de ſumptibus factis citra vllam debitoris voluntatem ſiue expreſſam ſiue tacitam, ſed tamen neceſſariis, id eſt, qui ſi facti non eſſent, res aut peritura fuerat aut ſaltem deterior futura. Hæc enim neceſſariarum impenſarum definitio eſt *l. impenſa 79. de verb. ſignif. l. 4. l. impenſa 14. de impenſ. in reb. dotal. fact.* Priores duo caſus nullam prorſus habent dubitationem, quin creditori à debitore per contrariam actionem pignoratitiā reſtitui debeant indiſtinctè, quia & illud indiſtinctè verum eſt, nullam videri poſſe factam iniuriam ei qui ſemel voluit *l. in diem 9. §. 1. de aqua & aquæ pluu. arcend.* ſibique debet imputare cur voluerit. Sed tertius caſus dubitabilis eſt, de impenſis neceſſariis à creditore in pignus factis nulla interceđente domini voluntate, ſi fortè creditor eas per pignoratitiam contrariam omnino velit repetere, quamuis tam ingentes proponantur, vt iis reddendis impar ſit debitor, & ſeruis ſuis, ni omnes reddat, carere cogatur. Ait autem Vlpianus ſequendum eſſe hoc temperamentum, vt pro iis quidem impenſis danda ſit pignoratitia contraria, ſed non vſque adeò abſolutè, vt cogendus ſit debitor re ſua carere, & ad reddendas impenſas, ſeruos ipſos, in quos factæ ſunt, vendere.

RATIO DVBIT. Impenſæ neceſſariæ illæ ſunt, vt modò diximus, quæ ſi factæ non fuiſſent, res omnimodo vel peritura vel deterior futura erat. Ideóque dicuntur minuere dotem quantumuis fauorabilem, non quidem ipſa in re niſi cùm dos pecuniaria eſt, (abſurdum enim eſſet dicere corporum diminutionem ipſo iure fieri propter pecuniam *l. quod dicitur 5. de impenſ. in reb. dotal. fact.*) ſed tamen ipſo iure *l. ſi is qui Stichum 56. § quod dicitur. infr. de iur. dot. l. dote relegata 5. de dot. releg.* Quidni ergo minuent etiam pignus, adeóque ita vt totam eius æſtimationem abſorbeant? Alioqui pateretur damnum & iniuriam creditor, cui minus reſtitueretur, quàm ipſe in rem pignoratam non tantùm bona fide, ſed etiam neceſſariò impendiſſet. Cùm è contrario nulla fiat in-

iutia domino eidémque debitori, cui liberum eſt ſe exonerare, ſi modò velit pignore carere, & rem derelinquere *l. ſed an vltro* 10. §. 1. *ſupr. de negot. geſt. l. is cum quo* 7. §. 1. *de aqua & aqua pluu. arcend.* Nulla enim res ſiue animata ſiue inanimata onerare vnquam dominum vltrà quàm quanti eſt, poteſt *l. Prætor ait* 7. §. *hoc edictum, de damn. infect.*

Decid. Impenſa, quæ ab initio fuit neceſſaria, talis eſſe deſinit, ſtatim atque ad eam vſque quantitatem aſcendit, quæ pluris ſit, quàm quanti res ipſa eſt. Ita enim fit, vt tota res domino pereat, ſi ad totius impenſæ quantumlibet neceſſariæ reſtitutionem vrgeatur. Quænam enim dominij vtilitas eſt, quòd per eiuſmodi impenſam neceſſariam res ſalua facta ſit, ſi domino ipſi perierit? Aut quid eius intereſt, an abſolutè perierit, an ſoli domino? Cui certè grauius eſt videre rem ſuam prætextu impenſarum tranſlatam in creditorem, quàm ſi ob non factas impenſas tota res abſolutè periiſſet *arg. l. cùm oportet* 6. *verſic. ſic etenim. C. de bon. quæ liber. l. lex quæ tutores* 22. *verſ. & tolerabilius. Cod. de admin. tutor.* Neque verò ex bona fide eſt, vt creditor prætextu impenſæ neceſſariæ pignus ſibi retineat, quod ab initio ea lege accepit, vt redderet, quod nec bonæ fidei poſſeſſori permittitur, qui in alienam rem impenſas bona fide fecit etiam neceſſarias *l. in fundo* 38. vbi diximus *ſupr. de rei vindic.* Fateor non poſſe imputari creditori, cur in pignus impenderit, qui ſi neglexiſſet impendere, de dolo aut ſaltem de culpa leui eo nomine ſe obligaſſet *l. quemadmodum* 29. §. *magiſtratus. ſupr ad leg. Aquil.* Sed non debet eo prætextu talem facere rem pignoratam, vt grauior fiat debitori pignoris luitio. Id enim iam extra & contra bonam fidem eſt. Adfert autem exemplum Vlpianus, ſi ſaltum grandem pignori dederit debitor tam pauper, vt vix luere vnquam poſſit, nedum excolere. Creditorem verò, acceptum eum pignori ſic excoluiſſe, vt magni pretij fecerit. An non iniquiſſimum ſit in eas anguſtias redigi miſerum debitorem, vt vel nouos creditores quærere cogatur, & verſuram facere, quod vix vnquam vtile, ſemper verò ferè inhoneſtum eſt, vel pro immoderatis ſumptibus pignus diſtrahere, quod receptum & recuperatum velit, vel denique penuria coactum, rem obligatam creditori derelinquere, quod magis miſerum, vt diximus, ac onerosum eſt. Erunt igitur, inquit Vlpianus, omnia hæc mediè diſpicienda & temperanda arbitrio boni iudicis, pro perſonarum, rerum, temporum, & locorum qualitate *d. l in fundo*, vt neque delicatum debitorem audiat, qui colore paupertatis velit magnum ex damno creditoris lucrum ſibi comparare, neque onerosum creditorem, qui pro immodicis impenſis ne quid ex iis amittat, totum pignus velit ſibi acquirere & retinere. Itaque eliciet bonus iudex & eliget ex duobus contrariis medium temperamentũ, vt Accurſius hîc notat ex *l. 1. & l. 2. §. ſi quis tamen ſupr. ſi quis caution. l. Quintus* 7. *in fin. infr. de ann. legat. l. continuus* 137. §. *cùm ita. verſic. item qui inſulam. de verb. oblig l. quod dicimus* 105. *inf. de ſolut.* Obſeruandum autem eſt loqui Vlpianum in hac lege de impenſis ſiue neceſſariis, ſiue vtilibus (nec enim ſeruos artificiis aut diſciplinis inſtruere neceſſe eſt, ſed vtile) quæ quoniam ad animi & ingenij culturam pertinent, tolli nullo modo poſſunt. Nam ſi tolli poſſent, permittendum eſſet creditori, cui non omnes præſtarentur, cæteras tollere quæ ſine detrimento rei tolli poſſent *d. l. in fundo & l. præced. iunct. l. ſin autem* 27. §. *vlt. & ll. ſeqq. ſupr. de rei vindic. l. vtiles* 39. *in fin. de hered. petit. l. domum* 5. *C. de rei vindic. d. l. Iulianus* 13. §. *præterea. infr. de action. empt.*

16. Idem libro 3. Diſputationum.

NOn eſt mirum, ſi ex quacunque cauſa magiſtratus in poſſeſsionem aliquem miſerit, pignus conſtitui: cùm teſtamento quoque pignus conſtitui poſſe[2], Imperator noſter cum patre ſæpiſsime reſcripſit.

*Ad l. Non eſt mirum 16.*

Rat. dubit. Non valet pignus rei alienæ, niſi quod conſtitutum ſit ſaltem ex domini voluntate *l. aliena rei* 20. vbi diximus *ſupr.* Atqui pignus quod à prætore, alióve magiſtratu conſtituitur, quodque ideò Prætorium appellamus, de quo in *tit. C. de prætor. pignor.* non niſi in re aliena conſtitui poteſt, nec enim bona, in quorum poſſeſſionem Prætor mittit, ſunt Prætoris, ſed vel Titij vel Semproni, nec magiſtratus quiſquam poteſt dominum ſe dicere bonorum, quæ ad priuatos pertinent *l. magiſtratib.* 12. *ſup. de iuriſdict. l. quemadmodum* 29. §. *pen. ad leg. Aquil. l. nec magiſtratibus* 32. *infr. de iniur.* Multò minùs dici poteſt eiuſmodi pignus valere propter concurrentem domini voluntatem, cùm & ius & iudicium æquè reddatur in inuitum *l. inter ſtipulantem* 83. §. 1. *de verb. oblig.* Agimus enim cum inuito, ſed non contrahimus cum inuito, quamuis dici ſoleat, quod & verũ eſt, ſed alio ſenſu, in iure & iudicio quaſi contrahi *l.* 3. §. *idem ſcribit. infr. de pecul. l. delegare* 11. §. 1. *l. aliam* 29. *de nouat. & delegat.* Ergo pignus à Prętore alióve magiſtratu conſtitui nullum poteſt.

Dec. Quemadmodum reſpublica domina eſt, & bonorum & perſonarum omnium quæ ſunt in republica, quia reipublicæ prius quàm nobis aut parentibus noſtris omnes naſcimur *l. 1. §. & generaliter* 15. *infr. de ventr. in poſſ. mitt.* adeò vt nemo ſe dominum membrorum ſuorum poſſit dicere *l. liber homo* 13. *in princ. ad legem Aquil.* ita & lex qua nihil maius, nihil dignius potentiúſve eſt in republica, ſine qua nec vlla ſtare reſpublica poſſet *l. 1. & 2. l. legis virtus* 6. *ſup. de legib.* Atqui lex imperat, vt in republica ſint magiſtratus, qui ſingulis ius dicant, qui iura reddant in ciuitate, maximè verò Prætores, qui ſunt veluti viua vox iuris ciuilis *l. nam & ipſum* 8. *ſup. de iuſtit. & iur. l. 2. § poſtea ne diutiùs, & §. quod ad magiſtratus cum ſeqq. de orig. iur.* Ergo etiam ad Prætores alióſque magiſtratus pertinet, quorũ ea iuriſdictio eſt, vt quoties ius & æquitas id ſuggerit, pignus conſtituere poſſint in rebus priuatorum, putà rei ſeruandæ cauſa, ſi fortè debitor latitet, nec à quoquam defendatur, ne contra eum ſequi condemnatio poſſit. Nam cùm actionum omnium inſtituendarum principium ab ea parte edicti proficiſcatur, quæ eſt de in ius vocando, vt Iuſtinianus ſcribit in §. *omnium. Inſt. de pœn. temer. litig.* qui autem latitat, vocari in ius non poſſit, quia vocatio fiebat per corporalem prehenſionem, vt ſcripſimus ad *tit. de in ius vocan.* conſequens eſt, vt aduerſus latitantem non alio remedio ſuccurri creditoribus

ditotibus

ditoribus poſſit, quàm vt mittãtur in poſſeſſionem bonorum debitoris, atq; ita in iis bonis pignus prętorium conſtituatur, vt iiſdem poſtulantibus, ea bona poſtea vendantur, & ex precio creditoribus ſatisfiat *tot. tit. quib. ex cauſ. in poſ. eat. & de reb. author. iudic. poſſid.* Aliud exemplũ prætorij pignoris eſt, cùm legatorum vel fideicommiſſorum ſeruandorũ gratia mittuntur legatarij vel fideicommiſſarij in poſſeſſionem bonorum defuncti ex *tit. vt in poſſeſ. legat. vel fideic. ſeruand. cauſ. eſſ. liceat. l. creditoribus 4. §. 1. de ſeparat.* qui locus de hoc pignore prętorio accipiẽdus eſt, non de tacita, vt Bartolus putat hypotheca: nam cùm olim & ante Iuſtiniani conſtitutionem, quæ extat in *l. 1. C. commun. de legat.* nulla pro legatis & fideicommiſſis tacita hypotheca competeret, neceſſarium erat auxilium pignoris prætorij, vt legata vel fideicommiſſa etiam condicionalia in tuto collocarentur, & eueniente quandocunque condicione præſtari poſſent. Nec enim poterat iis conſuli ſimul cum cæteris creditoribus, quia legatarius vel fideicommiſſarius condicionalis nõ eſt creditor ne quidem condicionalis, ideoque nec quicquam tranſmittit ad heredem *l. is cui 42. de oblig. & act.* quòd in ſtipulatore condicionali diuerſum eſt *§. ex condicionali. Inſtit. de verb. oblig.* Neque verò mittuntur legatarij vel fideicommiſſarij in poſſeſſionem in pœnã latitantis heredis, vt cæteri creditores in bona latitantis debitoris, ſed vt voluntati teſtatoris ſatisfiat niſi ſatisdare paratus ſit heres cuiuſcunque dignitatis ſit, & quarumcunque facultatum *l. 1. & tot. tit. vt legat. ſeu fideic. ſeruand. cauſ. caueat.* Proinde cùm hodie ex ſupradicta Iuſtiniani lege legatarij & fideicommiſſarij omnes tacitam hypothecam habeant, poteſt defendi nullam amplius ſupereſſe neceſſitatem, aut æquitatem retinendi pro legatis vel fideicommiſſis prætorij pignoris *l. is cui 5. § qui legatorum vt in poſ. legat. ſeruand. cauſ.* Tertium exemplum eſt, ſi ventris nomine miſſio in poſſeſſionem facta ſit, ex illa parte edicti quæ eſt de *ventr. in poſ. mitt.* Sunt enim hæ tres ferè cauſæ a quibus miſſio fieri ſolet in poſſeſſionem bonorum, ſcilicet vniuerſorum: nam ex cauſa damni infecti ſi non caueatur, miſſio quidem fit in poſſeſſionem, ſed eius tantùm rei in qua damnum timetur, vt ſcriptum eſt in *l. 1. quib. ex cauſ. in poſ. eat.* Nec minùs ſi miſſio in poſſeſſionem ex cauſa damni infecti animo conſtituendi pignoris, quamuis non fiat in ordine ad venditionem, ſed vt is qui miſſus eſt in poſſeſſionem damni infecti nomine, ſi duretur non caueri, poſſit fieri dominus bonitarius ex ſecũdo decreto quo iubetur ſibi poſſidere, poſtea futurus quiritiarius ſi vſucapio ſequatur *l. 5. §. 1. de reb. cor. qui ſub tutel.* Vbi quod additur *vt procedat iuberi etiam poſſideri poterit*, mendoſum mihi videtur, malóque legere *ſi procedat* ſcilicet pignus, nolente nimirum vicino cauere *l. Prætoris 5. l. ſi finita 15. §. Iulianus. infr. de damn. infect.* Eſt tamen hoc commune omnibus qui in poſſeſſionem miſſi ſunt, ſiue rei ſeruandæ cauſa, ſiue legatorum, ſiue ventris, ſiue damni infecti nomine, quòd non verè poſſident, ſed habent tantùm cuſtodiam & obſeruationem rerum *l. cùm legatorum 12. quib. ex cauſ. in poſ. eat. l. 3. §. vlt. de acq. poſ. l. ſi in princip. vt in poſſeſ. legat. l. 5. §. creditores. infr. vti poſſid.* Prætorium igitur pignus eſt, quod ex Prætoris imperio & authoritate conſtituitur, ſicut & iudiciale quod in executione iudicati capitur à iudice iudicatum exequente, de quo in *l. à Diuo Pio 15. de re iudic. & in tit. C. ſi in cauſ. iudic. pign. capt. ſit.* Vtrumque tamen ſub Prætorij appellatione comprehendi voluit Iuſtinian. in *l. 2. C. de pignor. prætor.* vbi duplicem tantùm pignoris ſpeciem agnoſcit, Conuentionalis & Prætorij. Ideò fortaſſis quod iudiciale quoque pignus ex prætoris authoritate capi videtur, poſteaquàm à Diuo Pio reſcriptum eſt magiſtratibus populi Romani, vt iudicum à ſe datorum ſententias exequantur *d. l. à Diuo Pio.* non quaſi Prætor ipſe in executione iudicati capiat pignora, ſed quia ad hoc ipſum dat iudicem pro exequendo iudicato, vt quiuis intelligat authoritate ipſius fieri executionem, nõ iudicia pedanei ad hoc dati: nec immeritò, cùm ſententiæ vigor in executione conſiſtat *l. pen. Cod. de execut. rei iudic.* Sunt tamen pleræque differentiæ inter pignus prætorium & iudiciale, ſicut & inter pignus prætorium & conuentionale, quas nos latiùs proſecuti ſumus in libris Coniecturarum, neq; hîc repetere attinet. Hoc tantùm notare placet adeò verum eſſe quod Vlpianus hîc ſcribit, Pignus à magiſtratu conſtitui poſſe, vt maioris poteſtatis illud ſit, quàm ſi ex domini voluntate per pactionẽ conſtitutum eſſet, nimirum propter interuenientẽ magiſtratus & iudicis authoritatem *d. l. 3. §. 1. infr. de reb. cor. qui ſub tutel.* vbi hanc ob cauſam ſcriptum eſt, pignori capi iuſſu magiſtratus vel Prȩſidis, vel alterius poteſtatis, & diſtrahi fundum pupillarem poſſe: ſed & in poſſeſſionem mitti rerum pupillarium à Prætore quem poſſe, & ius pignoris contrahi ſiue legatorum ſeruandorum cauſa, ſiue damni infecti nomine. Has enim obligationes & alienationes locũ habere, quia non ex tutoris vel curatoris voluntate fiunt, ſed ex magiſtratuum authoritate.

a *Cùm teſtamento quoque pignus conſtitui poſſe.* RAT. DVB. Teſtator plus facere poteſt quàm Prætor, aliuſve magiſtratus quilibet. Poteſt enim teſtator facere non modò ius, ſed etiam legem *§. diſponat Nouell. 22. de nupt. l. verbis legis 120. de verb. ſignif.* vnde & teſtamenti factio dicitur iuris publici in *l. 3. infr. qui teſtam. facer. poſ.* At neque Prætor, neq; alius vllus magiſtratus legem facere poteſt *§. quos autem. Inſtit. de bonor. poſ.* adeòque nec Senatus ipſe, ſed tantùm ſimilem legi conſtitutionem, vt ibidem ſcriptum eſt. Non enim ambigitur quidem Senatum ius facere poſſe *l. non ambigitur 9. ſupr. de legib.* At ius facere multò minùs eſt, quàm facere legem. Nam & prætor ius facit *l. nam & ipſum ius 8 de iuſtit. & iur.* Ergo non eſt bona conſecutio & ratiocinatio Vlpiani, vt pignus à magiſtratu conſtitui poſſit, quia & à teſtatore poteſt. Nec enim valet argumentum à maiori ad minus affirmatiuè, ſed negatiuè tãtùm. Sicut è contrario à minori ad maius non valet negatiuè, ſed affirmatiuè duntaxat.

DEC. Magiſtratus omnes ſunt legum, & iuris ciuilis executores, & quamuis non poſſint legem facere, faciunt tamen ex præſcripto & authoritate legum quod faciunt, ideóque tantam poteſtatem habent, quantam lex ipſa, cuius viuam quodammodo vocem repræſentant, vt ſuprà dicebamus ex *d. l. nam & ipſum 8. de iuſtit. & iur.* Itaque non minoris ſunt poteſtatis & authoritatis, quàm teſtator quilibet. Imò tantò maioris quod perſonam publicam gerunt, & officium publicum exercent. Teſtatoris autem perſona priuata eſt, cui nec legem facere licet, niſi ex mera legis indulgentia, legis ſcilicet duodecim tabularum, quæ teſtamentorum ius confirmauit iis verbis, *Paterfamilias vti ſuper ſua re legaſſit*, id eſt, vt alibi interpretati ſumus, *legem fecerit, ita ius eſto dict. l. verbis legis.* Quod autem magiſtratus facit, non ex indulgentia legis facit, ſed *propter vim imperij*, vt Pau-

lus loquitur in *l.cùm Prætor 12.§.1.ſupr.de iudic.* quamuis imperium illud habeat à lege & à populo qui ſolus legem facere poteſt. Habent enim magiſtratus omnes hãc poteſtatem iure magiſtratus, niſi ſi quid eis ſpecialiter lege, vel Senatuſconſultis vel Principum conſtitutionibus tributum ſit *l.1.ſup.de offic.eius cui mandat.eſt iuriſd.* Quidni ergo magiſtratibus licebit, quod etiam priuato cuilibet teſtatori conceſſum eſt, vt pignus teſtamẽto conſtituere poſſit? nam teſtamento conſtitui pignus poſſe non dubitatur *l.Lucius 12.inſr.de alim.legat.* Nõ ergo in codicillis, quia non continent ſolemnem volũtatem, niſi cùm ſunt teſtamentarij quo caſu vires capiunt ex teſtamento *l.2.§.1.de iur.codicill.* Ratio tamen dubitandi illa afferri poteſt ad hunc verſiculum, quòd pignus non conſtituatur, niſi vel conuentione vel traditione *l.1.ſupr.* quorum tamen neutrum in teſtamento interuenit. Sed decidẽdi ratio eſt, quia poteſt teſtator rei ſuæ quam vult legẽ dicere, adeóque rei ſuæ dominium etiam poſt mortẽ ſuam citra traditionẽ transferre *l.1.in fin. & l.2.ſupr.de public.in rem act.l.legatum 80.de leg.2.* Quantò magis nudũ pignus conſtituere?

1 ¶ Sciendum eſt, vbi iuſſu magiſtratus pignus conſtituitur, non aliàs conſtitui, niſi ventum fuerit in poſſeſsionem.

*Ad §.1.Sciendum eſt.*

Ratio dubit. Miſſio in poſſeſſionem vice traditionis eſt, quia ſemper incipit Prætor à miſſione in poſſeſſionem, vt poſſeſſionem trãsferat, ſine qua nihil in re aliena fieri poteſt, præſertim verò cùm id agit Prætor, vt dominium bonitarium in aliquem transferat (Quiritiarium enim non magis transferre poteſt, quàm legem facere *§.quos autem. Inſtit.de bonor.poß.iunct.§.vlt.de hered.qualit.& differ.*) aut pignus: vtrumque enim traditionem requirit regulariter, niſi quod ad conſtituendam hypothecam ſufficit nuda conuentio, nec tranſlatio poſſeſſionis neceſſaria eſt *l.1.ſupr.l.cùm & ſortis 35.§.1.infr.iunct.l.ſi rem 9.§.propriè ſupr.* Atqui plus poteſt facere magiſtratus quàm teſtator propter authoritatem quam habet à Republica, vt proximè diximus. Teſtator autem pignus in teſtamento ſuo conſtituere poteſt nuda voluntate, adeoque etiam abſente creditore *l.Lucius 12.infr.de alim.& cibar.legat.* Ergo & pignus prætorium multò magis conſtitui poterit ſola voluntate & authoritate Prætoris, priùs etiam quàm ventum ſit in poſſeſſionem.

Decid. Pignora ſicut & dominia à naturali poſſeſſione cœperunt *l.1.infr.de acquir.poſſeß.* Vnde & pignoris nomen deductum eſt, quaſi à pugno *l.plebs eſt 238.§.pignus de verbor.ſignific.* Vt verò cœperit pignus poſſe conſtitui nuda conuentione, factum poſtea eſt à Prætoribus ad publicam hominum & commerciorum vtilitatem reſpicientibus *§.Item Seruiana.Inſtit.de action.* Atqui cùm Prætor ſe interponit in conſtituendo pignore ſiue prætorio ſiue iudiciali, nihil aliud agit, niſi vt ſuppleat & repræſentet factũ debitoris, vt pignus à magiſtratu conſtitutum, à debitore ipſo conſtitutum videatur *l.ſi ob cauſam 13.C.de euict.* Id enim eſt quod iactari ſolet factum Prętoris aut iudicis eſſe factum partis, & in vicem iuſtæ obligationis ſuccedere authoritatem iubentis, vt ſcriptum eſt in *l.1.C.ſi in cauſ.iudic.pign.capt.ſit.* Iuſta autem obligatio pignoris, id eſt, iure ciuili non prętorio introducta, vt in *l.nunquam nuda 31.de acqu.rer.domin.* illa eſt, quæ per intercedentem traditionem contrahitur. Neceſſe igitur eſt, vt Prętor aliquid faciat in conſtituendo pignore prætorio, quod ſit vice traditionis. Eiuſmodi porrò eſt miſsio in poſſeſſionem, quam traditioni æquipollere conſtat *l.4.§.duas ergo res & ſeq.l.Prætoris 5.& paß.de damn.infect.* Nihil porrò refert quid ex æquipollentibus fiat *l.vlt.§.1.infr.mandat.l.mulier 22.§.Braſidas ad SC.Treb.* Cur ergo aliud eſt, inquies, in pignore iudiciali, quod non per miſsionem in poſſeſſionem conſtituitur vt prætorium, ſed per ſolam capionem *dict.l.à Diuo Pio per tot.de re iudic.* Reſpondeo, Imò verò capionem pignoris iudicialis pro traditione eſſe. Quid enim aliud eſt tradere, quàm facere, vt corporalem poſſeſsionem quam quis habet, alius capiat? Sed differentiam in eo tantùm eſſe, quòd in pignore prætorio conſtituendo nulla ſit capio pignoris, ſed in iudiciali tantùm. In iudiciali verò nulla miſsio in poſſeſsionem, vt in prætorio, ſed tantùm capio, nempe quia Pretorium conſtituitur ad dandam cuſtodiam, & obſeruationem bonorum, quæ porrò non aliter dari poteſt, quàm ſi actor mittatur in poſſeſsionem *l.3.§.vlt.de acquir.poſſ.l.cùm legatorum 12.de reb.author.iudic.poſsid.* vt tædio longæ poſſeſsionis extorqueat cautionem vel ſolutionem *d.l.4.§.ſi duretur & paſſ.de damn.inf.l.is cui 5.in princip.infr.vt in poſſeſſ.legat.vel ſideic.ſeruand.cauſ.* At pignus iudiciale non capitur, niſi vt ſtatim diſtrahatur, & quidem præſenti pecunia *d.l.à Diuo Pio.§.ſi pignora.§.ſed ſi emptor & paſſ.de re iudic.* Vt autem venditio fiat ex eiuſdem magiſtratus authoritate, ex qua & capio fit, non eſt neceſſaria miſſio in poſſeſſionem, quæ etſi non eſſet impedimento venditioni, *Tit.de reb.author.iudic.poſsid.* venditionis tamen differendæ & retardandæ cauſam ac materiam præberet. Iunge *l.cùm vnus 12.de reb.auth.iudic.poſsid.* vbi dicitur pignus prætorium acquiri non tantùm perſonæ creditoris poſtulantis ſe mitti in poſſeſſionem, ſed creditoribus omnibus quaſi in rem facta conceſſione.

27. Idem libro 6.Opinionum.

PEtenti mutuam pecuniam creditori, cùm præ manu debitor non haberet, ſpecies auri dedit, vt pignori apud alium creditorem poneret: ſi iam ſolutione liberatas, receptáſque eas, is, qui ſuſceperat, tenet: exhibere iubendus eſt. quòd ſi etiam nunc apud creditorem creditoris ſunt [a]: voluntate domini nexæ videntur: ſed, vt liberatæ tradantur, domino earum propria actio aduerſus ſuum creditorem competit.

Ad l.Pe-

Digitized by Google

*Ad l. Petenti 27.*

RAT. DVB. Actio pignoratitia directa competit debitori aduerſus creditorem ſtatim atque finitum eſt pignus, & liberatum per ſolutionem pecuniæ pro qua datum fuerat, *l. ſi rem 9. §. omnis pecunia & l. ſolutum 11. & paſſ. ſupr.* Atqui ponimus in ſpecie huius legis ſpecies auri quas repetenti mutuam pecuniam creditori debitor cùm præ manu non haberet, dederat, vt pignori apud alium creditorem poneret, iam ſolutione liberatas receptaſque à ſecundo debitore, qui eas creditori ſuo pignori dederat. Ergo ad eas recuperandas pignoratitia actio competit primo debitori aduerſus proprium creditorem, nec neceſſe eſt, vt agat ad exhibendum. Habet enim actio illa hoc incommodum, quod etſi datur omnibus quorum intereſt, non tamen contra alium datur, quàm qui poſſidet *l. 3. §. ſciendum §. vlt. & l. ſeq. ſupr. ad exhib.* cùm tamen pignoratitia actio quæ tota perſonalis eſt, néc in rem ſcripta, detur etiam contra non poſſidentem. DEC. Non poteſt actio pignoratitia ei competere, qui ipſe pignori non dedit, nec ſimiliter contra eum qui pignori non accepit: nec enim niſi de pignore dato proponitur *l. penult. infr. l. fideiuſſor 32. ſupr. de negot. geſt.* Atqui has ſpecies auri de quibus tractamus, neque primus debitor pignori dedit, neque primus creditor accepit in pignus, ſed in hoc tantùm vt eas ipſe alteri pignori obligaret: quod longè diuerſum eſt. Non igitur poteſt inter has perſonas actio pignoratitia locum habere. Actio igitur ad exhibendum neceſſaria eſt contra primum creditorem, ſi is res debitoris ſui datas pignori ſuo creditori poſſideat liberatas iam à ſecundo creditore. Sed & vindicatio earum rerum habere locum poteſt, vt bene Accurſius notat. Quod enim ponimus debitorem has auri ſpecies dediſſe ſuo creditori, non ſic accipi debet quaſi earum dominium in creditorem ſuum tranſtulerit, quæ propria dandi ſignificatio eſt *l. vbi autem 75. §. vlt. de verb. oblig.* (nulla enim hîc ſubeſt ſaltem iuſta cauſa transferendi dominij, ſine qua tamen nunquam dominium transfertur *leg. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.*) ſed ita vt ſimpliciter tradiderit ſuo creditori ad dandas eas pignori, & vt in iis pignus conſtitui poſſet à primo creditore per traditionem. Neque verò vt valeat pignus, neceſſe eſt tranſlatum fuiſſe rerum dominium in eum qui pignorauit, ſed ſatis eſt vt nexæ ſint res & obligatæ ex voluntate domini, quomodo ſcriptum eſt in hac lege, & in *l. aliena 20. ſupr. hoc tit.* Sed & obſeruandum eſt, non loqui hîc Vlpianum de pignore pignori dato, ſiquidem eo caſu per ſolutionem factam primo creditori, pignus liberatum eſſet à ſecundo *l. debitor 40. §. vlt. infr. l. 1. & 2. C. ſi pign. pignor. dat. ſit. l. de acceſſionibus 14. §. & ſi mihi infr. de diuerſ. tempor. præſcript.* ſed de ſpeciebus auri ſimpliciter, vt diximus, traditis vt à primo creditore alij creditori darentur pignori. Addit Accurſius, nec malè, præter actionem ad exhibendum & vindicationem, competere in hac ſpecie debitori etiam propriam actionem, id eſt, quæ propriè & ex natura huius contractus naſcitur: actionem ſcilicet præſcriptis verbis, vt idem Accurſius interpretatur. Non quia ſoleat ea actio competere quoties alia deficit quæ certum nomen non habeat *l. quoties 11. & paſſ. inf. de præſcr. verb.* (competit enim hoc caſu etiam nominata actio commodati, vt Accurſius concludit, & Bartolus benè probat ex *l. 5. § rem tibi dedi 12. ſupr. tit. prox. l. 3. C. eod. tit. commod.*) Sed quia nihil vetat actionem præſcriptis verbis cum alia quoque competere *l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit.* licèt tutius ſit agere præſcriptis verbis quoties vel minima incurrit hæſitatio an alia competat *l. ſi gratuitam 17 in princ. l. Titius 24. de præſcr. verb.* propter periculum quod ſubeſt malè electæ actionis, quamuis eo caſu actio præſcriptis verbis aſſumat naturam & præſtationes ferè omnes eius actionis nominatæ & bonæ fidei ad quam contractus proximè accedit *d. l. Titius l. eum qui 10. § 1. ſupr. tit. prox.* quod & Bartolus hîc notat. Quanquam quomodo accipiendum illud ſit, dicemus latiùs ad *d. l. Titius & ad l. naturalis §. penult. eod. tit.*

a *Quòd ſi etiam nunc apud creditorem creditoris ſunt.* RAT. DVB. Is qui ſpecies iſtas auri creditori ſuo dedit, vt eas alij creditori obligaret, non ideò videri poteſt dediſſe illas pignori ei, cum quo non contraxit. Pignus enim ſiue traditione, ſiue nuda conuentione contrahatur, mutuam ſemper voluntatem exigit & eius qui dat, & illius cui datur *l. 1. ſup. l. in omnibus negotiis 57. de oblig. & action. l. 1. §. 1. ſupr. de pact.* Ergo etiam hoc caſu, id eſt, tum quoque cùm ſpecies auri apud creditoris creditorem adhuc ſunt, dicendum eſt, æquè contra eum competere actionem, non quidem præſcriptis verbis, quæ ex contractu naſcitur: ſed actionem ad exhibēdum, & vindicationem quæ ex præſenti poſſeſſione naſcuntur, *l. non aliàs 24. §. ſed ſi poſtulatur ſup. de iudic. l. vnic. Cod. de alien. iudic. mut. cauſ. fact. l. 3. §. vlt. ſupr. ad exhib.* atque ſi is poſſideret cui datæ ſunt, vt pignori darentur.

DEC. Quoties pignus à non domino datur ex domini voluntate, perinde tenet in præiudicium domini, atque ſi ab ipſo domino datum eſſet, nec tantùm ſi ab initio voluntas domini interuenerit, ſed etiam ſi ex poſtfacto per ratihabitionem ſecuta ſit *l. aliena 20. ſupr. hoc tit. l. ſi fundum 16. §. 1. infr. de pignor. l. pen. & vlt. C. ſi res alien. pignor. dat. ſit.* Atqui ponimus in huius legis ſpecie nexas fuiſſe & obligatas auri ſpecies à non domino quidem, ſed tamen ex domini voluntate, qui eas dederat ob hoc ipſum, vt pignori obligarentur. Ergo non eſt permittendum debitori eidemque domino, vt eas vindicet à creditore creditoris, vel per actionem ad exhibendum eas perſequatur quouſque ſolutum ſit ei debitum, pro quo ſunt pignoratæ, non magis quàm ſi is ipſe dominus illas pignori dediſſet. Veniret enim contra factum ſuum & ad ſuam vtilitatem, quod nemini vnquam conceditur *l. poſt mortem 25. ſupr. de adopt. l. etſi 10. infr. de diſtract. pignor. l. ſi non ſortem 26. §. ſi filiusfamilias ſupr. de condict. indeb.* Supereſt ergo vt qui res ſuas creditori ſuo dedit, vt eas alij creditori pignoraret, contra eundem ſuum creditorem agere debeat: non quidem vindicatione aut actione ad exhibendum, vt in priore caſu, cùm non poſſideat, ſed propria actione ex contractu, id eſt, vt iam cum Accurſio interpretati ſumus, præſcriptis verbis, quæ ex hoc contractu omnimodo competit, hoc eſt, ſiue gratuito, ſiue accepta mercede, aut qua alia re loco mercedis ſpecies illæ auri datæ proponantur: quod in actione commodati diuerſum eſt, quæ licet in hac quoque ſpecie competat ſi gratuitum cōmodatum fuit, non tamen competeret ſi gratuitum non eſſet *dict. l. 5. §. rem tibi dedi ſupr. titul. proxim. iunct. dict. leg. 3. Cod. commod. leg. ſi gratuitam 17. aliàs leg. ſi rem tibi §. ſi cum vnum bouem infr. de præſcr. verb.* dummodò ſciamus non eo minùs gratuitum eſſe hoc commodatum quod à debitore factum ſit præ manibus

non habente pecuniam quæ ab eo petebatur. Non enim mercedis loco haberi poteſt quòd huiuſmodi ſiue officio, ſiue beneficio debitor à creditoris interpellatione ſe liberauerit, ſibíque longiorem ſolutionis faciendæ diem acquiſierit. Adeò vt priùs etiam quàm debitor creditori ſuo ſoluerit debitam ei pecuniam, nihilominùs agere contra eum poſſit ſupradicta actione, vt pignus à ſe datum creditori ſuo liberet, tum reddat, quoniam actioni commodati nulla retentio debiti obiici poteſt, vt rectè concludit Accurſius, & poſt eum Bartolus ex *l. vlt. Cod. commod.* ſed tantùm actioni pignoratitiæ *l. ſi rem 9. §. omnis pecunia & §. vlt. ſup. hoc tit.* quæ porrò locum habere hîc non poteſt aduerſus eum cui pignus datum non eſt, ſed tantummodò permiſſum, vt res ſibi traditas alij pignori daret.

28. IVLIANVS libro 11. Digeſtorum.

SI creditor, qui rem pignori acceperat, amiſſa eius poſſeſſione, & Seruiana actione petierit, & litis æſtimationem conſecutus ſit: poſtea debitor eandem rem petens, exceptione ſummouetur: niſi offerat ei debitor, quod pro eo ſolutum eſt.

*Ad l. Si creditor 28.*

RAT. DVB. Litis æſtimatio ſimilis quidem eſt emptioni, adeò vt poſſeſſor qui litis æſtimationem obtulit, incipiat pro emptore poſſidere *l. 1. l. 2. §. vlt. & l. 3 infr.* & quod magis eſt, dominium rei nanciſcatur, ſi modò præſens res ſint *l. eius rei 46. & ſeq. ſupr. de rei vindic. l. ſed & ſi 7. §. 1. de Publician. in rem act. l. ſi propter 22. infr. rer. amot.* Sed id intelligi debet, cùm litis æſtimatio ſoluta eſt domino. Alioqui non poteſt dominium transferre is qui non habet, ſed vſucapiendi tantùm facultatem *l. traditio 20. de acquir. rer. domin. l. clauibus 74. de contr. empt.* Atqui ponit Iulianus in ſpecie huius legis, ſolutam fuiſſe litis æſtimationem non domino, ſed creditori, qui amiſſam pignoris poſſeſſionem per Seruianam actionem petierat. Non poteſt igitur ea ſolutio acquirere dominium vllum poſſeſſori, neque exceptionem vllam aduerſus debitorem, eundemque dominum rem ſuam vindicantem, cùm eiuſmodi ſolutione non fuerit debitor liberatus à creditore, quippe cui poſſeſſor litis æſtimationem ſoluit non debitoris nomine, ſed ſuo, vt ſe à propoſita actione liberaret *l. Papinianus 28 infr. mandat. l. ſi quid poſſeſſor 31. in princip. ſupr. de hered. petit.* DEC. Dolo facit quiſquis per iuris ciuilis occaſionem contra æquitatem naturalem lucrum captat ex damno alieno *l. 1. infr. de doli mal. except.* Atqui cùm creditor Seruiana, aut potiùs quaſi Seruiana actione pignus petiit, ad auocandam à poſſeſſore poſſeſſionem quam amiſerat, & litis æſtimationem à poſſeſſore conſecutus eſt, hoc ipſo fit locupletior debitor ex pecunia poſſeſſoris, quoniam ex illa ſolutione acquiritur debitori exceptio doli aduerſus creditorem, ſi fortè is poſt acceptam à poſſeſſore litis æſtimationem pergat debitum petere *l. ſicut 8. §. vlt. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* quandoquidem dolo etiam facit, qui bis idem conſequi velit, quamuis à diuerſis perſonis *l. ſi quis dolo 51. §. 1. in fin. de re iudic.* Ergo & doli mali exceptione repellendus eſt debitor, ſi pignoratã rem vindicare velit à poſſeſſore, qui litis æſtimationẽ obtulit, nec offerat ipſe debitum quod pro eo ſolutũ eſt. Lego enim hîc pro *debitor, debitum*, vt in *l. 2. infr. quib. mod. pign. vel hypoth ſoluit.* vbi eadem ex Caio quæ hîc ex Iuliano ſententia proponitur. Sed alia tamen atque alia hoc & illo caſu concedendæ doli exceptionis ratio eſt. Creditor qui poſtquàm litis æſtimationem à poſſeſſore per Seruianam conſecutus eſt, ſi contra debitorem agat, ideò doli exceptione repellitur, quia bis idem exigit, vt diximus. Debitor verò qui à poſſeſſore rem vindicat, pro qua poſſeſſor litis æſtimationem obtulit, quam nolit debitor reddere, idcirco doli exceptione ſummouetur, quia id agit, vt ex aliena iactura locupletetur, & ex alterius pecunia partam exceptionem ſibi retineat, vt & in ſpecie *l. emptor 63. ſupr. de rei vindic. leg. communi 7. §. inter eos 12. commun. diuid.* Cuius exceptionis ope tantundem in effectu conſequitur, quantum ſi ipſo iure liberatus eſſet. Quid enim refert, an liberatus ſit ipſo iure, an verò acquiſiuerit ſibi exceptionẽ perpetuam & fauorabilem, qua tutus poſſit creditorem ſuum repellere? *l. nihil intereſt 112. de regul. iur.* Nam & actionem contra eum dandam eſſe poſſeſſori ad repetendum quod pro litis æſtimatione ſoluit, putat Accurſius quãuis dubitanter ex *l. qua vtiliter 45 §. 1. ſup. de negot. geſt.* Quod tamen non puto verum, quia ponimus poſſeſſorem hunc litis æſtimationẽ ſoluiſſe nõ alieno nomine, vt in *d. §. 1. ſed ſuo.* nec vt aliũ ſibi obligaret, ſed vt ſe liberaret. Proinde exceptionẽ tantùm habere debet, non actionẽ, vt Bartolus Accurſium reprehendens bene notat, & probatur ex *l. in hoc iudicium 14. §. 1. l. ſi quis cùm 29. ſupr. commun. diuid.*

1 ¶ Si ſeruus pro peculiari nomine pignus acceperit, actio pignoratitia aduerſus dominum debitori competit.

*Ad §. 1. Si ſeruus.*

RAT. DVB. Non datur actio pignoratitia, niſi ei qui pignus dedit, nec contra alium, quàm eum qui ipſe pignori accepit, vt diximus ad *leg. prox. ſupr.* Atqui cùm ſeruus accepit pignus licèt peculiari nomine, verum eſt ſeruum ipſum accepiſſe pignus, non autem dominum. Pignoris enim datio ſicut & traditio facti eſt *l. conſilio 7. §. vltim. infr. de curat. furioſ.* Quæ autem facti ſunt non tranſeunt à ſeruo in dominum *l. qui heredi 44. de condic. & demonſtr.* Ergo non poteſt hoc caſu pignoratitia actio debitori contra dominum competere.

DEC. Quicquid in re peculiari facit ſeruus, ex domini ſui voluntate facere intelligitur, præſertim cùm meliorem peculij cauſam facit: quomodo facit quiſquis pignus accipit. Nam ſi agatur de re peculiari quam ſeruus pignori dederit, adhibenda diſtinctio

ſtinctio eſt, an ſeruus liberam adminiſtrationem peculij habuerit, vt eam rem alienare quoque potuerit, cùm per dationem pignoris etiam ad alienationem perueniatur *l. ſi conuenerit 18. §. vlt. & leg. ſeq. ſupr.* Ergo cùm ſeruus peculiari nomine rẽ aliquam accepit, perinde haberi debet ac ſi dominus ipſe accepiſſet. Porrò ſi ipſe accepiſſet, non dubitaretur, quin ſoluto debito actione pignoraritia teneretur. Conſequens igitur eſt, vt ex contractu ſerui perinde teneri debeat: cum hac tamen differentia, quòd ex proprio ſuo contractu teneretur in ſolidum. Ex cõtractu verò ſerui non tenetur, niſi de peculio & de in rem verſo, & ſi quid dolo malo ipſius captus fraudatuſque actor eſt *l. in bonæ fidei 36. infr. de pecul.* Alioqui nulla ſupereſſet actio debitori ad ſui pignoris repetitionem, quandoquidem cum ſeruo ipſo nulla actio eſſe poteſt *l. cum ſeruo 107. de regul. iur.* Quamquam non hęc vera & germana ratio fuit inducendæ actionis de peculio; (nec enim haberet locum aduerſus patrem ex contractu filiifamilias, quippe qui ex omnibus penè cauſis & agere & conueniri poteſt *l. filiusfamilias 39. de oblig. & act.*) ſed quia tã dominus quàm pater concedendo peculium ſeruo & filiofamilias permittunt iis, vt de re ac negotio peculiari pro arbitrio contrahant, dummodò citra alienationem & oppignerationẽ, niſi liberam peculij adminiſtrationem dederint, vt diximus. Ideoque æquum eſt, vt ex eorum facto & perſona teneantur, non quidem in ſolidũ, ſed ad finem vſque peculij *l. ſi quis cum filiofamilias 44. & paſſ. infr. de pecul.* ſi tamen actio ex contractu veniat non etiam ſi ex delicto *l. 1. § ſi filiusfamilias ſupr. de his qui effud. vel deiec.* Ex delicto enim ſerui noxalis tantùm non de peculio in dominum actio eſt, in patrem verò ex delicto filij nulla.

29. IDEM libro 14. Digeſtorum.

SI rem alienam bona fide emeris, & mihi pignori dederis, ac precariò rogaueris, deinde me dominus heredem inſtituerit: deſinet pignus eſſe, & ſola precarij rogatio ſupererit [a], idcirco vſucapio tua interpellabitur.

*Ad l. Si rem alienam 29.*

RAT. DVB. Non poteſt deſinere pignus eſſe, quod nunquam fuit *l. ſi in diem 46. l. Titio vſusfructus 96. infr. de condic. & demonſtr. l. non poteſt videri 208. de regul. iur.* Atqui pignus rei alienæ quamuis bona fide poſſeſſę datum purè citra domini voluntatem ab initio non valuit *l. aliena 20. ſupr. hoc tit. l. ſi fundus 16. § aliena res infr. de pignor.* Ergo nec poteſt deſinere pignus eſſe ob id ſolùm, quòd in creditoris dominium venerit. DEC. Ius creditoris pignus accipientis pendet ex iure debitoris pignus dantis. Et ideò quemadmodum ſi nullum ius in re pignorata debitor habuit, nullum quoque ius pignoris transferre in creditorem poteſt: ita ſi ius aliquod habuit, quamuis non veri dominij, ſed quaſi dominij, dicendum eſt eum dando rem pignori, ius quaſi pignoris in creditorem tranſtuliſſe videri *l. tutor 16. §. vltim. ſupr.* Atqui bonæ fidei poſſeſſor alienę rei cum titulo iuſto, quia eam vſucapere poteſt, vtique Publicianam habet eius rei nomine ad eam vindicandam, ſi qua fortè de cauſa ſine culpa ſua poſſeſſionem eius amiſerit, quia Prętor fingit eum vſucepiſſe, habetque illum interim pro domino *§. namque Inſtit. de action. & tot. tit. de Publician. in rem action.* Ergo ſi ab eo qui Publiciana vti potuit pignus acceperim, ſic tueri me debet Prætor per Seruianam, quemadmodum debitorem per Publicianam, vt Paulus ſcribit in *l. ſi ab eo 18. infr. de pignor.* Vtraque enim actio prætoria eſt, nec haberet Prætor bonæ fidei poſſeſſorem pro domino, & pro eo qui iam vſucepiſſet, ſi non tueretur pignus ab eo datum, præſertim cùm bonæ fidei poſſeſſor quod ad fructus pertinet, penè domini loco ſit, vt idem Paulus loquitur in *l. bonæ fidei 48. de acquir. rer. domin.* fructus autem rei ſit vel pignori dare licere *l. vltim. infr. de vſur.* Idem ergo iuris conſtitui debet de pignore dato à bonæ fidei poſſeſſore, quod conſtitueretur ſi à domino ipſo datum eſſet, ſcilicet quandiu ius bonæ fidei poſſeſſoris durat, id eſt, quandiu euicta res non eſt: ſecuta enim euictione non poteſt durare ius quaſi pignoris, quod etiamſi à vero domino datum eſſet, qui poſteà dominus eſſe deſineret ex antecedente cauſa, hoc ipſo ſtatim euaneſceret *l. lex vectigali fundo 31. infr. de pignor. l. vbi autem 4. aliàs l. ſi ex duobus §. ſed & Marcellus de in diem addict.* Atqui pignus etiam à vero domino conſtitutum extinguitur, nec poteſt perſeuerare, poſtquàm creditor factus eſt dominus irreuocabiliter *l. eleganter 24. ſupr. l. penult. §. 1. infr. de except. rei iudic. l. debitor 59. ad SC. Trebell.* Ergo & in huius legis ſpecie ſi rem alienam bona fide emeris, & mihi pignori dederis, ac precariò rogaueris, deinde me dominus heredem inſtituerit, deſinet pignus eſſe. Sequitur,

a *Et ſola precarij rogatio ſupererit.* RAT. DVB. Quoties debitor rem pigneratam precariò rogauit, ſoluta pecunia, non minùs precarium quàm pignus ſoluitur, quia id actum videtur, vt eo vſque duntaxat & precarium & pignus teneret *l. ſi debitor 11. infr. de precar.* ſicut nec precarium magis quàm pignus rei propriæ poteſt conſiſtere *l. neque pignus 45. de regul. iur.* Ergo ſimiliter dicendum eſt, tum quoque cùm pignus per acquiſitionem dominij à creditore quoquomodo factam extinctum eſt, non magis rogationem precarij quàm pignus ſupereſſe.

DEC. Nihil commune habet proprietas cum poſſeſſione *l. naturaliter 12. §. 1. infr. de acquir. poſſ.* neque harum rerum ſine nomina, ſiue iura permiſceri & confundi debent *l. penult. eod. titul.* Proprietas enim iuris eſt: poſſeſſio autem magis facti quàm iuris *l. 1. §. ſi vxor eod. l. denique 19. ſupr. ex quibus cauſ. maior.* licèt ipſa quoque plurimùm ex iure mutuetur *leg. poſſeſſio 49. in princip. & §. 1. de acquir. poſſ.* Atqui precarij rogatio non proprietatem reſpicit, ſed poſſeſſionem *l. certè 6. §. vltim. de precar.* Ergo ſiue dominus ab initio fuerit debitor, qui pignus dedit, & precariò rogauit, ſiue cùm bonæ fidei tantùm poſſeſſor eſſet pignus dederit ei, qui poſteà dominus effectus ſit, dicendum eſt precarium tenere etiam extincto pignore in poſteriore caſu. Pignus enim etiam ius proprietatis afficit, non ſolam poſſeſſionem *leg. qui pignoris 36. de acquir. poſſeſſ. leg. qui à ſeruo 16. infr. de oblig.*

*& action.* idque adeò verum eſt, vt extincto quoque pignore per ſolutionem pecuniæ debitę, precarium tamen perinde durare dicendum eſſet, ſi non illud actum videretur, vt eo vſque duntaxat pignus duraret, vt ſcriptum eſt in *d. l. ſi debitor.* Nempe quia in hoc caſu pignoratitia competit, & deſinit debitor eſſe debitor, quem tamen veriſimile eſt, non alia de cauſa precariò rogaſſe, quàm vt tandiu poſſideret precariò, quandiu debitor remaneret, quando quidem nec vlteriùs extendi pignoris dandi cauſa poteſt. At non ſimiliter dici poteſt id actum videri inter debitorem & creditorem, vt eo vſque precarij rogatio teneret quouſque creditor dominus pignoris efficeretur. Non enim de alia dominij acquiſitione cogitari poteſt, cùm pignus bona fide datur & accipitur, id eſt, eius rei quam contrahentes credũt eſſe debitoris cùm ſit aliena, quàm de illa quæ in pignoribus bene & à vero domino conſtitutis locum habere poteſt per dominij impetrationem, de qua in *l. eleganter 24. ſupr. & tot. tit. Cod. de iur. domin. impetr.* Quòd ſi creditor dominus pignoris fiat tanquam inſtitutus heres à vero domino, pignus quidem hoc caſu æquè ſoluitur, ſed ea neceſſitate iuris, vt loquitur Bartolus, non quia de eo actum aliquid aut cogitatum ſit. Nam quemadmodum plerunque etiam extra id quod agitur tacita obligatio naſci poteſt *l. is qui 13 in fin. ſupr. tit. prox.* ita nec quicquam vetat extra id quod agitur, obligationem ſiue pignoris, ſiue alterius rei cuiuſlibet finiri certis ſuis & legitimis modis. Nec quod precarium rei propriæ conſiſtere non poſſit, ad rem pertinet, vt quis inferat non poſſe precarij rogationem ſupereſſe, quæ nunquam conſtitit: id enim ad eum caſum reſtringi debet quo is qui dominus eſt, neſciat ſe dominum, ſed errans precariam rei ſuę poſſeſſionem rogauerit, aut ſi cùm ſe dominum ſciret, non tranſtulerit ipſe poſſeſſionem rei ſuæ in alium: quomodo is ſanè transfert, qui dat eam pignori. Creditor enim pignoratitius verè poſſidet ad omnes cauſas præterquàm ad cauſam vſucapionis *l. ſerui nomine 16 infr. de vſucap.* eaq́ue creditoris poſſeſſio ſicuti iuſta eſt, ita iuſtam precarij à creditore conſtituendi in pignore materiam præbet, vt hoc plus iuris in pignore habeat debitor, qui precariò poſſidet, quàm ſi extra cauſam vſucapionis omninò non poſſideret, vt Iulianus ſcribit in *d. l. qui pignoris.* Neque priuandus eſt debitor eo cõmodo poſſeſſionis, ſi creditor conſentiat *d. l. certè §. vlt. & l. ſeq. de precar. l. ſi aliquam 28. de acquir. poſſ.* Etſi verò tum conſenſit, cùm pignus accipiebat, priuſquàm dominus fieret rei pigneratę, nihil tamen adfert ſuperueniens dominij acquiſitio in perſona creditoris, ex alia quàm pignoris cauſa, propter quod dicendum ſit, finiri precarium debere: cùm ſatis eſſe debeat creditori, eidemq́ue effecto domino, quod precarium illud reuocare quandocunque poteſt ex natura precarij *l. 2. & paſſ. de precar. l. Lucius 32. infr. de donat.* Cæterùm nihil prohibet interim & creditorem eſſe dominum, & debitorem etiam poſt amiſſum dominium pignoris, manere nihilominùs poſſeſſorem: nam nec pignoris dandi cauſa finita eſt dominio creditori acquiſito, quandiu ſoluta pecunia non eſt. Quare nec aliud probandum eſſet etiamſi creditor à debitore pignus emiſſet, quod vtique facere pro ſuo iure poteſt *l. reſcriptum 12 in princ. infr. de diſtract. pignor.* Habebit ergo hoc caſu creditor interdictum de precario aduerſus debitorem, ſi nolit ille precariam poſſeſſionem reddere *dict. l. certè §. vlt. de precar.* ſed & vindicationem tanquam dominus, & condictionem ex lege, vt bene addit Accurſius ex *l. ſi quis conductionis 25. Cod. de locat.* Nec enim ea conſtitutio in ſolo contractu locationis habet locum, ſed etiam in precario, commodato, pignore, & ſimilibus, vt rectè poſt Accurſium Bartolus hîc concludit. Maximè verò quod nec pignoratitia debitori competere hoc caſu poteſt aduerſus creditorem, qui ea noua cauſa & poſt acceptum pignus, dominium rei obligatæ nactus eſt *d. l. aliena 20. § vltim. ſupr.* Itaque quod hîc Iulianus ſcribit, ſolam precarij rogationem ſupereſſe, noli ſic accipere, quaſi concedat creditori ſolum interdictum de precario, alias verò actiones, quas diximus, id eſt, condictionem ex lege, & vindicationem ei deneget, ſed vt idem Accurſius interpretatur ad excluſionem ſolius hypothecariæ, & quaſi Seruianæ actionis. Hoc nimirum ſenſu, vt ex contractu pignoratitio, qui duplicem illam conuentionem & pignoris & precarij continebat, ſola ſuperſit rogatio precarij poſt acquiſitum creditori dominium: non etiam vlla pignoris obligatio, ſine qua tamen competere Seruiana non poteſt, quæ alioqui competeret iure prætorio, ſi pignus duraret. Dixi iure prætorio, ex quo ſcilicet inductum eſt, non tantùm vt ex pacto nudo hypothecæ citra vllam traditionem, & obligatio naſcatur & actio quaſi Seruiana ad auocandam iure cuiuſdam vindicationis poſſeſſionem *d. l. ſi fundus 16. §. in vindicatione infr. de pignor. l. ſi cùm venditor 66. infr. de euict.* ſed etiam vt obligatione pignoris per traditionem contracta ſi creditor aliquo caſu poſſeſſionem rei obligatæ amiſerit, eam perſequi per eandem actionem quaſi Seruianam poſſit *l. prox. in princip. ſupr.* Quod iure ciuili non ita erat, quippe ex quo nulla in rem actio prodita eſt poſſeſſori, qui nec vlla indiget ad poſſeſſionem retinendam, & pro qua etiam recuperanda, ſi eam amiſerit, habet interdicta omnia recuperandæ poſſeſſionis.

b *Idcirco vſucapio tua interpellabitur.* RAT. DVB. Creditoris poſſeſſio prodeſt debitori ad vſucapionem *dict. leg. ſerui nomine 16. infr. de vſucap. leg. qui pignoris 36. de acquir. poſſeſſ.* At qui non minus iuris habet debitor, qui precariò poſſidet, quàm qui extra cauſam vſucapionis omnino non poſſidet *dict. leg. qui pignoris in fin.* Ergo ſiue dicamus eum qui precariò rogauit, nõ poſſidere, ſed poſſeſſionem penes eum qui conceſſit, remanere, vt ab Vlpiano ſcriptum eſt in *dict. leg. certè 6. §. is qui precario de precar.* quia precarij rogatio non in hoc interponitur, vt debitor poſſideat, ſed vt ei rem tenere liceat *leg. non ſolùm 33. in fin. de vſucap.* ſiue admittamus nanciſci eum poſſeſſionem, de quo nec Pomponius dubitat in *leg. & habet 15. §. eum qui eod. titul. de precar.* ſiue cum eodem Pomponio concludamus penes vtrumque eſſe poſſeſſionem: penes eum quidem qui rogauit, quia poſſidet corpore: penes eum verò qui conceſſit, quia non diſceſſit animo poſſeſſionis fatendum eſt, per precarij rogationem factam à debitore, qui iure bonæ fidei poſſeſſoris cœperat vſucapere, non interpellari vſucapionem. Quod Iulianus diſertis verbis concludit in *dict. leg. qui pignoris.* Nam neque rogatio precarij adimit ei bonam fidem, cùm non roget creditorem tanquam dominum, ſed tanquam creditorem eundemq́ue poſſeſſorem, cùm poſſeſſionis precarium ſit, non proprietatis *dict. leg. certè §. vltim.* Neque rurſus interrumpitur vſucapio per ſuperuenientem malam fidem, ſi

dem, ſi modò cum bona fide iuſtoq; titulo inchoata fuit *l. ſi aliena 10. de vſucap. l. vnic. C. de transform. vſucap.* Multo minùs igitur per ſuperuenicns dominium creditori, ſiue debitor id ſciuerit, ſiue ignorauerit. Dec. Cùm creditor qui iure creditoris poſſidebat, incipit iure domini rem obligatam poſſidere, non iam quaſi obligatam, vt anteà, ſed quaſi ſuã, mutatur ei cauſa poſſeſſionis, quia incipit poſſidere pro ſuo, cùm prius poſſideret pro alieno *l. pignori 13. de vſucap.* id eſt, nomine debitoris. Nec obſtat ſi quis obiiciat, nemini licere poſſeſſionis cauſam ſibi mutare *l. 3. §. illud de acquir. poſſ. l. 2. pro hered.* Id enim exceptionem habet, niſi nouus poſſidendi titulus ſuperueniat *d. l. non ſolùm §. quod vulgo de vſucap.* Neque mutat hic ſibi cauſam poſſeſſionis, ſed ex noua iuſta cauſa incipit rem ſuam ſibi poſſidere. Rectè autem Iulianus hîc loquitur de re aliena pignori data. Nam ſi rem tuam cum bona fide poſſiderem, pignori tibi dem ignoranti tuam eſſe, hoc ipſo deſino vſucapere, quia non intelligitur quiſquam rei ſuæ pignus contrahere, & per traditionem pignoris factam deſij pignus poſſidere. At ſi nuda conuentione pignus contractum fuerit, nihilominùs vſucapiam, quia hoc quoque modo nullum pignus contractum videtur, nec rurſus quicquam interceſſit, per quod deſierim poſſidere *d. l. non ſolùm §. ſi rem.* Sic enim locus ille explicandus eſt. Cui conuenit quod Iauolenus reſpondit in *d. l. ei à quo 21. eod. tit.* Si ei à quo diutiùs pro herede poſſidendo fundum vſucapturus eram, eum locauerim aut vendiderim, neque locationem, neque venditionem vllius eſſe momenti, quia rei ſuæ neque conductio, neque emptio poſſit conſiſtere, & tamen non durare vſucapionem, aut vt Tribonianus ſcripſit, *longi temporis præſcriptionem* reſpiciens ad Iuſtiniani conſtitutionem in *l. vnic. C. de vſucap. transform.* quia cùm locationem & venditionem ſequi debeat traditio, ne poſſeſſionem quidem retinui locando fundum domino. Nec enim videri poſſum hoc caſu poſſidere per conductorem cùm locatio non teneat. Multo minùs per emptorem, qui etiam ſuo nomine poſſideret, ſi venditio teneret, quique poſſeſſor factus eſt per traditionem ſecutam ex cauſa venditionis quantumlibet inualidæ. Sine poſſeſſione autem nulla procedere vſucapio poteſt, non magis quàm incipere *l. ſine poſſeſſione 25. eod.* Iunge *l. qui à ſeruo 16. infr. de oblig. & action.*

30. PAVLVS libro 5. Epitomarum Alfeni Vari Digeſtorum.

QVi ratiario crediderat, cùm ad diem pecunia non ſolueretur, ratem in flumine ſua auctoritate detinuit, poſtea flumen creuit, & ratem abſtulit. ſi, inuito ratiario, retinuiſſet: eius periculo ratem fuiſſe, reſpondit. ſed ſi debitor ſua voluntate conceſſiſſet [a], vt retineret: culpam duntaxat ei præſtandam, non vim maiorem.

*Ad l. Qui ratiario 30.*

RAT. DVB. In culpa eſt debitor qui ad diem non ſoluit, cùm dies adiecta in contractu interpellet pro homine *l. magnam 13. C. de contr. & committ. ſtipulat.* Adeò vt ſi pecunia ad diem ſoluta non ſit, cõmittatur pœna etiamſi nullus promiſſoris heres fuerit, qui ſoluere potuerit *l. ad diem 77. de verbor. oblig.* Ergo ſi is qui ratiario crediderat, cùm ad diem pecunia non ſolueretur, ratem in flumine ſua authoritate retinuerit, poſteaque flumen creuerit, & ratem abſtulerit, dicendum eſt, etiamſi ratiario inuito retinuerit, debitoris periculo ratem eſſe debere non creditoris. Dec. Non omnis culpa transfert periculum in ſuum authorem, ſed ea demùm, quæ, vt noſtri loquũtur, ordinata eſt ad caſum *l. ſi vt certo 5. §. ſed interdum*, vbi diximus, *ſupr. tit. prox.* Atqui culpa illa debitoris, quòd ad diem non ſoluerit, ordinata non eſt ad illum caſum qui poſteà contigit ablatæ per flumen ratis, ſed culpa potiùs creditoris qui authoritate ſua ratem retinuit, nulla conuentione, aut iuſſione Præſidis interueniente: quod iuris ratio non permittit *l. pen. C. hoc tit. l. 3. l. creditor 20. C. de pignor.* Cauſa enim proxima cur ratis perierit, & per inundationem fluminis ſublata ſit, non alia fuit, quàm quia creditor ratem in flumine retinuerit, quam ſi non retinuiſſet, vtique nõ illa periiſſet. Neque in hac ſpecie tantum id obtinet, vt in eum qui in culpa fuit, & cuius culpa periculo cauſam dedit, periculum transferatur: nam vt Accurſius notat, in omni violento poſſeſſore idem ſeruatur, vt periculum ad eum qui vim fecit pertineat *l. 1. §. rectiſſimè & l. vlt. infr. de vi & vi armat. l. 1. C. quod met. cauſ.* Vis autem eſt quoties quis per ſe facit quod per iudicem facere deberet *l. extat 13. ſup. eod. ill. tit. pen. & vlt. ad l. Iul. de vi priuat.*

a *Sed ſi debitor ſua voluntate conceßiſſet.* RAT. DVB. Etiam cùm ratem debitoris creditor retinuit ex ſua debitoris voluntate, non eo minùs verum eſt, periiſſe ratem impetu fluminis, quòd eam creditor in loco parum tuto retinuerit. Ergo non minùs in hoc quàm in ſuperiore caſu dicendum eſt, periculum amiſſæ ratis pertinere ad creditorem debere. Dec. Non eſt in culpa creditor qui ratem in flumine retinet ex debitoris voluntate, quoniam, vt ait Accurſius, voluntas debitoris eum excuſat, vt in *l. cùm in plures 60. §. lege dicta infr. Locat.* nec poteſt videri vlla volenti facta eſſe iniuria *l. in diem 9. §. 1. infr. de aqua & aqu. pluu. arcend.* Imò in culpa eſt debitor qui creditori ſuo hoc permiſit, cum proſpicere debuerit futurum, vt hoc poſſet euenire *l. vlt. ſup. tit. prox. l. ſi quis domum 9. §. idem quærit infr. Locat.* Ergo nihil cauſæ eſt cur periculum amiſſæ ratis ad eũ pertinere debeat, niſi in culpa aliqua eſſe proponatur, quæ porrò nulla argui poteſt, cùm vi maiore fluminis ſubmerſa nauis, aut aliter amiſſa eſt. Vim enim maiorem præſtare neque creditor, neque alius quiſquam debet, ſicuti nec ſuam culpam impunè ferre *l. ſi cùm venderet 13. in fin. ſupr. l. contractus 23. de regul. iur.*

31. AFRICANVS libro 8. Quæſtionum.

SI ſeruus pignori datus, creditori furtum faciat: liberum eſt debitori, ſeruum pro noxæ deditione relinquere. quòd ſi ſciens furem, pignori mihi dederit [a],

& ſi paratus fuerit pro noxæ dedito apud me relinquere: nihilo minùs habiturum me pignoratitiam actionem, vt indemnem me præſtet. Eadem ſeruanda eſſe Iulianus ait [b], etiam cùm depoſitus, vel commodatus ſeruus furtum facit.

*Ad l. Si ſeruus 31.*

RAT. OVB. Quiſquis pignus dat, hoc ipſo pignoratitia actione contraria ſe obligat creditori, ad indemnitatem ei præſtandam, vt in hac ipſa lege ſcriptum eſt, & in *l. ſi rem alienam 9. in princip. & l. tutor 16. §. 1. ſup.* Indemnitatem, inquam, vt ſi quid damni propter rem obligatam creditori contigerit, totum id ei à debitore ſarciatur. Nec enim æquū eſt, damno vllo propter pignus affici creditorē, cui nec alia de cauſa pignus datur à debitore, quàm vt creditori cautum ſit & conſultum *l. ſi mandatu 59. §. vltim. infr. mandat. l. 4. §. adduci infr. de fideic. libert.* Atqui noxæ deditio non plenam tribuit indemnitatem, ſed in tantum duntaxat quanti eſt ſeruus qui pro noxæ dedito relinquitur. Nec alius noxæ deditionis vſus eſt, quàm vt eo remedio ſibi dominus conſulat, ne ex delicto ſerui ſuprà quàm quanti ſeruus eſt, teneatur: quod eueniret, ſi damnum decidere præciſè cogeretur *l. 1. ſupr. de noxal. action. §. ſumma autem Inſtit. eod. l. Prætor ait 7. §. 1. infr. de damn. infect.* Ergo ſi ſeruum tuum mihi pignori dederis, qui furtum poſteà mihi fecerit, non debet eſſe tibi liberum, vt euites pignoratitiam actionem contrariam, plenamque litis æſtimationem, ſeruum pro noxæ dedito relinquere, quamuis ſeruum furem eſſe ignoraueris.

DEC. Iniquum eſſet nequitiam ſeruorum vltra ipſorum corpora dominis damnoſam eſſe *d. §. ſumma autem.* Satiſque eſt, vt ſeruis hactenus liceat dominorum ſuorum conditionem deteriorem facere, quam meliorem efficere ſemper deberent, ex regula *l. melior 133. de regul. iur. l. ſoluendo 39. ſupr. de negot. geſt.* Atqui furtum ſerui tui à te pignorati noceret te ex ſuo delicto vltra corporis ſui æſtimationem, ſi liberum tibi non eſſet, eum apud me pro noxæ dedito relinquere. Tibi ergo permitti hoc debet, nec pignoratitia contraria mihi hoc caſu danda eſt præciſè, ſed cum exceptione & facultate noxæ deditionis, vt in cæteris actionibus omnibus noxalibus, quæ ex delicto ſerui contra dominum competunt *l. miles 6. §. decem inf. de re iudic.* Nempe ſi ſeruum tuum furem eſſe ignoraueris. Nam ſi ſciueris, aliud eſt, vt ſequitur in textu,

a *Quòd ſi ſciens furem pignori dederit.* RAT. OVB. Iniquum eſt, vt modò diximus, nequitiā ſeruorum vltra ipſorum corpora dominis damnoſam & oneroſam eſſe *d. §. ſumma autem ratione Inſtit. de noxal. act. d. l. Prætor ait 7. §. 1. infr. de damn. infect.* Atqui etiam cùm ſciens debitor furem ſeruum dat pignori, ſeruus tamen ille eſt, qui furtum facit, non dominus. Igitur hoc quoque caſu liberū debitori eſſe debet, ſeruum ſuum pro noxæ dedito apud creditorem relinquere. Nec enim dominus qui ſcit ſeruum quem dat pignori, furem eſſe, hoc ipſo fur eſt, & quamuis ipſe quoque fur eſſet, non ideo tamen furtum feciſſe dici poſſet, nec rurſum furtum ſerui, furtū domini eſſet. DEC. Quod quis ex culpa ſua damnum ſentit, ſentire non videtur *l. quod quis 203. de regul. iur.* Atqui in culpa eſt debitor, adeóque in dolo, qui eum ſeruum quem dat pignori, ſcit eſſe furem, nec tamen admonet creditorem, vt à ſerui nequitia ſibi caueat, qui nec credendus eſt, accepturus eum pignori ſi furem ſciuiſſet, aut ſi accepiſſet, in cuſtodia eum habuiſſet. Ergo recuſare non poteſt debitor, quominùs creditori qui à ſeruo fure ſcientèr pignorato furtum paſſus eſt, pleniſſimam indemnitatem præſtet per pignoratitiam actionem contrariam. Non quaſi fur ipſe quoque ſit, ſed quia in culpa & dolo fuit, ſi modo ignoranti creditori eum pignori dederit, vt in *l. pen. ſupr. tit. prox.* Nam ſi ſcienti non videbitur fraudaſſe ſcientem & conſentientem creditorem, qui potiùs à ſeipſo deceptus ſit *l. nam ſi ſcit 26. ſupr. de rei vindic. l. tutor 16. §. ſed ſi ſciens ſupr. hoc tit.*

b *Eadem ſeruanda eſſe Iulianus ait.* RAT. OVB. Licèt alioquin æquum videatur, non oportere cuiquam plus damni per ſeruum euenire, quàm quāti ipſe ſeruus ſit, multo tamen æquius eſt, nemini officium ſuum quod eius cum quo contraxerit, non etiam ſui commodi cauſa ſuſceperit, damnoſum eſſe *l. ſi ſeruus 61. §. quod verò infr. de furt.* vbi Africanus hanc ob rationem concludit, depoſitarium, itemq; mandatarium debere omnino indemnes præſtari ab eo qui depoſuit, vel mandauit emi ſeruū furem, etiamſi furem eſſe ignorauerit, quamuis in mandato aliud ſenſiſſe Neratius videatur, quem Paulus refert in *l. inter cauſas 16. §. ſed cùm ſeruus infr. mandat.* cum illa ſcilicet exceptione, niſi mandatarij culpa aliqua interuenerit, quam exceptionem Africanus quoque probat in *d. l. ſi ſeruus §. hæc ita puto.* Ergo non eadem ſeruanda ſunt in ſeruo depoſito, quæ proximè diximus, ſeruanda eſſe in pignorato. Planè in commodato ſeruo idem eſt, quod in pignori dato, quia cùm ſolius cōmodatarij gratia commodatū fiat, æquum eſt, agi mitiùs cum commodante, vt ſi ignorauerit furem eſſe ſeruum quem commodabat, non niſi noxali actione ex furto ſerui teneatur, aut ex proprio dolo. Et quidem ita vt paulo remiſſiùs circa doli interpretationem verſari nos oporteat *d. l. ſi ſeruus 61. §. circa commodatum.* Neque hoc vllam recipit dubitationem, aut dubitandi rationem *d. l. pen. ſupr. tit. prox.*

DEC. Referendus eſt hic verſiculus ad id quod proximè Africanus ſcripſit, ſi ſciens furem mihi pignori dederis, etiamſi paratus fueris, eum pro noxæ dedito apud me relinquere, nihilominùs habiturum me pignoratitiam actionem, vt indemnem me præſtes. Nam & in depoſito quod ſolius deponētis gratia fiat, idem ſeruandum eſt, vt qui ſciens furem ſeruum depoſuit multo magis in ſolidum & omnino teneatur contraria depoſiti actione: cùm in eo hoc amplius ſit, quòd etiam ignorans in ſolidum nihilominùs tenetur, nec ſola noxæ deditione liberatur, vt idem Africanus ex eodem Iuliano ſcribit in *d. l. ſi ſeruus §. quod verò.* Vbi quod magis eſt, eandem hac parte mandanti quam depoſiti rationem conſtituit, eâdem nimirum vrgente æquitatis ratione, quòd nec mādatario, nec depoſitario ſuū officium damnoſum eſſe debeat, quod alieni non ſui commodi cauſa ſuſceperit. Quamuis quod ad mandati actionem attinet, dubitare ſe dicat, an æquè dicendum ſit, omnimodo damnum à mandante præſtari debere, id eſt, nō adhibita diſtinctione illa, an ſciens an ignorans mandator ſeruum furem emi mandauerit: ita iouenēs non caruiſſe hoc dubitatione apud prudētes, & Iuliano fortaſſis idē viſum fuiſſe, quod

Neratio

Neratiq & Paulo in *d.l.inter cauſas 26.§.ſed cùm ſeruum mandat.* Sed in depoſito nemo vnquam dubitauit, quin aliud dicendum eſſet: id enim eſt, quod ait Africanus in *d.§. quod verò, idque euidentius in cauſa depoſiti apparere*, niſi malis cum Cuiacio dicere, cõiungendam eſſe hanc legem cum *d. l. ſi ſeruus*, (eſt enim vtraque ex eodem Africani libro 8.*quæſtionum*) quaſi in illa abſoluatur ſermo cœptus in iſta, & res tota tractetur, dirigatúrq. ad ſummam rationem, id eſt, æquitatem diligentius, vt ſummo & ſtricto iure depoſitarius perinde ac cæteri nõ niſi noxalem actionem habeat contra eum, qui depoſuit, ſi is ſeruum depoſitum furem eſſe ignorauerit, in ſolidum verò ſi is ſciuerit, quomodo in hac lege ſcriptum eſt: ex æquitate verò indiſtinctè habeat actionem de indemnitate in ſolidum indiſtinctè, id eſt, ſiue is qui depoſuit, ſciuerit furem eſſe ſeruum, ſiue ignorauerit. Pro qua interpretatione facit ſanè quod Africanus hîc ita loquitur, *Eadem ſeruanda eſſe Iulianus ait.* Scribendum enim erat, *idem ſeruandum eſſe* ſi iuxta interpretationem Accurſij, verſiculus hic ad poſteriorem duntaxat prioris ſententiæ partem pertineret, quę erat de ſciente debitore, non ad anteriorem quæ erat de ignorante: neque tamen probabile eſt, tam facile tàmque citò Africanum à ſeipſo diſſenſiſſe. Mallem itaque dicere Iuliani ſententiam duntaxat referri hac in lege, ſicut & Neratij in *d.§. ſed cũ ſeruus l.26.mandat.* neutram tamen probari, ſed vtrãque ab Africano improbari in *d. l. ſi ſeruus §. quod verò*, & quidem iis rationib. quæ non tantùm æquitati, ſed etiam ſummo iuri conueniant. Nec enim cùm de bonæ fidei iudiciis & contractibus agimus, aliud ſummum & ſtrictum ius eſt, quàm quod cum æquitate conſentiat *d.l.ſi ſeruus §.quòd ſi ſciens.& l.bona fides 31.inf.depoſit.* Nec video, quid huic noſtræ interpretationi poſſit obiici, niſi illud fortè quod grauiſſim⁹ Cuiacij interpres iactare ſolet, quoties in Africani reſponſis legimus, *ait, reſpondit, exiſtimauit*, non tam de ſe quàm de Iuliano Africanum intelligi debere, quod tamen vereor ne non ſemper ſatis verum ſit, & ex hac ipſa lege *iunct.d.l.ſi ſeruus*, apertiſſimè refellatur, vt taceam initium *d l.ſi ſeruus*, vſque ad §.1.nihil commune habere cum huius legis quæſtione. Eſt enim de ſeruo communi qui vni ex dominis furtum fecerit, non de ſeruo pignori dato, de quo tantùm in §.1. eius legis. Cæterũ nõ eſſe nouum apud prudentes noſtros, vt quis alterius Iureconſulti ſententiam vno loco referat, quã alio improbet, oſtendimus ſæpius, & apparet ea *l.ſi fideiuſſor 19.ſupr.de dolo, iunct. l. Stichum aut Pamphilum 95.§.1.in fi.infr.de ſolut.& liber.* & ex *l. Papinianus putabat 23.de donat.inter vir.& vxor.iunct.l.cùm hic ſtatus 32.§.ſi non autem & ſeq.* *eod titul.* Sed nec illud quoque verum videtur quod ad hanc legem notat Cuiacius, ſententiam Neratij à Paulo relatam in *d.l. inter cauſas 26.§. ſed cùm ſeruum infr. mandat.* & ab Africano improbatam eſſe in *d.l.ſi ſeruus § quod verò de furt.* vt mandator noxali duntaxat actione teneatur eius furti nomine, quod ſeruus fecerit ipſius mandato emptus, ſub illa exceptione *niſi mandatarij culpa id furtum acciderit*. ex *d leg.ſi ſeruus 61.§.hac ita puto de furt.* Ibi.n.non de noxali actione contra mandatorem danda Africanus loquitur, ſed de actione in ſolidum aduerſus mandatorem concedenda, etiamſi ſeruum quem emi mandauit, furem eſſe ignorauerit. Quæ actio cùm ex æquitate potiſſimum deſcendat, facilè hãc exceptionem admittit, niſi mandatarij culpa furto cauſam dederit, vel ſaltem occaſionem & opportunitatem præbuerit: cùm hoc caſu mandatario noceat non officium ſuum, ſed culpa. At noxalem actionem, quę ex furto ſerui contra dominum competit, ſola culpa eius qui furtum paſſus eſt, excludere nunquam poteſt, nec dolus quidem, ſi tamen fieri queat, vt dolo malò furtum ſibi fieri quis patiatur. Semper enim verum eſt, à ſeruo furtum factum fuiſſe quod impunitum remanere nullo caſu debeat, quomodo tamen remaneret, ſi noxalis actio contra dominum ex ea cauſa non competeret, quandoquidem cum ſeruo ipſo, vt diximus, nulla actio eſt: ſemper enim præponderat dolus ſerui, vt ibi Accurſius notat. Planè in domino eius ſerui qui noxam fecit, neceſſaria diſtinctio eſt, an culpa tantum fuerit, an in dolo. Culpa enim non obligat eum in ſolidum, ſolus dolus obligat, id eſt, ſi eo ſciente & ſiue mandante ſiue patiente, cùm prohibere poſſet, ſeruus furtum fecerit *l.2.& paſſ.ſupr. de noxal.act.* Quæ me ratio cogit, vt in mea perſtem ſententia, textúmque illum Pauli in *d. §. ſed cùm ſeruum* corruptum eſſe putem, & ita emendandum, vt pro *tua* legamus *mea*: ſequitur enim *quòd ſi ſciſſem*, eo ſenſu ac ſi proximæ exceptionis explicãdæ gratia ſcriptum eſſet, *nam ſi ſciſſem*, de quo tamen videnda ſunt, quæ pluribus ſcripſimus *libr.3.Coniect. cap.5.* Extra hos caſus depoſiti & mandati, veriſſimum ſanè eſt, quod Accurſius hîc notat, nõ ſolùm in ſeruo commodato idem dicendum eſſe, quod in pignori dato *d.l.penult ſup.tit prox.* ſed etiam in locato *l.ſi tibi domum 9.§.1.infr.locat.& in vendito l.1.Cod.de ædilit.edict.* & in ſeruo dato in dotem qui furtum faciat marito *l ſi mulier 21.§ at ſi in dotem rer.amot.* & in legato *leg. ſi heres 110. §. generaliter de legat.1.* In his enim omnibus cauſis diſtinguimus ſcientem ab ignorante, vt ſciens quidem omnimodo & in ſolidum teneatur, ignorans verò non niſi noxali actione.

32. Marcianus lib.4. Regularum

CVm debitore, qui alienam rem pignori dedit, poteſt creditor contraria pignoratitia agere, etſi ſoluendo debitor ſit.

*Ad l.Cum debitore 32.*

Ratio dubi. Contraria actio pignoratitia non eſt inducta, niſi ad indemnitatem creditori præſtãdam, ſi qua ratione damnum paſſus ſit ex cauſa accepti pignoris, vt ſæpius diximus præſertim ad *leg.ſi reus 9.in princip. leg.tutor 16. §. 1.ſupr.* Atqui nullum damnum videtur pati creditor, cui rem alienam pignori debitor dedit, ſi debitor ipſe ſoluendo ſit. Adeóque nec eius intereſſe quicquam videtur hoc caſu, cùm pleniſſimam indemnitatem à debitore conſequi per actionem perſonalem poſſit. Ergo pignoratitia actio contraria ex hac cauſa ei danda nõ eſt, quia nec alij quàm ei cuius intereſt, aut agere aut excipere vnquam permittitur *leg.3.§.1.l ſtipulatio iſta 38.§.alteri de verb.oblig.l.ille à quo 13.§ ſi de teſtamento infr. ad SC.Trebell.* Dec. Plus cautionis eſt in re, quàm in perſona *l.plus cautionis 25.de regul.iur.* Inter-

eſt igitur creditoris incumbere pignori potius quàm in debitoris perſonam, etiamſi maximè ſoluẽdo ſit experiri § *furti autem Inſt.de oblig.quæ ex delict.naſcunt.* Nam vt benè Accurſius notat, poteſt fieri, vt qui hodie ſoluendo eſt, poſtea eſſe deſinat, vt in *l.diuortio 35. in fine principij ſupr. de negot geſt.* Quod in dato pignore non ſimiliter timeri poteſt, niſi fortè quis verẽdũ putet, ne fundus obligatus chaſmate pereat, aut res mobiles pignori datæ incẽdio, vel ruina, vel naufragio intercidant. Sed hi caſus aduentitij minus frequentes ſunt, ideóque nec computandi *l.Iulianus 6.infr. qui & à quib.manum.* Quid rurſum ſi creditori, qui rem alienam ignorans pignori accepit à debitore, etiam chirographaria pecunia debeatur? An non eius intereſt habere pignus, vt retentionem illam exercere poſſit? de qua in *titul C.etiam ob chirogr. pecun.pign.retin. poſſ.* Nec enim rem alienam pignori datam retinere poteſt, cùm nexa & obligata non ſit à domino, neque ex voluntate domini qui eam vtique vindicare, & creditori quando placuerit auferre iure ſuo poteſt *l.vlt & tot.tit. C.ſi alien.res pign.dat.ſit l.rem alienam 28. infr. de contr empt.* Quid item ſi naturale tãtùm fuit debitum, pro quo pignus rei alienæ datum eſt, ac proinde quod peti non poſſit, ſed tamen ſolutum aut pro eo pignus datum retineri poſſit *l.per retentionem 4.C.de vſur.* Quid denique ſi creditor ex iis ſit, quibus pecunia ſine peculio res fragilis & lubrica eſt, vt eam facilius & citius expẽſurus ſit, quàm rem obligatam diſtracturus? *l.ſi chorus 79.§.1.de legat.3.* His certè caſib. omnibus, negari non poteſt, quin iuſtiſſimè interſit creditoris, nec proinde quin danda ei ſit cõtraria actio pignoratitia per quam id quod ſua intereſt conſequatur, niſi paratus ſit debitor aliam rem æquè bonam & ſuam propriam pignori dare, vt in *l.ſi quis domum 9.in prin. infr. locat.* Sic enim fiet, vt nihil interſit debitoris, tametſi aliena res prius ei data fuerit *l. ſi heres t 10. §. generaliter de legat.1 l.qui autem 14.§.1.ſup.de pec.conſtit.* Quamuis non ad hoc poſſet agere, vt alia res æquè bona pignori detur, vt rectè concludit Bartolus, quoniam is qui cõuenit, vt aliquam certam quamuis alienam rẽ det pignori, nullomodo eſt obligatus, vt aliam æquè bonam dare cogatur, niſi ſe pignus idoneum generaliter & indeterminatè daturum promiſerit: quo caſu etiam ad hoc conueniri poſſet, vt aliud æquè bonũ & idoneum daret *d.l.qui autem §.1.* Quomodo igitur id ꝙ intereſt creditoris hoc caſu æſtimabitur? Placet quod vult Bartol. tanti intereſſe videri quãto minoris vendi poſſet nomen debitoris ob defectũ pignoris. Expeditior enim hęc ſententia eſt, multáſque difficultates perimit, vt ex Iuliano Vlp. ſcribit in *l.1.§.ſi heres infr.ad SC.Trebell.*

33. Idem libro ſingulari ad Formulam hyp hothecariam.

SI pecuniam debitor ſoluerit, poteſt pignoratitia actione vti ad recuperandam ἀντίχρησιν. nam, cùm pignus ſit, hoc verbo poterit vti.

*Ad l.Si pecuniam 33.*

RAT. DVB. Pignoratitia actio non aliunde dicitur, quàm à pignore, vt nomen ipſum ſonat, & nos ſæpius diximus. Atqui antichreſis non eſt idẽ quod pignus, nec rurſum contractus antichreſticus idem cum pignoratitio: alioquin ſi idem ſunt, cur diuerſa habent nomina? *arg l.ſi idem 7. C de codicill.* Ergo ſi antichreſim debitor contraxerit, id eſt, pignus ita dederit, vt creditor in vicem vſurarum pignore vteretur, eiúſque fructus ſibi perciperet *l. ſi is qui 11. §. 1.infr.de pignor.* dicendum eſt, ſoluta pecuniâ, non pignoratitiam actionem debitori poſſe cõpetere, ſed aliam alterius nominis ex contractu ipſo antichreſtico competentem, quam perinde ſi voles poſſis antichreſticam appellare, ſicut à pignoratitio contractu, pignoratitiam. DEC. Quod prædicatur de genere, prædicatur etiam de ſpecie. Semper enim ſpecialia generalibus inſunt, vt habet iuris regula. Atqui pignus & antichreſis etiamſi nomine ac re ipſa differant, vt animal & homo, ſe tamen habent vt genus & ſpecies. Pignus generis nomen eſt, antichreſis, ſpeciei. Omnis antichreſis pignus eſt. Sed non viciſſim omne pignus poſſis antichreſim dicere, non magis quàm omne animal, hominem. Ergo cùm pignoratitia actio illa ſit, quæ de pignore dato redditur *leg.1.ſupr.l.pen.infr.* conſequens eſt, vt finita antichreſi per ſolutionem pecuniæ, pignoratitia æquè competat. Et hoc verbo huius actionis debitorem vti nihil prohibet, vt antichreſim recuperet à creditore. Atque hæc vera nec obſcura huius legis ſententia eſt. Quam tamẽ vulgares noſtri interpretes Græcæ linguæ ignoratione nõ intelligẽtes, multa hîc nugantur de antiphona, vel vt apud Accurſium legitur, antiphina. Quo nomine tandem ſignificari nolunt pignus prætorium de quo in *l.non eſt mirum 26.ſupr.* Vt ex iis potiſſimum videre eſt apud Bartolum & Caſtrenſem ad hanc legem, ſed apertius ad *d.l.ſi is qui §. ſi antichreſis de pignor.* vbi totam rem hanc ſubtilius, vt ſibi quidem videtur, meo autem iudicio lõgè facetius & ſuauius explicat, ex antiphonis, quæ in Eccleſia ante Pſalmos decãtantur. Sed & illud falſum eſt, quod ex tam abſurda huius legis interpretatione noſtri inferunt, ſoluto pignore prætorio competere debitori pignoratitiam actionem. Non enim niſi ex cõtractu poteſt competere, ideóque inter bonæ fidei actiones numeratur §. *actionum 25.Inſtit. de act.l.ſi ſeruus 61.§. quod ſi ſciens infr. de furt.* Pignus autem prætorium non per contractũ conſtituitur, ſed ſola magiſtratus authoritate *d.l. non eſt mirum.* Quæ cùm non ad aliud interponatur, niſi vt hoc remedio creditori ſatisfiat, non indiget actione iſta, vel alia vlla debitor qui ſatisfecit, vt rem ſuam propria authoritate repetat, aut ſaltem per iudicem à poſſeſſore vindicet, tanquam à nexu & vinculo pignoris liberatam. Nulla ſiquidem retrotraditione indiget is, qui non ipſe tradidit, quamuis creditor in poſſeſſionem à prætore miſſus ſit. Quod ſi hoc quoque caſu pignoratitia debitori danda eſſet directa contra creditorem ſoluto ei debito, conſequens eſſet, vt perinde creditori pro his quę bona fide in pignus prætorium impendiſſet, dari deberet pignoratitia contraria, quod tamen falſum eſt. Comparata enim eſt à prætore in eam rem ſpecialis in factum actio, de qua in *l.prætor ait 9. in princip.& paſſ.infr.de reb.author.iudic. poſſid.* maximè in §. *his verbis §.generaliter, & §.eſt præterea quæſitum*, vbi nominatum Vlpianus addit, meliorem eſſe conditionem eius qui à prætore miſſus eſt in poſſeſſionem, quàm ſit creditoris in pignore, quia non tene-

tur ſi dolo malo careat: cùm tamen creditor in pignore nõ tantũ dolũ, ſed etiã culpã prȩſtare debeat, & quidẽ pignoratitia actione directa *l. ſi cùm venderet* 13. §. 1. *ſup.* Ex eo igitur intelligimus pro pignore prætorio etiã poſt ſolutã pecuniã competere pignoratitiam nõ poſſe, quã nec vſpiam ſcriptũ eſt cõpetere.

34. MARCELLVS libro ſingulari Reſponſorum.

TItius cùm credidiſſet pecuniam Sempronio, & ob eam pignus accepiſſet, futurúmq; eſſet, vt diſtraheret (eam) creditor, quia pecunia non ſolueretur, petiit à creditore, vt fundum certo precio emptum haberet: &, cùm impetraſſet, epiſtulam, qua ſe vendidiſſe fundum creditori ſignificaret, emiſit. quæro, an hanc venditionem debitor reuocare poſſit, offerendo ſortem, & vſuras, quæ debentur? Marcellus reſpondit, ſecundùm ea, quæ propoſita eſſent, reuocare non poſſe.

*Ad l. Titius 34.*

RATIONVB. Pactum commiſſorium, quod vulgò legis commiſſoriæ vocant, in pignoribus locum non habet, & improbatum eſt, tãquam aſperum & odioſum, quoties ab initio conuenit, vt ſi ad diem pecunia credita non ſoluatur, pignus venditum ſit creditori pro ea ſumma, quȩ debetur, vt ſit illa loco precij *l. vlt. C. de pact. pignor.* Atqui pactum de quo in hac lege agitur, quo conuenit, vt quoniam pecunia ad diem non ſoluebatur, creditor fundum certo precio emptum haberet, ſi non eſt verè commiſſoriũ, quia ab initio & in ipſa pignoris datione interpoſitum non fuit, ſed ea poſtfacto, ſimile tamen eſt pacto commiſſorio. Quid enim refert, an ab initio fiat, an ea poſtfacto? Non nego valere venditionem condicionalem pignoris *l. ſi fundus 16. §. vlt. infr. de pignor.* Sed non poteſt videri hæc pactio continere venditionem condicionalem, quia non conuênit vt creditor fundum emptum haberet, ſi pecunia non ſolueretur, ſed quia non ſoluebatur, vt lex ait, ac proinde nulla hîc condicio eſt. Ideóque fatendum eſt pactum hoc eſſe ſimile commiſſorio, & conſequenter non magis poſſe valere, quàm ſi eſſet verè commiſſorium *l. vlt. in princip. infr. de contr. empt.* vbi ille tantùm caſus excipitur quo pactum huiuſmodi factum ſit, fauore tertij puta fideiuſſoris. Idem enim ferè iudicari ſolet de pacto vel cõtractu ſimili, quod de pacto & contractu ipſo cuius ſimilitudinem gerit *l. cum qui 10. §. 1. ſupr. tit. prox. l. naturalis 5. §. pen. infr. de præſcript. verb. l. vlt. ſupr. de condict. cauſ. dat.* DEC. Non prohibetur creditor pignus emere à debitore, cùm pignoris dominium ſit debitoris *leg. reſcriptam 12. in princip. infr. de diſtract. pignor. l. aliena 20. §. vlt. ſupr.* Atqui pura pignoris venditio eſt, tum quoque cùm poſt moram creditoris ſua die nõ ſoluentis conuênit inter debitorem & creditorem, vt pignus certo precio ſit emptum creditori: omnia enim hîc concurrunt quæ ad venditionem perficiendam cõcurrere neceſſe eſt, conſenſus ſcilicet emendi & vendendi, & conuẽtio certi precij in pecunia numerata conſiſtentis. Ergo nihil eſt, quod impediat, quominus hæc cõuentio valeat iure perfectæ venditionis. Et quamuis in venditionibus non ſoleamus requirere, an iuſta fuerit aliqua cauſa contrahendæ venditionis, quia volontas vendendi ſufficit in vẽditore, & emendi in emptore, hîc tamen iuſta illa cauſa ſubeſt, quòd ad diem ſoluta non fuit pecunia, quæ ſub pignore debebatur: poterátque creditor ſuo iure nulla etiam præcedente conuentione pignus vendere, ſi non ab emptore ipſo idem emere maluiſſet, vt in *l. 1. C. de pact. pignor.* Hanc igitur vẽditionem valere dicendum eſt, nec abs re aut ſine cauſa emiſiſſe debitorem epiſtolam ad creditorem; quà ſignificauit ſe fundum creditori vendidiſſe. Non quaſi contracta ſit hoc caſu venditio per epiſtolam, (tametſi hoc quoque fieri poſſit, vt & in cæteris cõtractibus euenit, qui conſenſu ſolo perficiuntur *l. 1. §. 1. infr. mandat. l. 1. §. vlt. de contr. empt. l. 2. de oblig. & act.* ſed quia iam tum contracta fuit cùm petiit debitor à creditore, vt fundum certo precio emptum haberet, & id impetrauit. Et conſequẽter fatendum eſt, quod Marcellus in hac lege ſubiicit, non poſſe debitorem offerendo poſtea ſortem & vſuras quæ debebantur, venditionem renocare. Tandiu enim dũtaxat ius offerendi locum habere poteſt, quandiu pignus durat, quod porrò durare non poteſt poſt acquiſitum ipſius dominium creditori *leg. pen. §. 1. de except. rei iudic.* Malè Accurſius in huius legis ſpecie ponit tres perſonas interueniſſe, Titij, Sempronij, & Seij, cùm *Marcellus* non niſi debitoris mentionem faciat, & creditoris. Secunda igitur caſus poſitio, vt ipſe loquitur, eſt ſequenda, quæ duabus perſonis contenta eſt. Sed grauius errat Bartolus, qui putat non aliam eſſe huius loci ſententiam, quàm vt pactum commiſſorium aut commiſſorio ſimile quod non valeret, ſi ab initio interpoſitum fuiſſet, valeat tamen cùm interpoſitum eſt ex poſtfacto rationem illam adferens diuerſitatis, quòd ab initio debitor cùm eget pecunia, faceret creditori omne pactum, quod vellet ad habendam pecuniam, & ideò, inquit, pactum reprobatur, quaſi continens in ſe quãdam aſperitatem & violentiam ex *dict. leg. vltim. Cod. de pact. pignor.* Quæ ratio ceſſat, quando pactum huiuſmodi apponitur ex interuallo. Nam vt oſtendimus, neque de pacto commiſſorio hîc agitur, neque de alio quod ſit ei ſimile, vt neque de pignoris venditione condicionali, quã valere omnes conſentiunt ea *dict. l. ſi fundus 16. §. vlt. de pignor.* ſed de pura pignoris venditione de qua nemo vnquam dubitauit, quin valere debeat. Tanquam quæ à pacto commiſſorio longius recedat, quàm pignoris venditio condicionalis. Eſt enim omne pactum commiſſorium condicionale, habens expreſſam illam cõdicionem, *Si pecunia debita ſub pignore, ad diem non ſolueretur.* Hęc autem venditio, de qua tractamus, pura eſt, quia condicionem nullam habet, ſed cauſam dũtaxat, eámque collatam in præteritum, quia pecunia non ſoluebatur, non in futurum, quomodo concipi omnes condiciones debent, vt habeant vim condicionis *l. cùm ad præſens 37. cum duabus ſeqq. ſupr. de reb. credit. l. condicio 100. de verb. oblig.* Deinde omne pactum commiſſorium, per quod ſcilicet pignus in venditionem conuertitur, non aliud pre-

cium venditionis habet, quam ipſam pecuniæ debitæ quantitatem: quæ porrò ſicuti vix eſt, vt ad pignoris æſtimationem aſcendat, quia ſemper pluris eſſe ſolet pignus, ſiue vt tanto citius & facilius emptorem inueniat non ſolutâ ad diem pecuniâ, quàto viliore precio diſtrahetur, ſiue vt ſi contingat vſurarum acceſſione augeri ſummam debiti, pleniſſimè tamen cautum habeat creditor de omni eo quod debeatur: ita vix fieri queat, vt ſumma debita iuſto pignoris precio æquipolleat, nec proinde vt non valde in precij quantitate lędatur miſer debitor, qui non aliud ex pignoris ſui venditione precium ſperare poſſit, quàm illud ipſum quod debet. Neq; eſt, quod quis replicet, in emptionibus & venditionibus licere naturaliter contrahentibus in precio ſe decipere ex *l. in cauſa 16. §. idem Pomponius ſupr. de minor. l. item ſi precio 22. § vlt. & l. ſeq. infr. locat.* Id enim tum verè dicitur cùm vendendi emendíque animo partes conueniũt, vt in *l. ſi voluntate 8. Cod. de reſcind. vendit.* quod ex præcedente tractatu dignoſcendum eſt *l. ſi procuratorem 8. in princip infr. mandat. l. 1. §. ſi ſeruus depoſuit 30. depoſ. l. ſi tantùm 12. de SC. Maced.* In propoſito autem non adfuit ab initio vendendi animus, aut emendi, ſed pignoris duntaxat contrahendi. Ergo nec ab initio precium iniuſtum venditionis conſtitui debuit in futurum euentum, & in damnũ debitoris, qui nihil non conceſſurus ſit creditori, vt vel ab eo pecuniam mutuã ab initio extorqueat, vel ex poſtfacto longiorem diem ad ſoluendum, præſertim ſi talis ſit qui ex cauſa iudicati poſſit detrudi in carceres, niſi legis Iuliæ beneficium de ceſſione bonorum, quod per ſe miſerabile ac lugubre eſt, implorare malit *l. 1. C. qui bon. ceder. poſſ.* Quare nec improbatum eſt in pignoribus pactum illud, vt ſi ad diem pecunia nõ ſoluetur, creditor iure emptoris poſſideat rem obligatam, certo precio tunc æſtimandam. Hoc enim caſu non tam pactum commiſſorium in pignore factum intelligitur, quàm venditio contracta ſub condicione, dilata ſcilicet conuẽtione precij certi in aliud tempus, nec ad quantitatem ſub pignore debitam relata *d. l. ſi fundus 16. §. vlt. infr. de pignor.* Quod ſi ita eſt, quanto magis valebit conuentio ex poſtfacto interpoſita, vt creditor qui ob non ſolutam ſua die pecuniam de diſtrahendo pignore iam cogitabat, habeat ſibi emptum pignus certo precio, vt in hac lege, non quia huiuſmodi conuentio ex poſtfacto interpoſita ſit, vt ſomniat Bartolus, ſed quia precium certum hunc primùm conſtitutum eſt, aliud quàm ex debitæ pecuniæ quantitate æſtimandum. Itaque tota huius legis ratio pendet ex illis verbis *certo precio*, quæ ſi non eſſent addita, aut ſi precium illud certum ex debitæ quantitatis ratione conſtitutum eſſet, quamuis ex interuallo, venditio tamen defendi nullo modo neque tanquam pura, neque tanquam condicionalis. Etſi enim neque commiſſorium pactum hoc dici deberet, eſſet tamen pacto commiſſorio non valde diſſimile, quamuis nullam habens condicionem, quia eadem rei familiaris anguſtia quæ miſerum adigit debitorem, vt tali tamque improbo pacto ab initio conſentiat, habendæ pecuniæ gratiâ, eadem vrget eundem debitorem, cogitque vt ex poſtfacto idem facere etiam inuitus teneatur ad diſtractionem pignoris impediendam, & declinãdos carceres. Nec enim ob id minus detrudi in carceres poteſt debitor, quod pignus dederit, ſiue ad ius quo vtimur reſpicias, quod non minus corporis quàm bonorum debitoris pignus & obligationem permittit contra iuris veteris rationem *l. ob æs alienum 12. Cod. de oblig. & act.* cùm pignus neceſſe ſit à domino conſtitui, vt valeat *l. vlt. & tot. tit. C. ſi alien. res pignor. dat. ſit.* nemo autẽ dominus ſit membrorum ſuorum *l. liber homo 13. ſupr. ad leg. Aquil.* Siue ad ius commune ex quo poteſt quis in executione iudicati detrudi in carceres, etiãſi corpus ſuum pignori non obligauerit *d. l. 1. C. qui bon. ceder. poſſ.* Etenim vt ſolent pragmatici dicere, vna executio non impedit aliam, dum ne creditor bis ſuum conſequatur, & ab initio proteſtetur nolle ſe niſi ſemel cõſequi, quod ſibi debetur *l. 1. §. quia autem in fin. quod legat.* Cæterùm obiicit Accurſius huic legi, quod ſcriptum eſt in *l. quamuis 45. aliàs l. Calippo de ſolut.* Quamuis ſtipulanti vxori vir ſpoponderit, dirempto matrimonio prædia, quæ doti erant obligata, in ſolutum dare, ſatis tamen eſſe ſi offerat dotis quantitatem, id eſt, vt idem Accurſius explicat, quicquid ex dotis cauſa debetur, ſiue ſortis nomine, ſiue vſurarum. Sed bene reſpondet multum referre, an pignus datum ſit in ſolutum aut venditum (eſt enim datio in ſolutum non abſimilis venditioni *l. ſi prædium 4. C. de euict.*) an verò dũtaxat dari promiſſum, vt in *d. l. quamuis.* Sola enim promiſſio vendendi, aut in ſolutum dãdi pignus creditori non extinguit pignus, quod per ipſam venditionem aut dationem in ſolutum propter acquiſitionem dominij ratione confuſionis extingueretur *d. l. pen. §. 1. de except. rei iudic. l. ſi rem alienam 29. ſupr.* Nemo autem dixerit promiſſionem vendendi aut in ſolutum dandi, venditionem eſſe aut dationem in ſolutum *l. vlt. ſupr. de condict. cauſ. dat.* Neque verò ex eiuſmodi promiſſione vnquam ſequi poteſt acquiſitio dominij, quia traditionibus non nudis pactis aut promiſſionibus rerum dominia transferuntur *l. traditionibus 20. C. de pact.* Dices, neque ex venditione ſola transferri dominium, ſi non & traditio ſequatur *l. quoties 15. C. de rei vindic. l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Sed non eſt bona obiectio. Tractamus enim de creditore pignoratitio, qui proinde poſſeſſionem pignoris penes ſe habeat, vt in *l. ſi rem 9. §. propriè ſupr. l. prox. §. 1. inf.* & ita nulla indigeat traditione, ſed ſola domini volũtate ad dominium rei obligatæ acquirendum *leg. quaratione 9. §. interdum infr. de acquirend. rer. domin. §. interdum Inſtit. de rer. diuiſ.* Et hoc fortaſſis eſt quod Accurſ. noſter in vltimæ gloſſæ fine ſenſit.

35. FLORENTINVS libro 8. Inſtitutionum.

CVm & ſortis nomine, & vſurarum, aliquid debetur ab eo, qui ſub pignoribus pecuniam debet: quidquid ex venditione pignorum recipietur, primum vſuris, quas iam tunc deberi conſtat, deinde, ſi quid ſupereſt, ſorti accepto ferendum eſt. nec audiendus eſt debitor, ſi, cùm parum idoneum ſe eſſe ſciat, eligat, quo nomine exonerari pignus ſuum malit.

Mi. cùm

*Ad l. Cùm & ſortis 35.*

RAT. DVB. Pignoris diſtractio ſecuta perceptione precij, pro debiti ſolutione eſt *l. reſcriptum 12. §. 1 infr. de diſtract. pignor.* Atqui debitor ex pluribus cauſis ſi ſoluat, electionem habet in quam cauſam ſoluere malit. Quamuis ſi non eligat, videatur ſolniſſe in duriorem *l. 1. 2. 3. 4 & 5. §. Imperator l. cùm ex pluribus 97. de ſolut. l. 1. C. eod.* Ergo & cùm creditor pignus diſtrahit ab eo ſibi datum, qui & ſortis & vſurarum debitor erat, quicquid ex pignoris venditione percipitur, in eam cauſam imputandum eſt, quã debitor elegerit, tametſi in ſortem ſolam imputare malit, tantum abeſt, vt in vſuras ſolas imputari debeat, quomodo Florentinus hîc ſcribit. Id enim tùc tantùm verè dici poteſt, cùm electio à debitore non facta in creditorem tranſlata eſt *d. l. 1. C. de ſolut. l. ſi vſuras 21. C. de vſuris.* DEC. Alia longè cauſa eſt debitoris ſoluentis, alia creditoris pignus diſtrahẽtis. Nam cùm debitor ſoluit pecuniam in poteſtate eius eſt commemorare, in quam cauſam ſoluat. Cùm autem creditor pignus diſtrahit, licèt ei acceptum precium referre etiam in eam quantitatem quæ naturâ tantùm debeatur, & ideò deducto eo totum reliquum debitum peti poteſt. Verba ſunt Pauli in *leg. Paulus reſpondit 101. §. 1. de ſolut.* vbi licèt ratio diuerſitatis non reddatur, illa tamen ſtatim occurrit, quod tam ex ciuilis quàm ex Pontificij iuris regula in alternatiuis electio debitoris eſt *l. 2. § Scæuola ſupr. de eo quod cert. l. plerunque 10. §. vlt. infr. de iur. dot.* Qui autem ſoluit, debitor eſt, & idcirco ad eum electio pertinet. Creditor verò cùm pignus diſtrahit hoc ipſo fit debitor eius quantitatis, quæ ex pignoris venditione redigitur, vnde eſt, quod nec liberatur debitor per diſtractionem pignoris, etiam ſolutione facta creditori, niſi iure cuiuſdam tacitæ compenſationis, quæ fit per mutuam debiti & crediti inter ſe cõtributionem, vt diximus ad *l. ſi conuenerit 18. ſupr. hoc tit.* Æquum igitur eſt dari ei hoc caſu electionem, in quam cauſam imputare velit precium pignoris, qui alioquin habere electionem non poſſet, niſi ad ſe tranſlatam à debitore. Nam & cùm debitor ab initio, id eſt, in ipſo tempore ſolutionis habet electionem, nec eligit, non alia de cauſa transfertur in creditorem electio *d. l. 1. C. de ſolut. d. l. ſi vſuras 21. C. de vſur.* quàm quia ex creditore pecuniæ fit debitor electionis. Niſi fortè proponas tam ſtultum creditorem, vt in totum debitum velit imputare ſolutionem, quæ parti duntaxat debiti exſoluendæ ſufficiat? Quid ergo ſi neuter incontinenti eligat? Imputandum erit, quod ſolutum eſt in vſuras, prius quàm in ſortem *d. l. 1. in fin. C. de ſolut.* Neque vlla meo iudicio erit hac parte differentia inter debitorem ſoluentem, & creditorem pignus diſtrahentem. Fit enim hoc non iure competentis electionis, quam vterque amiſit, ſed ex mera iuris ratione ac diſpoſitione. Alia cauſa non eſt ſolutionis factæ & acceptæ tam in ſortem, quàm in vſuras. Nam & illo caſu cedit prius in vſuras, quàm in ſortem, licèt non modò ſortis mentio facta ſit, ſed etiam prius quàm vſurarum, vt ex Marcello Vlpianus docet in *d. l. 5. §. vlt. infr. de ſolut. & liberat.* Quamquam extra hunc caſum proprium eſt copulæ, vt ponatur inter diuerſa, ac ea coniungat, & ea æquè determinet. An verò diſtinguemus in ſpecie huius legis, an debitor ſoluendo ſit, nécne? Vt ſi ſoluendo ſit, electionem habere debeat, in quam cauſam ſortiſne an vſurarũ imputari velit precium, quod ex pignoris venditione redactum eſt. Hoc enim videtur iuuare ratio Florentini expreſſa his verbis, *Nec audiendus eſt debitor, ſi cùm parum idoneum eſſe ſe ſciat, eligit quo nomine exonerari ſuum pignus malit.* Item quòd nihil videatur intereſſe creditoris, cùm debitor ſoluendo eſt. Sed tamen contrà exiſtimandum eſt, ob eam rationem quam attulimus, & quia negari nõ poteſt, quin creditoris interſit, tum quoque cùm debitor ſoluendo eſt, vt ius pignoris retineat, & pignoratitius creditor ſit potius quàm nudus *l. cùm debitor 32.* vbi diximus *ſupr.* Idque noſter ſentit Accurſius cùm ad verba illa, *ſi cùm parum idoneum ſe eſſe ſciat* ſupplet *præſertim.* Nam nec nouum eſt, vt vna eadémque ratio in duobus caſibus locum habens, in vno tamen potentior ſit quàm in alio.

1 ¶ Pignus, manente proprietate debitoris, ſolam poſſeſſionem transfert ad creditorem, poteſt tamen & precario[2], & pro conducto debitor re ſua vti.

*Ad §. 1. Pignus.*

RAT. DVB. Poſſidere nihil aliud eſt, quàm animo domini & ſibi habere, vt diffinit Theophilus in *Inſtit.* Atqui creditor non ſibi, nec animo domini poſſidet, ſed pro alieno: vnde eſt, quod nec vſucapit *l. pignori 14. inf. de vſucap.* Ergo pignus non magis transferre poteſt poſſeſſionem in creditorem, quàm proprietatem, de qua nemo dubitat quin remaneat in dominio debitoris *l. reſcriptum 12. in princip. infr. de diſtract. pignor. l. pignus 6. C. hoc tit.* DEC. Pignus propriè illud eſt, quod non nuda cõuentione conſtituitur, ſed traditione *l. ſi rem 9. §. propriè in act. l. 1. ſupr.* cùm inde nomen ſumpſerit quaſi à pugno *l. plebs eſt 136. §. pignus de verb. ſignific.* Atqui traditio nihil niſi datio & tranſlatio poſſeſſionis eſt *l. 3. in princ. infr. de act. empt. l. 3. ſupr. ſi vſuf. pet.* Ergo fieri nequit, vt per dationem pignoris, quod propriè pignus eſt, poſſeſſio non tranſeat in creditorem *leg. per ſeruum 37. in princip. de acquir. rer. domin.* Neque hoc tantùm verum eſt in pignoratitium creditorem tranſire poſſeſſionem, ſed quod magis eſt, propriè illum & verè poſſidere. Nam & in conductorem ſecuta rei locatæ traditione, & in depoſitarium, commodatarium ſimiléſque perſonas ius habentes ex contractibus qui traditione perficiuntur, trãſit poſſeſſio, & ſunt hi omnes in poſſeſſione, & tamen non poſſident *l. certè 6. §. is qui rogauit inf. de precar.* Aliud enim eſt poſſidere, aliud verò eſſe in poſſeſſione *l. ſi quis ante 10. de acquir. poſſ.* Et is verè poſſidet, non qui eſt in poſſeſſione alieno nomine, ſed cuius nomine poſſidetur *l. quod meo 18. eod.* Atqui creditor ſuo nomine poſſidet & ad ſuam vtilitatem, licèt poſſideat pro alieno: ita vt ad omnes cauſas poſſit ſe poſſeſſorem verè dicere, prætérquam quod ad cauſam vſucapionis *l. ſerui nomine 16. de vſucap.* Et quod vſucapere tamen non poteſt, non ex eo fit, quod non poſſideat, ſed quia ad vſucapionem vera poſſeſſio ſola non ſufficit, ſi non adſit etiã bona fides ab initio, quæ porrò non poteſt eſſe in creditore, qui alienam rem eſſe ſcit, quæ pignori data eſt, & eam pro alieno poſſidet *d. l. pignori.* Quid? Nónne traditionibus etiam rerum dominia tranſ-

feruntur? *l. traditionibus* 20. *C. de pact.* Ita eſt, ſed non aliter quàm ſi præcedat iuſta & habilis cauſa transferendi dominij *l. nunquam nuda* 31. Titulus autem pignoris nō eſt habilis ad transferendum dominiū, quia nec id agitur inter debitorem & creditorem, vt dominium creditori acquiratur. Nuda igitur hæc traditio eſt, quæ proinde transferre dominium nullo modo poteſt, ſed tamen poſſeſſionem poteſt *d. l.* 3. *ſi vſusfruct. pet.* Indéque fit, vt ex cōtractu pignoris nulla creditori actio in rem competat, quæ ſcilicet nunquam datur poſſeſſori, niſi fortè poſſeſſionem amiſerit: quo caſu incipit habere hypothecariam, & quaſi Seruianam *l. ſi creditor* 28. vbi diximus *ſupr.* Planè in edicto prætoris de quo in *tit. qui ſatiſd. cogant.* quo ſatiſdare non coguntur ij qui ſunt bonorū immobilium poſſeſſores, creditor etiam cui fundus pignori obligatus eſt (nam & immobilium rerum æquè ac mobilium pignus hodie dicitur) non tamen habetur pro poſſeſſore, quia eo edicto nihil aliud agit prætor, niſi vt ſatiſdationis incommodo exoneret locupletiores, quales eſſe creduntur ij qui poſſeſſores ſunt immobilium *l. ſciendum* 15. *in princip. ſupr. qui ſatiſd. cogant.* Nemo autem dixerit locupletiorem eſſe creditorem ob id ſolùm quòd pignus habeat *d. l. ſciendum* §. *creditor.* vbi diximus, ſicuti nec pauperior qui pignus non habet: vnde fit vt pignoris remiſſio non ſit donatio *leg.* 1. §. 1. *infr. quibus mod. pign. vel hypoth. ſoluit. leg. etſi pignus* 18. *infr. quæ in fraud. credit.*

a *Poteſt tamen & precario.* RAT. DVB. Neque precarium neque conductio eſſe poteſt rei propriæ *l. qui rem ſuam* 15. *infr. depoſit. l. neque pignus* 45. *de reg. iur.* Ergo nec precariò nec pro conducto poteſt debitor re ſua vti. DEC. Debitor qui rem ſuam dat pignori dominus quidem rei ſuę manet, ſed tamen eius poſſeſſionem in creditorem transfert, vt modò diximus. Nihil ergo prohibet, quominus re ſua vti & precariò, & pro conducto poſſit, dummodò ſolius poſſeſſionis non etiam proprietatis conductio aut precarium rogetur, vt diximus ad *l. ſi rem alienam* 29. *ſupr. ex l. certè* 6. §. *vlt. infr. de precar. leg. ſi aliquam* 28. *de acquir. poſſ. l. qui pignoris* 36. *& ſeq. eod. tit.*

36. VLPIANVS libro 11. ad Sabinum.

SI quis in pignore dando pro auro æs ſubieciſſet creditori, qualiter teneatur, quæſitum eſt? in qua ſpecie rectiſſimè Sabinus ſcribit: ſi quidem, dato auro, æs ſubieciſſet, furti teneri: quod ſi in dando æs ſubieciſſet, turpiter feciſſe, non furem eſſe. ſed hic puto pignoratitium iudicium locum habere, & ita Pomponius ſcribit. ſed & extra ordinem ſtellionatus nomine plectetur, vt eſt ſæpiſſime reſcriptum.

*Ad l. Si quis in pignore 36.*

RAT. DVB. Pignus non nuda conuentione, ſed traditione propriè contrahitur, vt diximus ad §. 1. *legis præcedentis ex l.* 1. *l. ſi rem* 9. §. *propriè ſupr. l.* 1. §. *creditor quoque infr. de oblig. & act.* Ergo non tam inſpiciendum eſt quid in pignoris conuētionem deductum ſit, quàm quid pignoris nomine traditū. Atqui ponimus debitorem in dando pignore pro auro ſubieciſſe æs creditori. Ergo indiſtinctè dicendum eſt, non aurum, ſed æs tantùm in hoc caſu pignori datum videri, nec proinde vlla actione teneri debitorem, neque pignoratitia contraria, neque ſtellionatus, quaſi creditorem deceperit, ſiue poſt aurum pignori datum æs ſubiecerit, ſiue in ipſo pignore dando id fecerit, quamuis Sabinus ita diſtinguere ſoleret, vt priore caſu etiam furti debitor teneatur, poſteriore verò non tam fur eſſe, quàm turpiter feciſſe exiſtimetur. Vtroque autem caſu & ordinaria actione pignoratitia cōtraria, & ſtellionatus perſecutione extraordinaria teneatur. DEC. Perficitur quidem pignus traditione, ſed incipit tamen vt cæteri contractus omnes à conuentione. Nec fieri poteſt, vt pignus per ſolam traditionem conſtituatur in ea re de qua priùs vt pignori eſſet non conuenerit *l. Ariſto* 3. *infr. quæ res pignor. oblig. poſſ.* ſcilicet extra eos caſus in quib. pignus vel hypotheca tacitè cōtrahitur, in quib. tamen etiam conuentio tacita præceſſiſſe intelligitur. Atqui ponimus expreſſim conueniſſe ab initio, vt aurum non æs pignori daretur, & tamē à debitore traditum fuiſſe æs pro auro, atque ita deceptum fuiſſe à debitore creditorem, cui aliud pro alio ſubiecerit. Fatendum igitur eſt, teneri eo nomine debitorem indiſtinctè, & pignoratitia contraria, & extra ordinem actione ſtellionatus *l. tutor* 16. §. 1. *ſupr. l. quæ prædium* 6. *C. ſi alien. res pign. dat. ſit. l.* 1. *l. vlt. C. de crimin. ſtellion.* quæ in id maximè comparata eſt, vt deficiente omni alia criminali actione dolus extra ordinem vindicetur *l.* 3. *infr. eod. ill. tit.* Neque verò ad has duas actionum ſpecies diſtinctio Sabini pertinet, ſed tantū ad actionem furti, de qua ſola dubitari poterat, an debitor in propoſita ſpecie teneretur. Ad quā quæſtionem reſpondens iam olim Sabinus, dicebat multū referre, an debitor in dando auro pignori, an poſt aurum datum æs pro auro ſubieciſſet. Quamuis. n. negari non poſſit, quin debitor vtroque caſu æquè turpiter faciat, & improbè, decipiendo creditorem (quæ aduerſus Sabini diſtinctionē ratio dubitandi eſſe poteſt) poſteriore tamē caſu debitor fur eſt, quia creditoris poſſeſſionem, quam per dationem pignoris tranſtulerat, interuertit. Quid. n. aliud furtum eſt, quàm interuerſio vſus, vel poſſeſſionis? *l.* 1. *in fin. inf. de furt.* Priore verò caſu, non poteſt debitor fur videri, quia nec interuertiſſe poſſeſſionem dici poteſt, quam nondū in creditorē tranſtulerit: tantum abeſt, vt notandus ſit tanquam infamis, & ſua dignitate priuandus quomodo putat Accurſius ex *l.* 2. *Cod. de dignit. lib.* 12. qua nec fur ipſe notaretur, ſi non lata eſſet cōtra eum ſententia. Sola enim ſententia eſt, quę infamem & notatum facit infamia iuris, vt noſtri loquuntur *l. infamem* 7. *de public. iudic. l.* 1. *l. furti* 6. *ſupr. de his qui not. infam.* Quamuis infamia facti quæ ex delicto ſolo naſcitur, oneret ac ſuggillet exiſtimationem delinquentis apud bonos & graues viros *l.* 4. §. *aduerſus infr. de dolo mal. except.* Neque putandum eſt huius diſtinctionis Sabini aut nullum, aut perexiguum effectum eſſe. Nam quo caſu debitorem furem eſſe diximus, non poteſt aurum furtiuum vſucapi, etiamſi bona fide vendatur

& ematur,

& ematur, vt nec alia quælibet res furtiua, propter legis duodecim tabularum & legis Atiliæ prohibitionẽ § *furtiua quoque res Inſtit. de vſucap.* Quo autem caſu debitor non fur eſt, ſed tantùm facit turpiter, nullum vitium in ſe ſubeſt, propter quod impediri poſſit vſucapio. Quare nec probare poſſum quod hîc Accurſius noſter tanquam ſimile allegat ex *l.2. §. cùm Stichum inſr. pro emptor.* vbi tractans Paulus de eo qui cùm emiſſet Stichum, attamen per traditionem ignorans accepit Damam, negat eum vſucapturum, quaſi in hac ſpecie nec vſucapio vlla ſequi poſſit. Ibi enim ſubiecerat venditor Damam pro Sticho non in ipſa venditione, ſed in traditione, antequam Stichus traditus fuiſſet. Ideóq; bene negat ex Priſci ſententia Damam vſucapi poſſe, non quia eſſet furtiuus (nec enim fur erat venditor ſecundùm poſitam in hac lege Sabini diſtinctionem) ſed quia, vt lex ait, fieri nequeat, vt vſucapiam pro emptore id quod emptum nunquam fuerit. Cæterùm ſi tradito iam Sticho Damas pro Sticho ſubiectus eſſet, non tantùm emptor vſucapere illum nõ poſſet pro emptore, ſed nec alius quiſquam Stichum, tametſi bona fide & iuſto titulo acquiſitum; quoniam in furtiuam cauſam incidiſſet. Et ita Priſci ſententia quam Paulus eo loco refert, iuxta Sabini diſtinctionem ab Vlpiano hîc poſitam explicanda eſt.

1 ¶ Sed etſi quis rem alienam mihi pignori dedit ſciens prudénſque, vel ſi quis alij obligatam, mihi obligauit [a], nec me de hoc certiorauit: eodem crimine plectetur. Planè ſi ea res ampla eſt, & ad modicum æris fuerit pignerata: dici debebit, ceſſare non ſolùm ſtellionatus crimen, ſed etiam pigneratitiam, & de dolo malo actionem [b]: quaſi in nullo captus ſit, qui pignori ſecundo loco accepit.

*Ad §. 1. Sed & ſi quis.*

RAT. DVB. Etiam res aliena vendi poteſt *l. rem alienam 28. inſr. de contr. empt.* Ergo & oppignerari, quia quod emptionem venditionémque recipit, etiam recipit oppignerationem *l. ſed & quod 9. §. 1. inſ. de pignor.* Præſertim cùm fieri poſſit, vt debitor qui oppignerationis tempore dominus pignoris non erat, poſtea tamen dominus fiat, puta ſi domino heres exiſtat, atque ita pignus conualeſcat: hactenus ſaltem, vt pigneratitia & hypothecaria vtilis danda ſit creditori *l. ſi Titio 22. inſr. de pignor.* Cur enim dicamus inutile pignus eſſe quandiu in eo eſt, vt poſſit conualeſcere? *arg. l. quod Seruius 8. in fin. ſupr. de condict. cauſ. dat.* DEC. Differentia magna eſt hac parte inter pignus & venditionem. Venditio enim non rem ipſam quæ venditur afficit, ſed perſonam tantùm obligat, vel vt rem tradat & tradẽdo transferat dominium ſi dominus ſit, vel præſtet euictionem, ſi dominus non ſit, & res euincatur *l. ex empto 11. §. 1. inſr. de action. empt.* Rem enim venditam auferre emptori dominus quandocunque poteſt, ſi modò venditioni non conſenſerit *l. 2. l. ſi fundum 5. C. de rebus alien. non alienand.* At pignus aut ab initio prorſus inutile eſt, aut rem ipſam pignoratam ita afficit, vt eam niſi ſoluto priùs toto debito creditori auferre nemo poſſit, niſi proponas priorem aliquem creditorem, cui eadem res obligata ſit, & cui permittatur per actionem quaſi Seruianam rem euincere *l. ſi mancipium 34. §. vlt. & l. ſeq. inſr. de euict.* Et ideò debitor qui rem dat pignori præſtare non ſolùm debet ſe dominum, ſed etiam nulli alij eſſe rem obligatam, vt ſequitur in hoc §. Sed & creditor ipſe qui iure creditoris vendit, præſtare debet ſe potiorem & antiquiorem *l. 1. Cod. credit. euict. pignor. non deber.* Denique qui ſciens vendit rem alienam ignoranti, non tam emptorem decipit, quàm ſeipſum, cùm hoc ipſo ſe obliget in id omne quod intereſt emptoris, nec aliter in crimen falſi incidit, quàm ſi vendat tanquam ſuam eam rem quam ipſe alij iam vendiderit *leg. qui duob. 21. inſr. ad leg. Cornel. de falſ.* Qui autem alienam rem ſciens oppignerat, decipit proculdubio creditorem qui non niſi ſub pignore aut daturus pecuniam, aut aliter fuerat contracturus, vt cautum ſibi haberet. Quænam enim cautio eſſe poteſt in re aliena, quam dominus vindicare quandocunque iure ſuo poſſit? Nec quod ex poſtfacto poſſit pignus conualeſcere dominio pignoris debitori acquiſito ſecundùm Modeſtini ſententiam in *d. l. ſi Titio*, ad rem facit. Eſt enim caſus ille aduentitius, qui proinde computari non debet *l. Iulianus 6. inſr. qui & à quib. manum.* nec eius ratio haberi aliqua ad ſtabiliendum ius & vinculum pignoris certa obligatione: niſi expreſſim datum ſit pignus rei alienæ ſub illa condicione, ſi ea res fiet debitoris vt in *l. ſi fundus 16. §. aliena res inſr. de pignor.* Nam & è contrario ſtipulari quilibet ſimiliter poteſt rem ſuam ſub ea condicione, ſi ea ſtipulatoris eſſe deſierit *l. nemo rem ſuam 82. de verb. oblig.* Etſi enim his caſibus incertum eſt, an extitura ſit condicio, quæ nec condicio eſſet, ſi non incertum haberet euentum, ius tamen certum eſt, validam eſſe iam ab initio conuentionem pignoris, validam quoque ſtipulationem exiſtente quandocunque condicione. Requirit tamen Vlpianus in hac lege, vt debitor ſciens prudénſque rem alienam pignori dederit creditori nec creditorem certiorauerit: nimirùm vt crimine ſtellionatus plectatur. Ignorantia enim excuſat à dolo & crimine: non tamen à pigneratitia actione contraria, de qua initio huius legis, vt ſcriptum eſt in *d. l. tutor 16. §. 1.* vbi diximus & ad *l. 1. in fin. ſupr.* Nec rurſus decipiendi creditoris ſecundi animum habere videri poteſt debitor, qui eum admonet, facitque certiorem *l. 1. l. quæro 39. de action. empt.*

a *Aut ſi quis alij obligatam mihi obligauerit.* RAT. DVB. Nemo rem ſuam pignori dando deſinit eius eſſe dominus *l. cùm & ſortis 35. §. 1 ſupr. l. pignus 9. C. hoc tit. l. reſcriptũ 12. in princ. inſr. de diſtract. pignor.* Ergo non poteſt prior datio pignoris efficere quominus etiam poſterior valeat. Aliáque longè cauſa illius eſt, qui rem ſuam vni iam venditam & traditam alij vendit, de quo in *l. quoties 15. C. de rei vindic. d. l. qui duobus 21. ad l. Cornel. de falſ.* DEC. Pignus priore loco datum creditori ſic rem obligat & afficit, vt neque debitor, neque qui poſteriorem cauſam ab eo habet, creditori priori auferre id poſſet, niſi oblato

priùs omni debito, non quaſi nullum ſit pignus, quod ſecundo loco datum eſt, ſed quia infirmum eſt, nec aliter prodeſſe creditori poteſt, quam ſi per oblationem illam priori faciendam confirmetur *l. prior. 5. C. qui potior in pignor. hab. l. qui balneum. 9. §. vlt. infr. qui potior. in pignor. hab.* adeò vt audiendus ſit poſterior creditor, ſi ante factam oblationem vrgeat diſtractionem pignoris, quamuis ea lege adiecta, vt non ante cogatur anterior dimittere ius ſui pignoris, quàm fuerit ei pleniſſimè ſatisfactum *l. diuerſis 6. eod.* Id enim locum habet in pignore tantùm iudiciali *l. à Diuo Pio 15. §. quòd ſi res ſit pignorata infr. de re iudic.* non etiam in conuentionali. Eóque iure vtimur, niſi cùm vidua mulier paupercula pro dote agit hypothecaria contra creditorem anteriorem, nec habet quod ei offerat, vt ſcripſi in Codice Fabriano *tit. qui potior. in pignor. hab.* Alioqui delendæ eſſent leges omnes, quæ in libris noſtris de iure offerendi loquũtur. Quotus enim quiſque eſt creditor, cui non eſſet commodiùs & expeditius vrgere venditionem pignoris, quàm pecuniam debitam offerre? Inde nimirum eſt, quod qui res ſuas iam alius obligatas alij rurſum obligant, prædicere ſolent, & debent, nulli alij rem eſſe obligatam præterquam Titio & Sempronio, expreſſa etiam quantitate, pro qua ſit obligata, vt effugiant periculum quod ſolent illi incurrere, qui res ſuas ſæpiùs obligant pluribus, *l. & quæ nondum 15. §. qui res ſuas infr. de pignor.* Cur verò periculum, ac non potiùs crimen ipſum ſtellionatus, quod hoc caſu ipſo facto incurritur? Nempe quia poteſt fieri, vt vel nullum crimen contrahatur, puta ſi ea res quæ pluribus obligata fuit diuerſis temporibus (pluribus enim ſimul & pariter obligari nihil prohibet *d. l. aliena 20. §. ſi pluribus ſupr.*) tam ampla ſit, & ad tam modicum æris obligata, vt dicendum ſit, ceſſare non modò ſtellionatus crimen, ſed etiam pignoratitiam contrariam & de dolo malo actionem quaſi in nullo captus ſit, qui pignus ſecũdo loco accepit, quemadmodum Vlpianus hic ſcribit, vel ſi quod contractum ſit, purgetur & excuſetur, debitore ante inſtitutam criminis perſecutionem vtrique creditori pleniſſimè ſatisfaciente, vt in *l. 1. C. de crimin. ſtellion.* Nec enim creditori quamuis deceptus ab initio fuiſſet, danda eſſet actio ſiue ordinaria, ſiue extraordinaria, poſtquam nihil eius intereſſe cœpiſſet. Ex quo inferre ſoleo, ſi quando creditor cui bona debitoris omnia obligata ſunt, patiatur ſe præſente eadem bona omnia creditori alij obligari pro ea quantitate cui exſoluendæ poſt dimiſſum priorem creditorem non poſſint ſufficere, licèt non ſubſcribat ille in tabulis pignoratitijs, hoc ipſo tamen videri ius ſui pignoris, aut ſaltem prioritatis ordinem remiſiſſe, vt in *l. creditor 12. §. ſi tecũ qui potior. in pign. hab.* quia non modò ſua diſſimulatione decipit ſecundum creditorem, vt in *l. ſi, ſiue 5. C. ad SC. Velleian. l. mulier 11. C. de diſtract. pignor.* ſed etiam adimit ei actionem ſtellionatus, quam habiturus fuerat, ſi debitoris præſentia in ſecunda pignoris datione non interueniſſet. Cur verò adimit? Quia non habet ſecundus creditor, quod conqueratur de debitore, qui licèt pluribus eaſdem res obligauerit minùs idoneas, ad vtrumque debitum exſoluendum, obligauit tamen poſteriori præſente & patiente creditore priore, atque ita credidit futurum, vt neutri facta iniuria videri poſſet: neque priori, qui imputare ſibi debet, cur in poſteriore contractu præſentiam ſuam accommodauerit, cùm proteſtari poſſet, & deberet non niſi ſalua pignoris ſui cauſa ſe conſentire, *in l. 4. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* neque poſteriori qui pignus accipiendo præſente priore ordinem prioritatis ſibi acquiſiuerit, atque ita deceptus non ſit. Nec diſtinguo, an prior creditor in poſteriore cõtractu ſubſcripſerit, aut quaſi teſtis adfuerit. Etſi enim longè certius eſt, ius poſterioris creditoris eo caſu quo vel prior ſubſcripſerit, vt in *l. ſicut 8. §. non videtur eod. tit.* vel eius præſentia fuit adhibita non tanquam teſtis, ſed tanquam eius ad quem ſpectabat negotium: idem tamen iuris eſt, etiamſi neutrum horum interuenerit, ob rationem quã attuli ex hoc §. deſumptam, atque ita conſului aliquando & obtinui. Iunge quæ dicemus ad *l. Caius 39. infr.* Cur verò in pœnam legis Corneliæ de falſis incidit is qui eandem rem duobus ſeparatim vendit, non etiã qui eãdem rem minùs idoneam ſeparatim pluribus obligat? Reſpondet Bartolus nec malè, eſſe hoc iuris conſtituti non tamen aliquo capite legis Corneliæ, ſed à Diuo Hadriano, vt ſcriptum eſt in *d. l. qui duobus*, ſiue ob frequẽtiam contractus emptionis id induxerit, vt idem Bartolus putat *arg. l. 2. in princip. pro emptor.* ſiue potiùs quod in venditione quæ ſolo cõſenſu perficitur faciliùs ſit falſum hoc committere, quàm in cæteris contractibus, qui non niſi traditione perficiuntur. Vix enim eſt, vt res eadẽ duobus ſeparatim tradatur, quanquam nec in conſtituẽda pignoris obligatione traditio neceſſaria eſt *l. 1 ſupr.*

b *Et de dolo actionem.* RAT. DVB. Actio de dolo non niſi ſubſidiaria eſt, nec datur niſi qualibet alia deficiente, ita vt ſi qua etiam extra ordinem cõpetat, vel per reſtitutionem in integrum dari poſſit, ceſſet de dolo actio. *l. 1. §. idem Pomponius & paſſ. ſupr. de dolo actio.* Atqui in propoſita ſpecie cùm debitor eandem rem pluribus obligauit vtrique debito exſoluendo imparem, competit aduerſus debitorem non ſolùm contraria actio pignoratitia, ſed etiã extraordinaria ſtellionatus perſecutio, vt proximè diximus. Ergo non eſt quod de actione de dolo quicquam hoc caſu tractemus. Sed neque ſtellionatus actio videbatur competere, cum quod in priuatis iudicijs eſt de dolo actio, id in criminibus ſit ſtellionatus perſecutio *d. l. 3. §. 1. de crim. ſtellion.* DEC. Poteſt pignus nõ tantũ à debitore dari creditori, ſed etiam ab alio quolibet pro debitore *l. qui autem 14. §. 1. ſupr. de conſtit. pecun. l. 5. §. vlt. infr. de pign.* Atqui cùm pignus ab alio quàm à debitore datũ eſt, non poteſt competere actio pignoratitia creditori aduerſus eũ qui debitor non eſt, quamuis ille rem alij obligatã ſciẽs prudẽsque rurſus alij obligauerit. Ergo ſaltem hoc caſu poteſt locũ habere actio de dolo aduerſus eum qui poſteriorem creditorem decepit, & cuius dolus alia ciuili actione vindicari non poſſit. Et ita bene Accurſius poſt Azonem locum hunc explicat. Nec ad rem pertinet, quod hoc quoque caſu actio ſtellionatus competat. Eſt enim illa actio & perſecutio criminalis quam nihil vetat cum actione de dolo concurrere, & ſimiliter cum actione ſtellionatus actionem de dolo. Non enim ſunt ſibi inuicem ſubſidiariæ, ſed actio de dolo ſubſidiaria ciuilibus actionibus: ſtellionatus autem perſecutio criminalibus, id eſt, ſi aliud crimen nullũ ſit, quod obijciatur. Nec enim crimẽ obijcit, qui dũtaxat obijcit dolum, non quia poſſit vllũ crimẽ eſſe ſine dolo, ſed quia nõ viciſſim dolus omnis crimẽ eſt. Itaq; illo etiã caſu quo is qui pignus dedit cõueniri poteſt contraria pignoratitia actione, nõ eo minùs ſtellionatus perſecutio

locum

locum habebit, quia ad excludendam ſtellionatus perſecutionem non illud inſpicimus, an aliquo actio alia competat, quæ ſit ciuilis, aut prætoria, ſed an aliud crimen ſit quod poſſit obüci.

37. Pavlvs libro 5. ad Plautium.

SI pignus mihi traditum locaſſem domino, per locationem retineo poſſeſſionem: quia, antequam conduceret debitor, non fuerit eius poſſeſſio: cùm & animus mihi retinendi ſit, & conducenti non ſit animus poſſeſſionem adipiſcendi.

*Ad l. Si pignus 37.*

Rat. dva. & nacid. ad hanc legem eadem eſt quæ ad §. 1. *l. cùm & ſortis 35. ſupr.* Videbatur enim non valere conductio, quam debitor rei propriæ feciſſet à creditore ex regula *l. neque pignus 45. de regul. iur. l. qui rem propriam 20. Cod. de locat.* Sed conductio hæc poſſeſſionis tantùm eſt non proprietatis, ideoque valet dummodò is qui non poſſidebat, quamuis dominus eam poſſeſſionem conducat à poſſeſſore *l. ſi aliquam rem 28. l. qui pignoris 36. & ſeq. infr. de acquir. poſſeſſ. l. certè 6. § vltim. & l. ſeq. infr. de precar.* Creditor autem pignoratitius vtique verè poſſidet pignus quod ad omnes cauſas præterquàm quod ad vſucapionem *l. ſerui nomine 16. de vſucap. l. per ſeruum 37. in princip. de acquir. rer. domin.* Ergo nihil vetat, quominùs poſſit debitor poſſeſſionem conducere à creditore, perinde ac poteſt creditor à debitore proprietatem emere, quia debitoris eſt *l. reſcriptum 12. in princip. infr. de diſtract. pignor.* Nec enim verendum eſt, vt debitore eodemque domino conducente rem ſuam à creditore pignoratitio, fiant duo eiuſdem rei in ſolidum poſſeſſores contra *leg. 3. §. ex contrario infr. de acquir. poſſeſſ. leg. duo in ſolidum 19. de precar.* Cùm is qui conduxit, non poſſideat, ſed in poſſeſſione tantùm ſit locatoris nomine *leg. ſi quis antè 10. leg. quod meo 18. de acquir. poſſeſſ. dict. leg. qui pignoris & ſeq. eod. leg. non ſolùm 33. §. quod vulgò de vſucap. leg. malè agitur 2. Cod. de præſcript. 30. vel 40. annor.* niſi quod conductor naturaliter poſſidet, id eſt, de facto rem tenet, & eam poſſeſſionem, quæ tota facti eſt, non illam quæ non tantùm facti, ſed etiam iuris eſt *leg. communis 7. §. neque colonis ſupr. commun. diuid. leg. poſſeſſio 49. in princip. & §. 1. de acquir. poſſeſſ. leg. certè 6. §. is qui rogauit infr. de precar.* Idque eſt quod in hac lege addit Paulus, *Quia antequàm conduceret debitor, non fuerit eius poſſeſſio*, ſed creditoris *nunc* (malo enim ſic legere quàm *cùm*) id eſt, facta iam conductione *& animus retinendi ſit mihi* creditori, *& conducenti non ſit animus poſſeſſionem adipiſcendi.* Quanquam nec aliud eſſet ſi conductor interuertere poſſeſſionem locatoris vellet, vt bene notat Accurſius ex *d. l. 2. & l. cùm notiſſimi 8. §. fin. C. de præſcr. 30. annor.*

38. Modastinvs libro 1. Differentiarum.

PVpillo capienti pignus, propter metum pignoratitiæ actionis, neceſſaria eſt tutoris auctoritas.

*Ad l. Pupillo 38.*

Rat. dvb. Etſi ius ita comparatum eſt, vt pupillus ſine tutoris ſui authoritate obligari non poſſit, quia iudicio caret, nec ſatis quid agatur intelligit *l. more noſtra ciuitatis 8. & l. ſeq. infr. de acquir. hered.* obligare tamen ſibi alium quemlibet etiam ſine tutoris authoritate poteſt acquirendo & ſtipulando *l. obligari 9. infr. de author. tutor.* Ne alioqui quod pupillorum fauore comparatum eſt, in eorum odium & perniciem retorqueatur *l. penult. Cod. ad SC. Trebell. l. non eo minùs 14. Cod. de procurat. l. nulla 25. ſupr. de legib. l. quod fauore 6. Cod. eod.* Atqui pupillus, vt & alius quilibet accipiendo pignus, acquirit ſibi, vinculum ſcilicet pignoris in re obligata, & quod plus cautionis habiturus eſt in re, quàm in perſona *l. plus cautionis 25. de regul. iur.* non quaſi patrimonium ſuum augeat, fiatque locupletior hoc reſpectu is qui pignus accipit, ſed quia minùs dubitandum & laborandum habet, quòd poſteà fieri debitor poſſit, non ſoluendo. Denique ſi non patrimonij hæc acceſſio & locupletatio, ſaltem conſeruatio eſt, ne patrimonium ex debitoris inopia ſuperueniente minuatur, quomodo alioquin ex euentu minui facilè poſſet *l. diuortio 35. in principij fine ſupr. de negot. geſt. l. 3. §. vltim. & l. ſeq. infr. vt in poſſeſſ. legat. §. vltim. Inſtit. de replicat.* Atqui cùm vniuerſum ius noſtrum aut in acquirendo, aut in conſeruando, aut denique in diminuendo patrimonio conſiſtat, *l. vltim ſupr. de legib.* an non abſurdum eſſet, prohiberi pupillum ſine tutoris authoritate patrimonium ſuum conſeruare, cui liberum eſt ſine tutore etiam acquirendo augere? Eſt enim conſeruatio eorum quæ habemus perpetua quædam acquiſitio, vt ſolent Theologi dicere, conſeruationem, quæ à Deo fit rerum omnium creatarum eſſe continuam & perpetuam quandam creationem. Ergo pupillo capienti pignus non eſt neceſſaria tutoris authoritas ad conſtituendum in re debitoris vinculum pignoris ad pupilli vtilitatem. Præſertim cùm nemo ſula pignoris acceptione ſe obliget. Non enim tum naſcitur actio pignoratitia directa, cùm datur pignus & accipitur, ſed tum demùm cùm creditori ſoluta fuit omnis pecunia, quæ ſub pignore debebatur, aut aliter eo nomine fuit ſatisfactum *l. ſi rem 9. § omnis pecunia ſupr.* vbi diximus.

Dec. Creditor, qui pignus accepit, re tenetur, quia & ipſe de ea ipſa re quam accepit reſtituenda obligatur *l. 1. §. creditor quoque infr. de oblig. & action.* Et quamuis non priùs naſcatur actio pignoratitia debitori, quàm ſolutum ſit creditori aut aliter eo nomine ſatisfactum *d. §. omnis pecunia & §. vlt. eiuſdem*

*legis*. Eo tamen inſtanti quo pignus datur, incipit obligari creditor de pignore, ſoluta quandocunque pecunia, reſtituendo. Atqui pupillus obligari ſine tutoris authoritate ex omni contractu non poteſt *d.l.obligari*, hoc eſt, ex nullo contractu poteſt. Ergo neque pignus accipere abſque authoritate tutoris. Et ideo bene ſic loquitur Modeſtinus, vt pro ratione addat *propter metum pignoratitiæ actionis*. Non ait propter metum pignoratitiæ obligationis, quæ ſcilicet iam ex ipſo contractu nata eſt, & ab inſtanti accepti pignoris, ſed propter metum pignoratitiæ actionis, nondum quidem competentis, ſed aliquando tamen & omnimodo competituræ. Metus enim futurorum eſt, non præſentium. Dices fortaſſe cum Accurſio, periculum hoc non tam imminere pupillo, qui pignus accepit, quàm debitori qui ſine tutoris authoritate contraxit cum creditore pupillo, quippe contra quem nullam actionem habere poſſit, niſi in quantum factus ſit pupillus locupletior. Idque poſt reſcriptum Diui Pij de quo tam ſæpe alibi ſcripſimus ex *l.vltim. C.pro emptor. & Inſtit. titul.de author.tutor.in princip.* Sed obiectio hæc ad caſum illum pertinet, quo pupillus rem obligatam aut amiſiſſet, aut deteriorem feciſſet, fieríve paſſus eſſet, quo caſu non teneretur ex contractu inito ſine tutoris authoritate ſupra quàm locupletior factus eſſet, ex pignore. Sed quandiu manet pignus integrum penes pupillum, non poteſt videri pupillus factus locupletior, vt neque pauperior. Et tamen nemo negauerit æquum eſſe, vt obligetur ad reſtitutionem pignoris, cuius retinendi cauſam nullam habeat poſt ſolutam omnem pecuniam quæ debebatur. Igitur tutoris authoritas neceſſaria eſt, ſine qua non patiuntur iuris ciuilis regulæ vt pupillus ciuiliter obligetur *l.contra 28.ſupr.de pact.* Tantóque magis ſi volet debitor pignoratitiam actionem integram habere contra pupillum, qualem haberet aduerſus maiorem de omni damno quod in pignore culpa & negligentia nimia creditoris contigiſſet. Alioqui claudicaret contractus, nec niſi ex vno latere conſiſteret *l.Iulianus 13.§ ſi quis à pupillo infr. de action.empt.*

39. IDEM libro 4. Reſponſorum.

CAius Seius ob pecuniam mutuam fundum ſuum Lucio Titio pignori dedit. poſtea pactum inter eos factum eſt, vt creditor pignus ſuum in compenſationem pecuniæ ſuæ certo tempore poſſideret. verùm ante expletum tempus creditor, cùm ſuprema ſua ordinaret, teſtamento cauit, vt alter ex filiis ſuis haberet eum fundum: & addidit, *Quem de Lucio Titio emi*, cùm non emiſſet. hoc teſtamentum inter cæteros ſignauit & Caius Seius, qui fuit debitor. Quæro, an ex hoc, quòd ſignauit, præiudicium aliquod ſibi fecerit: cùm nullum inſtrumentum venditionis proferatur, ſed ſolum pactum, vt creditor certi temporis fructus caperet? Herennius Modeſtinus reſpondit, contractui pignoris non obeſſe, quòd debitor teſtamentum creditoris, in quo ſe emiſſe pignus expreſſit, ſignaſſe proponitur.

*Ad l. Caius Seius 39.*

RAT. DVB. Subſcribens inſtrumento cenſetur adprobare omnia quæ inſtrumento illo continentur, perinde ac ſi totum inſtrumentum ſua manu perſcripſiſſet *l.ſi non ſubſcripſiſti 15. C.ad admin.tutor. l.ſicut 8.§.non videtur, verſ. ſed ſi ſubſcribat infr. quib. mod.pign.vel hypoth.ſoluit l.fideiuſſor 26.§.pater de pign.* Nam & citra ſubſcriptionem ſola præſentia eius qui hoc ipſo tacitè conſentit actui, facit, vt perinde haberi debeat, ac ſi contraxiſſet, quoties negotium quod gerebatur ad eum pertinebat *l.quidam ex parte 12.infr.de euict.* Hoc verò maximè obtinet, cùm de iure & vinculo pignoris agitur, quod ſicuti facilè ac nuda conuentione contrahitur *l.1.ſupr.* ita & facilè nudáque creditoris voluntate diſſoluitur *l.4.§.1. l.ſi conſenſit 7. l.Paulus reſpondit 12. l.voluntate 10. iunct. l.praeced.in princip.& §.1. infr. quib. mod.pign. vel hypoth. ſoluit.* Et quamuis voluntas remittendi pignoris non ex eo ſolo induci poſſit, quòd creditor ſiuerit, pignus ſibi datum alij vendi, aut dari pignori, quia ſeiuit etiam ius ſuum ſibi durare *d.l.ſicut §.non videtur eod.* inducitur tamen ex præſentia ſola & taciturnitate creditoris, ne alioqui ſua diſſimulatione & patientia credulitatem poſterioris creditoris decipere voluiſſe videatur *l.ſi ſine 5.C.ad SC.Velleian. l.mulier 11. C.de diſtract.pignor.* niſi ipſe potiùs deceptus ſit, vt in *l.2.C.de reb.alien.non alienand. l.vlt. C.plus valer.quod agit, quàm quod ſimul concip.* Propter quam cauſam etiam doli exceptio in ſimilibus caſibus accommodari ſolet, vt in *l.apud Celſum 4.§.quæſitum eſt 12.infr.de doli mal.except.* Sed multo magis ſi anterioris creditoris ſubſcriptio interueniat, quæ conſenſum ſemper continet *d.§.non videtur, verſ.ſed ſi ſubſcripſerit l.Titius 9.§.1.quib.mod.pign.vel hypoth.ſoluit d.l.fideiuſſor 26.§.pater de pignor.* DEC. Nemini officium ſuum debet, eſſe damnoſum ſiue publicum ſit, ſiue priuatum *l.videlicet 29.ſupr.ex quib.cauſ.maior. l.3.§.vlt.inf.de teſtib. l.ſi ſeruum 61.§.quod verò infr.de furt. l.ſed ſi quis ex ſignatoribus 7. teſtam.quemadm.aper.* Atqui in propoſita ſpecie ponimus Caium Seium debitorem Lucij Titij tanquam teſtem ſignaſſe teſtamentum ſui creditoris, quo continebatur fundum à Caio Seio pignori datum Lucio Titio fuiſſe illi vēditum à Caio Seio debitore, cùm tamen reuera nullum venditionis inſtrumentum proferretur, ſed pactum duntaxat inter eos factum, vt Lucius Titius creditor pignus ſuum in compenſationem pecuniæ ſuæ fundum certo tempore poſſideret, & fructus pro debito compenſando acciperet: quod etſi in conuentionem deductum non eſſet, ipſo tamen iure fieri debuiſſet, vt Accurſius noſter bene notat ex *l.1.& 2.C. hoc tit. l.1.C.de diſtract.pignor.* Ergo non debet obeſſe debitori, quòd teſtamentum Lucij Titij creditoris ſui ſignauerit, quaſi ea ratione omnia in teſtamento creditoris ſui contenta adprobauerit, & exinde fundum ſuum non tā pignori dediſſe quàm vendidiſſe

dicendus

dicendus ſit. Etſi enim creditor cùm ſuprema ſua ordinaret ante expletum tempus, quo fructus ex pignore percipiendi compenſando debito poſſent ſufficere, teſtamento ſuo cauerat, vt alter ex filiis ſuis eum fundum haberet, hoc etiam addito *quem de Caio Seio emi* (ſic enim omnino legendum eſt, non vt vulgo *de Lucio Titio* quod & Accurſius fateri cogitur) non tamen poterat ea teſtatoris enunciatio facere venditionem, quæ nulla præceſſerat, nec vt eo magis valeret voluntas teſtatoris diſponentis de re aliena, quàm non alienam, ſed ſuam eſſe putaret, nec in præiudicium Caij Seij debitoris eiuſdémque domini, pignoratum fundum ſoluto per fructuum compenſationem debito repetentis. Atque ita legem hanc omnes ferè interpretes poſt Bartolum interpretantur, vt qui ſe teſtamento ſubſcribit tanquam teſtis, non ideò videatur adprobare omnia quæ in teſtamento apponuntur. Ex quo infert generaliter Bartolus neque præſentiam, neque ſubſcriptionem præiudicare, nec ſolùm quod ad magnum præiudicium, ſed neque ita vt transferat in præſentem & patientem onus probandi, nulla ſcilicet ex huiuſmodi præſentia & patientia inſurgente præſumptione, ne quidem ex qua iuſiurandum deferri poſſit: cui ſimile & conſentaneum eſſe videtur, quod reſpondit Modeſtinus in *leg. Titia cùm teſtamento 34. §. Lucia Titia de legat. 2.* Si cùm Sticho ſeruo Titij domus per fideicommiſſum relicta eſſet, fratribus poſtea iiſdémque heredibus ad maternorum bonorum diuiſionem accedentibus, diuiſioni dominus adfuerit quaſi teſtis, qui ſubinde fideicommiſſum petat, non eſſe illum doli mali exceptione ſummouendum, niſi euidenter apparuerit eum omittendi fideicommiſſi cauſa diuiſioni adfuiſſe. Nec tamen in hac diſtinctione conquieſcit Bartolus, vt neque Accurſius, vt hanc legem conciliet cum *dict. leg. fideiuſſor 26. §. pater infr. de pignor.* quæ ex diametro pugnare videtur, ſed commodioris & melioris conciliationis gratia, prætermiſſis aliis ſolutionibus quas adfert Accurſius, an qui adfuit teſtamento ſciuerit contenta in eo, vt in *leg. Titius 9. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* an ignorauerit, vt in *leg. hac conſultiſſima 21. §. 1. Cod. de teſtam.* aut de pignore tractemus, quod ſolo conſenſu & contrahitur, & diſſoluitur *leg. 1. ſupr.* an de venditione quæ ſine pretio contrahi non poteſt *leg. 2. §. 1. infr. de contr. empt.* item an ius ſuum durare ſciuerit néc ne ex *dict. leg. ſicut 8. §. non videtur quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* denique an de actu morientis agatur, vt in hac lege, an de actu viuentis, vt in *dict. §. pater. ex leg. vltim. in fin. ſupr. commun. præd.* Tandem perſtat Bartolus in vltima ſolutione, & interpretatione Accurſij, cui & alios ſtare adfirmat, an quis præſens fuerit illi actui, quem contradicendo potuit impedire, an verò illi quem nec ſi voluiſſet, impedire tamen potuiſſet, vt priore caſu præſentia & patientia ſola etiam ſine ſubſcriptione pro conſenſu habeatur, non etiam poſteriore, ex hac lege, & *leg. ſæpe 63. §. 1 infr. de re iudic.* Itaque, inquit Accurſius, ſi adfuerim venditioni aut legato rei meæ, quia & vendi & legari res mea inuito me potuit, nec præſentia mea, nec ſubſcriptio mihi nocebit: ſi verò res mihi iam obligata pignori detur alij, & ego pignoris dationi ſubſcripſerim, aut etiam duntaxat adfuerim, nocebit mihi, quia poteram prohibere, aut ſaltem ſalua pignoris mei cauſa conſentire, vt in *leg. 4. §. 1. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* Aliter tamen & diffuſiùs totam hanc quæſtionem idem Bartolus tractat in *leg. qua dotis 33. infr. ſolut. matrim. à num. 20. vſque ad fin.* Quid in tacente ſiue per contumaciam ſiue non per contumaciam, & quid in ſubſcribente, quid denique in ſigillante. Summa diſtinctionis hæc eſt, ſi talis caſus ſit in quo nec ſcientia requiratur, nec ignorantia, taciturnitatem neutri applicari ex *leg. 1. §. ſcientiam ſupr. de tribut. action.* ſi verò neceſſe ſit applicari eam alterutri extremorum, tacentem per contumaciam præſumi conſentire vel negare in odium ſui *leg. de ætate 11. §. qui tacuit ſupr. de interrog. in iur. fac.* Tacentem & præſentem in actu qui ſit vniformis videri conſentire, quoties actus eius fauorem reſpicit, adeóq; etiamſi reſpiciat eius præiudicium circa perſonalem actionem ex *leg. ſi remunerandi 6. §. ſi paſſus. & leg. qui patitur 18. infr. mandat.* Itémque ſi circa ius reale quod habeat in re tertij, quale eſt ius pignoris, niſi cùm ſciuit ius ſuum durare, ex notatis ab eodem Bartolo in *l. vltim. Cod. de remiſſ. pignor.* Quòd ſi agatur de iure mei dominij vel vſusfructus, tunc adhibendam diſtinctionem Accurſij, an contradicendo potuerim impedire, vt ſi non potuerim, non inducatur conſenſus ex hac lege, & *dict. leg. Titia 37. §. Lucia Titia de legat. 2. dict. leg. ſæpe 63. §. 1. de re iudic.* niſi ratione coniunctionis, vt in *leg. ſeruus 38. de donat. int. vir. & vxor.* quæ modò non habeat coniunctam nimiam reuerentiam, per quam induci potiùs debeat diſſenſus ex *leg. 1. §. quæ onerandæ infr. quar. rer. execut. non dat. leg. penult. de furt.* ſi verò impedire potuerim, & tacuerim, tunc præſumat conſentire, ex *dict. l. fideiuſſor 26. §. pater de pignor. & dict. l. ſæpe 63. §. 1. de re iudic.* Si modò taceat dolo malo non etiam ſi ſine dolo ex *leg. 2. Cod. ſi alien. res pignor. dat. ſit. dict. l. ſi fine 5. Cod. ad SC. Vellian.* ſi verò agatur de iure perſonali, tunc tacens non videatur conſentire *leg. ſi filiusfamilias 8. §. mutus ſupr. de procurat.* Niſi fauore pupillorum ex *leg. ſi filiusfamilias 7. infr. de tutel. l. 2. ad municip.* Quòd ſi actus reſpiciat negotium tertij, cuius bona tacentem reſpiciant cura & ſollicitudine, tunc tacens non præſumatur conſentire ex *l. 3. infr. de author. tutor.* In actu autem difformi, puta ſi intras in poſſeſſionem meam, inquit Bartolus, vel rem meam accipis præſente me & tacente, ſiquidem contractus aliquis præceſſerit, ex cuius natura tenebar illud pati, videar conſentire ex *l. 2. C. de acquir. poſſ.* Si verò talis contractus non præcedat, non videar conſentire ſi agatur de magno præiudicio *d. l. pen. de furt.* ſecus ſi de modico ex *l. quam Tuberonis 7. §. ſunt quidam infr. de pecul. l. Sabinus 28. ſupr. commun. diuid. l. Labeo 19. de aqua & aquæ pluu. arcend. l. qui bona fide 13. §. ſi quis iuxta de damn. infect.* Hæc, inquit Bartolus, ſi negotij geſti tempore ſciētia adfuerit. Nam ſi ex poſtfacto ſuperuenerit, alia quæſtio & alius tractatus eſt, in quo difficilius eſt, vt tacēs pro conſentiente habeatur. Quomodo enim taciturnitas illa poſſet vim habere taciti conſenſus aut ratihabitionis, cùm nec voluntate expreſſa poſſit quis ratum habere negotium quod nō ipſius nomine geſtum eſt? *l. ſi pupilli 6. §. ſed ſi ego ſup. de negot. geſt.* Quod verò ad ſubſcribentem pertinet, diſtinguit duntaxat Bart. an quis ſubſcribat tanquam teſtis, an non, vt priore caſu ſibi non præiudicet, poſteriore verò præiudicet: atque ita ſupradictos iuris locos, qui de ſubſcribente loquuntur, ne inuicem pugnent,

conciliat. De ſubſignante autem ait videri eum conſentire, niſi deceptus ſit, vt in *l.2.C.de reb. alien. non alienand. leg. vltim. Cod. plus valer. quod agit.* Nolo ego ſingulas iſtarum diſtinctionum partes ſigillatim perſequi, non ſolùm ne ſim longior, ſed etiam quia maiore ex parte ad huius legis explicationem nil pertinent. Hoc tantùm dicam, magis mihi placere, præſentem & tacentem toties ſibi nocere, quoties alioquin eueniret, vt alterutrer contrahentium deciperetur, qui præſentiam & taciturnitatem illam pro conſenſu tacito accepiſſet. Extra hunc caſum, ſibi non nocere, neque neceſſariam aut admittendam eſſe diſtinctionem, an quaſi teſtis adfuerit, an non, adeóque nec an ſubſcripſerit, néc-ne. Nam & is qui quaſi teſtis interuenit, etiamſi non ſubſcribat, decipiendi tamen animum habere poteſt, & quamuis non habeat, reipſa tamen decipit hoc ipſo quòd interuenit actui, quem contradicendo aut impedire prorſus, aut ſaltem remorari potuiſſet. Quod cùm dico, non tam ius quàm factum reſpicio. Etſi enim alienam rem vendere quis poteſt inuito quoque domino, vel ſuam inuito fructuario, quis tamen tam ſtultus eſt, qui alienam rem velit emere, ſciens alienam? Quis item plenam proprietatem eius rei, cuius vſumfructum ſciat ad alium pertinere? Quis denique pignori eam rem accipere quam ſciat non eſſe obligantis? His igitur caſibus ſiue dominus adſit venditioni rei ſuæ ab alio factæ, ſiue vſufructuarius venditioni plenæ proprietatis, ſiue proprietarius pignori & obligationi rei ſuæ, etiamſi non niſi tanquam teſtes adfuerint, neque ſubſcripſerint, dico hactenus ſibi eos nocere, vt neque dominus vindicare rem ſuam poſſit ab emptore, qui ipſo præſente emerit, neque fructuarius vindicare vſumfructum ab emptore plenæ proprietatis, quin tam hic quàm ille doli mali exceptione repellatur, itémque dominus qui præſens & tacens rem ſuam ab alio pignerari paſſus eſt. An non enim omnibus his caſibus decipitur emptor quidem duobus prioribus, poſteriore autem creditor, per diſſimulationem eius qui ſi de iure ſuo emptorem aut creditorem certioraſſet, circumueniendi eius materiam & facultatem venditori aut debitori ſiue ſcienti ſiue ignoranti præripuiſſet? Textus eſt in hanc rem elegans & apertus in *l. quidam 12. infr. de euict.* vbi licèt coheredes venditoris, precij partem ex fundi hereditarij venditione accepiſſe proponerentur, Scæuola tamen cùm reſpondet videri vnumquemque coheredum partem ſuam vendidiſſe, nō ex eo mouetur, quòd precium acceperint, vt malè ad eum locū notat Accurſius, ſed quia venditioni præſentes adfuerant, neq; diſſenſerant, quamuis nec ſubſcriptione ſua vel ſigno vel alia ſcriptura vlla venditionem comprobaſſent. Ait enim lex *ſi coheredes præſentes adfuerunt, nec diſſenſerunt.* Quid verò ſi etiam quaſi teſtes adfuiſſent? Quid ſi prætereà ſubſcripſiſſent, aut ſignaſſent? An non idem multo magis Scæuola reſpondiſſet? Loquor enim de eo teſte qui ius ſuum ſciuerit, non de eo qui ignorauerit, quem certum eſt propter ſuam ignorantiam nec decipiendi, nec diſſimulandi animum habere potuiſſe, quemadmodum nec errantem quemquam rei ſuæ dominium amittere *l. ſi procurator 35. infr. de acquir. rer. domin.* Neq; tamen dico his caſibus dominum, qui venditioni rei ſuæ adfuit, aut fructuarium qui venditioni plenæ proprietatis, hoc ipſo videri dominium rei ſuæ amiſiſſe. Scio enim ſola voluntate ſiue acquirēdi ſiue amittendi dominij, neque acquiri neque amitti poſſe dominium abſq; traditione *l. traditio 20. l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin. leg. ſi quis vi 17. §. differentia infr. de acquir. poſſ.* Sed hoc contendo, videri his caſibus dolo malo facere eum, qui cùm ſe dominum ſciat, patitur tamen rem ſuam vendi à non domino, à quo nunquam empturus alius fuerat, ſi eum non dominum eſſe crediſiſſet, aut etiam ſuſpicatus fuiſſet. Item eum, qui cùm ſe fructuarium ſciret, præſens tamen & tacens paſſus eſt vendi plenam proprietatem à nudo proprietario, quē plenæ proprietatis ius habuiſſe emptor credidit: ideóque accommodandam emptori exceptionem doli mali, vt in *dict. l. apud Celſum 4. §. quæſitum de doli mal. except. dict. leg. ſi fine 5. Cod. ad SC. Velleian. dict. l. mulier 11. Cod. de diſtract. pignor.* Quid enim eſt obſecro, quod his caſibus imputare poſſis miſero emptori quem domini patientia & diſſimulatio deceperit? An id fortaſſe quòd non crediderit adeò ſtultum & ſupinum fore dominum, vt rem ſuam præſens & tacens à non domino vendi prudens ſciénſque pateretur? An non verò longè ſtultior dominus ille eſt, quàm is tutor vel curator, de quo Iuſtinianus in *l. vlt. Cod. arbitr. tutel.* qui res ſuas in publico inuentario bonorum pupilli vel adulti tanquam non ſuas, ſed ad pupillum vel adultum pertinentes inſcribi patitur? Quòd ſi etiam tutoribus vel curatoribus hoc imputatur, quibus tamen non magis quàm teſtibus officium ſuum damnoſum eſſe debet, tanquam quod & publicum & neceſſarium ſit, ideóque maiore fauore proſequendum ex *l. cùm quidam 26. C. de admin. tutor.* quanto magis in teſte idem recipiendum eſt, cuius officium non modò priuatum eſt, ſed etiam voluntarium? Quis enim cogi poteſt, vt in alieni negotij teſtem inuitus adhibeatur? Aut ſi quis in hoc amici officium implere velit, quid eum vetat proteſtari, vt ſaluum ſibi ſit ius ſuum? vt in *dict. leg. 4. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* Quòd ſi rurſum in ſpecie *dict. leg. vltim. Cod. arbitr. tutel.* non poteſt dominij quæſtionem referre tutor vel curator, qui res ſuas in publico inuentario pupilli vel adulti ſui deſcribi paſſus eſt, ita vt per conſequentias etiam dominium rei ſuæ amittat, quanto magis admittendum eſt, vt quiſquis rem ſuam ſciens eam à non domino vendi præſens & tacens paſſus eſt, licèt rei ſuæ dominium retineat, ſi tamen eam vindicare ab emptore velit, aut vſumfructum petere, ſi fructuarius tantùm fuit, attamen doli mali ſaltem exceptione repellatur? Mouet me verò in hanc ſententiam, præter ſupradictos textus, illud maximè, quod ab Vlpiano ſcriptum video in *dict. l. ſi quis in pignore 36. §. 1. ſupr.* deceptum videri ſecundum creditorem, id eſt, qui ſecundo loco pignus accepit, ſi debitor ei obligans rem iam alij obligatam non eum ipſe certiorauerit de præcedenti pignore: quod vtique dici non poteſt, cùm res geſta eſt præſente ac tacente priore creditore. Ipſi enim incumbebat non debitori, vt poſteriorem certioraret, ne illum decepiſſe videretur, vt ad eum locum ſcripſimus. Nec obſtat vnicum illud argumentum quod afferre noſtri ſolent ex *dict. l. ſicut 8. §. non videtur quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* non videri ius ſuum remiſiſſe, ne quidem pignori ac eum, qui ſciuit alienationem rei obligatæ nec contradixit aut de iure ſuo vt ſibi ſaluum eſſet proteſtatus eſt, quia nimirum ſciuit vtiq; ius ſuum durare. Id enim de eo

quidem

quidem verè dicitur, qui rem ſibi obligatam ante ſuam vendi ſciuit tantùm, at non etiam de illo, qui non ſolùm ſciuit, ſed etiam & præſens fuit & tacuit. Alioqui nec aliud dicendum erit in eo, qui ſubſcripſit tabulis emptionis, ſi perinde liceat ei dicere ideò ſe ſubſcripſiſſe, quòd ius ſuum durare intelligeret. Quòd tamen ſupradicto loco Marcianus diſertè negat in *d. §. non videtur. verſic. ſed ſi ſubſcripſerit.* vbi nec diſtinguit, an quaſi teſtis, an ſimpliciter ſubſcripſerit. Et quamuis de ſubſcribente loquatur, nõ aliud tamen ipſum ſenſiſſe puto in eo qui quaſi teſtis adfuerit venditioni pignoris, tametſi nec ſubſcripſerit. Nam & hunc verum eſt conſenſiſſe venditioni quam ſciuit, & cui tacens interfuit, eáq; taciturnitate deceptum emptorem pignoris, qui non aliter fuerat empturus ſi vinculum aliquod pignoris ſubeſſe, & poſt venditionem quoque creditoris ius nihilominus durare putauiſſet *dict. l. quidam 12. de euict. dict. l. ſeruus 38. de donat. inter vir. & vxor.* Neque verò poteſt ſubſcriptio quicquam addere ad teſtis præſentiam & patientiam ac taciturnitatem, niſi quòd vtramque per ſe probat, quæ alioquin per teſtes probanda eſſet, quamuis interdum ſubſcriptio etiam pro iuſſu & mandato ſit, vt in *l. 1. §. ſed ſi ſi ſeruis. infr. quod iuſſ.* Minùs me mouet, quod in hac lege Modeſtinus ſcribit, ne quidem eum qui inter cæteros ſignauit teſtamentum, quo continebatur emptum à teſtatore fundum, qui non fuerat ei venditus, ſibi præiudicaſſe, quominus eum fundum poſſit adhuc ſuum dicere. Nam præter id quòd non de eo loquitur, qui tanquam teſtis ſignauerit, imò potius de eo qui non tanquam teſtis, ſed inter cæteros, vt lex ait, id eſt, nec vocatus nec rogatus, ſed præſens tamen ſupra ſolemnem numerum teſtium, vt in *l. heredes palam 21. §. 1. infr. qui teſtam. facer. poſſ.* Apparet in ſpecie huius legis ceſſare rationem illam præſumpti doli quâ potiſſimùm mouemur. Quomodo enim decipiendi animum habere poteſt is, qui teſtamentum ſignat, in quo neſciat quid contineatur, vt & in *l. Titius 8. infr. de reſcind. vendit.* Tractat ſiquidem de teſtamento ſolemni in ſcriptis condito, quod ſubſcribi à teſtibus ac ſignari neceſſe erat, ne imperfectum eſſet *l. hac conſultiſſima 21. §. finem autem. Cod. de teſtam.* cuius nimirum tam frequens olim vſus erat, quàm infrequens nuncupatiui extra militum perſonas, vt alibi ſcripſimus. Teſtamentorum autem ſolemnium tenor ignorabatur à teſtibus, cùm nec aperirentur, nec legerentur niſi mortuo demùm teſtatore *tit. Teſtam. quemadmodum aper.* Taceo quod in hac lege non de pignoris iure agitur, quod facilè ac nuda voluntate extinguitur, ſed de amittendo rei dominio quod vtique difficiliùs amittitur, vt diximus. Quamquam nec pignoris ius extingui poteſt per ſubſcriptionem, aut ſubſignationem errantis hominis aut ignorantis, cum neq; ſufficiat eum ſciuiſſe, niſi in ipſo actu, & præſens fuerit, & tacens *d. § non videtur.* Magis obſtare videtur, quod ſcriptum eſt in *d. l. Titia cùm teſtamento 34. §. Lucia Titia de legat. 2.* vbi cùm ſeruo Sempronij in codicillis ab inteſtato factis relicta domus per fideicommiſſum proponeretur, & filij defunctæ, iidémque heredes bona matris diuiſiſſent, inter quę etiam domum fideicommiſſariam præſente Sempronio quaſi teſte, & quæreretur, an dominus acquiſitam ſibi per ſeruum fideicommiſſi perſecutionem amiſiſſet, ob id quod interfuiſſet diuiſioni: reſpondet Modeſtinus neque fideicommiſſum ipſo iure amiſſum eſſe, quod ne repudiari quidem poterat, neque doli exceptione ſummoueri dominum oportere, niſi euidenter apparuerit omittendi fideicommiſſi cauſa eum hoc feciſſe. Nec enim dici poteſt in illa ſpecie idem euenisse, quod in caſu huius legis, vt teſtis adhibitus aut ius ſuum ignoraret, aut quid inter alios gereretur. Diuiſioni enim adfuerat factæ eo tempore, quo non ſolùm aperti iam erant codicilli, ſed etiam dominus fideicommiſſum ſeruo ſuo relictum agnouerat, eiúſque perſecutionem ſibi per eam agnitionem acquiſierat: alioqui legatum aut fideicommiſſum ſeruo relictum repudiare dominus poſſet, quod delatum ſibi, non etiam acquiſitum adhuc fuiſſet, vt Paulus ſcribit in *l. legatum 7. de legat. 1.* Placet enim quod Iacobus Cuiacius poſt Accurſium docet *lib. 3. obſeruat. cap. 12.* vt Paulum cum Modeſtino conciliet, loqui Paulum de legato tantùm delato, Modeſtinum verò de acquiſito. Nam quemadmodum præmatura repudiatio eſt ante delationem *l. ſi ita ſit ſcriptum 45. §. 1. de legat. 2.* ita nimis ſera eſt poſt acquiſitionem *l. 1. §. decretalis. infr. de ſucceſſ. edict.* Sed reſpondendum eſt in *dict. §. Lucia Titia.* non modò tractari de amittendo rei propriæ dominio, quod, vt dixi, difficiliùs amittitur, ſed etiam de eo teſte qui tametſi millies tanquam teſtis ſubſcripſiſſet aut ſignaſſet, non tamen videri poſſet eos, quorum negotio & diuiſioni adfuerat, decepiſſe, cùm ignorare non poſſent relictum in codicillis iam apertis fideicommiſſum. Itaque certiorari non debuerunt, cùm iam certi eſſent *l. 1. in fin. de action. empt.* nec ab aliis quàm à ſe ipſis deceptos ſe queri poſſunt, qui domum quam Sempronio per fideicommiſſum relictam & acquiſitam ſciebant, inter ſe tamen quaſi hereditariam diuiſerint *l. nam ſi ſciat 26. ſupr. de rei vendicat.* Proinde ceſſante ratione illa præſumpti doli quem nos non tam ex præſentia, quàm ex patientia & taciturnitate illius inducimus, qui non certiorauit, cùm certiorare deberet, ſola quæſtio illa apud Modeſtinum ſupererat, an ob id ſolum quod diuiſioni Sempronius interfuerat, partam ſibi & competentem fideicommiſſi perſecutionem amiſiſſet. Reſpondet autem veriſſimè non amiſiſſe, quia, vt toties diximus, ſola præſentia etiam cum patientia & taciturnitate coniuncta non eſt, legitimus modus amittendi dominij, nec alienæ rei facta diuiſio inter coheredes per arbitrum familiæ erciſcundæ valere poteſt, cùm per adiudicationem ab arbitro factam neceſſe ſit dominium rerum adiudicatarum in eum tranſire, cui adiudicatæ ſunt *§. vltim. Inſtit. de offic. iudic.* Quod autem addit Modeſtinus nec doli mali exceptione ſummouendum Sempronium, niſi euidenter appareat eum omittendi fideicommiſſi cauſa diuiſioni adfuiſſe, oſtendit ſatis faciliùs eſſe, vt inducatur doli exceptio ad ſummouendum eum, qui alieno negotio tanquam teſtis interfuit, quàm vt per ſuam præſentiam ius dominij amiſiſſe exiſtimetur. Loquor de iure dominij, quia quod ad pignoris ius attinet, tam facile eſt, extingui & diſſolui vinculum pignoris ipſo iure, quàm aduerſus pignoris perſecutionem doli exceptionem accommodari, cùm pignus ſola nudáque voluntate liberetur, quę modò habeat conſenſum. Quomodo autem poteſt doli exceptio locum habere, ſi nemo ſit qui deceperit, aut qui deceptus ſit? Veriſſimum igitur eſt, quod volumus toties præſentiam cum patientia & taciturnitate coniunctam nocere, quoties is qui præſens fuit, & tacuit, alioqui decepiſſet contrahentem, & iuſtam eius ignorantiam circum-

ueniſſet. Quare nec imputandnm eſt, alind reſponſurom fuiſſe Modeſtinnm in ſpecie *dict. §. Lucia Titia.* Si Sempronius non qnaſi teſtis adfuiſſet diuiſioni, dum ne ad hoc ipſum, vt fideicommiſſi perſecutionem omitteret, adhibitus fuiſſet. Qno caſu nec ei prodeſſet, quòd tanqnam teſtis adbibitus eſſet, vt omnium clariſſimè reſponſnm illnd Modeſtini demonſtrat: in eo ſummopere notandum aduerſus illos, qui negant fieri poſſe vt ſibi noceat is, qui non niſi tanqnam teſtis adhibitus fuit. Contrà verò in ſpecie *dict. l. fideiuſſor 26. §. pater. infr. de pignor.* idem Modeſtinus reſpondit, nec dubitandum eſſe quin filius emancipatus, qui inbente patre mutuam pecuniam accepturo à Septitio creditore, chirographum ſua mann perſcripſerat, cùm pater ipſe impeditus eſſet ſcribere: qno chirographo continebatur, inter cætera domum, qnæ ad filium emancipatum pertinebat, pignori futuram creditori, conſenſum ſuum ei obligationi pignoris accommodauerit, quamuis neque ſigno ſuo neque alia ſcriptura puta ſubſcriptione ſua conſenſum ſuum declaraſſet: non enim poterat ignorare quid chirograpbo contineretur, qnod ipſe manu ſua perſcripſiſſet, atque ita decepiſſet creditorem, ſi ea ſcripturâ non conſenſiſſe pignori diceretur. Cùm tamen ex facti circumſtantiis appareret ſcriptum à filio inſtrumentum chirographi iubente patre, idque facilè perſuadente, cùm propter reuerentiam quæ à filio quamuis emancipato debetur patri, contradicere filius non anderet *arg. l. 1. §. quæ oneranda. infr. quarum rerum exact. non dat. l. penult. de furt. l. ſi patre cogente 22. de ritu nupt. l. ſi ſuperſtite 5. C. de dolo.* Nec tamen adhibitum à patre filium ad perſcribendum chirographum ea mente, vt ſibi noceret, ant qnod actum eſſet cum creditore, vt ea filij domus pignori daretur: ſed ob id tantùm qnòd ſine infirmitate, ſiue qua alia de cauſa impediretur pater, ne chirographnm ſua manu poſſet perſcribere. Quibus circumſtantiis concurrentibus vix ſanè vt puto reperiretur ex pragmaticis noſtris, qni contra filinm id reſpondere auderet, niſi Modeſtinus prior reſpondiſſet. Qui porrò non aliam ita reſpondendi cauſam habuit, quàm quia deciperetur Septitius, qui pecuniam veriſimiliter crediturus non fuiſſet, niſi domum filij futuram ſibi pignori ex chirograpbo didiciſſet. Quantò magis autem fuerat Modeſtinus idem reſponſurus, ſi filius hic mann ſua chirographo ſubſcripſiſſet tanquã teſtis, aut chirographum anoulo ſuo ſignaſſet? Id enim ſignificant verba illa, *Cùm neque conſenſum ſuum accommodauerit patri aut ſigno ſuo, aut alia ſcriptura.* Æquius namque eſt, ſibi nocere illum qui ſubſcribit, aut ſignat annulo tanquam teſtis, adeòque qui ſe in teſtem adhiberi patitur, licèt neqne ſubſcribat, neque ſignet, quàm is qui ad perſcribendum alieno nomine inſtrumentum manus ſuæ miniſterium duntaxat adhibet, præſertim ſi filius ſit, qui inbenti & imperanti patri non valenti fortaſſe propter decrepitam ætatem, aut valetudinem ſcribere, non poſſit non parere, ſi non patriæ poteſtatis iure, quæ poſt emancipationem nulla ſupereſt, ſaltem reuerentiæ ratione quæ per emancipationem non intercidit nec qnicqnam cum patria poteſtate commune habet *l. adoptiuum 8. ſupr. de in ius vocand. l. 4. infr. de curat. furioſ. & aliis extr. minor. dand.* Vide elegantem de tota quæſtione hac & latam diſceptationem apnd Annæum Robertum *lib. 4. rerum iudicat.* vbi duo celeberrima refert in ſententiæ noſtræ confirmationem, magnæ Curiæ Pariſienſis Senatuſconſulta: quorum anthòritate, tantiſque rationum momentis facilè perſuaſus Senatus noſter idem pronunciauit, in canſa qnadam ardua, non aliter in poſterum pronunciaturus, qnoties caſus occurret. Nam & interpretum noſtrorum communis hæc ſententia eſt tam Canoniſtarum in *cap. ex literis.* vbi potiſſimùm Abbas *extr. de tranſact.* quàm Legiſtarum, vt refert Anton. Gabriel *lib. 1. Commun. opin. concluſ. 3. de præſumpt. à num. 18. vſque ad numer. 26.* Notat hîc Accurſius, non omnem vocem teſtatoris habere vim legis ex *l. rationes 6. Cod. de probat. l. Seia 28. in princip. infr. ad SC. Vellean.* Sicuti nec quælibet vox iudicis habet vim ſententiæ *l. ex ſtipulatione 7. Cod. de ſentent. & interloc. omn. iudic.* Rectè: neque enim lex duodecim tabularum permiſit patrifamilias de rebus alienis teſtari, ſed de ſuis duntaxat *l. verbis legis 120. de verbor. ſignific. l. conficiuntur 8. §. ſi poſt factum. infr. de iur. codicill.* Sed qnod addit, erroneam ſubſcriptionem non nocere, tametſi verum ſit, vt conſtat ex *l. vltim. Cod. plus valere quod agit. l. 2. Cod. de rebus alien. non alienand.* ad hanc tamen legem non eſt accommodatum, in qua ſignauerat debitor teſtamentum ſui creditoris, non tam per errorem quàm per meram inſtamque alieni *facti* ignorantiam, vt & in *l. Titius 8. infr. de reſcind. vendit.* facta erat ſubſcriptio ab ignorante ius ſnum, qui ſi ſciuiſſet non ſubſcripſiſſet, quique proinde ſubſcribendo emptorem decepiſſe videri non poterat. Æquè impertinens eſt quod idem Accurſius ſubiicit, Plus valere quod eſt in veritate, quàm quod eſt in opinione *§. ſi quis. Inſtit. de legat.* Eſt enim opinio quidem aliqua & ea falſa illius qui errat, ſed non etiam eius qui ignorat penitus: quamuis error quoque habeat in ſe ignorantiam quandam, aut potius imperitiam, vt loquitur Vlpianus in *l. ſi per errorem 15. ſupr. de iuriſdict.* Denique quod ex hac lege infert generaliter Accurſius præſentiam etiam cum patientia & taciturnitate coniunctam (de hac enim ſola loquimur) non haberi pro conſenſu, falſiſſimum certè eſt omnibus illis caſibus quibus alioquin eueniret, vt ex ea præſentia & taciturnitate alius deciperetur, vt probauimus ex *dict. l. quidam 12. de euict. dict. l. ſeruus communis 38. de donat. inter virum & vxor. dict. l. fideiuſſor 26. § pater de pignor. dict. l ſicut 8. §. non videtur. verſ. ſed ſi ſubſcripſerit & l. Titius 9. §. 1. quibus modis pign. vel hypoth. ſoluit. dict. l. apud Celſum 4. §. quæſitum 12. de dolo mal. except. d. l. 1. §. ſed & ſi ſerui quoq iuſſ. dict. l ſi ſine 5. ad SC. Vellean. l. mulier 11. C. de diſtract. pignor. l. ſi eo tempore 6. l. ſi hypothecas 8. C. de remiſſ. pignor. d. l. vltim. C. arbitr. tutel.*

40. Papinianvs libro 3. Reſponſorum.

DEbitor à creditore pignus, quod dedit, fruſtra emit: cùm rei ſuæ nulla emptio ſit. nec, ſi minoris emerit[a], & pignus petat, aut dominium vindicet, ei non totum debitum offerenti creditor poſſeſsionem pignoris reſtituere cogitur.

Ad l. Debitor

*Ad l. Debitor 40.*

RAT. DVR. Poteſt quis vendere ius, quod habet in re aliena, ſicut & legare, adeò vt quiſquis rem alienam vendit, aut legat, in qua ius aliquod habeat, non aliud quàm illud ipſum ius quod in ea re habeat, legare vel vendere videatur *l. ſi domus 71. §. pen. & vlt. de legat. 1.* Atqui licèt pignus remaneat in bonis debitoris *l. cùm & ſortis 35. §. 1. ſupr. l. reſcriptum 12. infr. de diſtract. pignor. l. pignus 6. C. hoc tit.* habet tamen creditor in re obligata ius pignoris, reſque tandiu retinendæ, quandiu totum debitum ſolutum non ſit, aut aliter eo nomine ſatisfactum *l. quandiu 6. C. de diſtract. pignor. l. ſi rem 9. §. omnis pecunia ſupr. hoc titul.* Ergo nihil prohibet, quominus poſſit debitor à creditore pignus emere, vt ius illud ſaltem creditoris emiſſe exiſtimetur, & poſſeſſionem pignoris quam habet creditor *d. l. ſi rem §. propriè d. l. cum & ſortis §. 2.* Nam ſi eam poſſeſſionem locare creditor debitori poteſt, & precariò concedere *l. ſi rem alienam 29.* vbi diximus *ſupr. hoc tit. l. ſi aliquam 28. l. qui pignoris 36. & ſeq. infr. de acquir. poſſeſſ. l. non ſolum 33. §. vlt. de vſucap. leg. certè 6. §. vlt. & l. ſeq. de precar.* quidni & vẽdere? Cùm quicquid locari & precario & pignori dari poteſt, multo magis vendi poſſit *l. 2. infr. locat. l. ſed & quod 9. §. 1 infr. de pignor.* Etſi video Accurſium noſtrum cõtrà ſentire, vt ſi creditor debitori poſſeſſionẽ ipſam pignoris expreſsè vendiderit, repetere poſſit debitor quod eo nomine dedit, quaſi nihil actum ſit ex *l. ſeruum meum 37. ſupr. de cond. indeb.* Quæ tamen lex ad rem nil pertinet. Agit enim de domino, qui rem ſuam inſciens emerit, non de debitore qui pignoris poſſeſſionem ſolam emerit à creditore. Sicut enim aliud eſt proprietas, aliud autẽ poſſeſſio, aliud precium rei, aliud poſſeſſionis *l. 3. §. vlt. infr. vti poſſid.* Sic aliud eſt proprietatem & rem ipſam vendere, aliud verò poſſeſſionem, ſicut & legare, & locare, & precariò concedere, vt ex ſupradictis legibus apparet. Ergo non fruſtrà debitor emit à creditore pignus quod ei dedit.

DEC. Rei ſuæ nulla emptio eſt, ſiue ſciens, ſiue ignorans quis emat *l. ſuæ rei 16. infr. de contr. empt. l. neque pignus 45. de regul. iur.* Atqui remanet pignus in bonis debitoris, vt diximus. Ergo debitor à creditore pignus quod ei dedit fruſtrà emit. Nec enim comparatæ ſunt emptiones & venditiones, niſi vt qui emit, rem alienam ſibi acquirat, non quaſi res aliena vendi non poſſit, quam vendi poſſe certum eſt *l. rem alienam 28. de contr. empt.* ſed quia non poteſt videri ea res vẽdita de cuius dominio id actum eſt, inter emptorem & venditorem, ne ad emptorem tranſeat, ſed hoc aut locatio eſt, aut aliud genus cõtractus *l. pen. §. vlt. eod. tit.* Id autem quod iam meum eſt non magis meum fieri poteſt *§. ſic itaque Inſtit. de action. § ſi aliena 6. & §. ſed ſi rem 10. Inſtit. de legat. l. in bello 12. §. ſi quis ſeruum de captiu. & poſtlim. leg. non vt ex pluribus 159. de regul. iur.* Aliud ſane eſt; ſi quis non quaſi ſuæ rei emptor, ſed quaſi debitor ipſum ius pignoris à creditore redemerit, adeóq. pignoris poſſeſſionem. Nec enim dubitandum eſt, quin huiuſmodi emptio & venditio valeat. Quod non obſcurè innuit Iulianus in *l. ſi debitor 39 in princ. eod. tit.* vbi ait, ſi debitor rem pigneratam redemerit à creditore, quaſi ſuæ rei emptor, non teneri eum actione ex vendito & integra eſſe omnia creditori. Opponit nimirum Iulianus debitorem, qui pignus redimit tanquam debitor à creditore quaſi creditore. Hic enim nõ proprietatem, quemadmodum ille; ſed ſolum ius pignoris quod in ea re creditori competebat, emere voluiſſe intelligitur, ne ſcilicet debitum pro quo pignus datum fuit, reſtituere teneatur, ſed precium dũtaxat de quo conuenit perſoluere, quaſi commutato debito in precium, & pignore in venditionem. E contrario non dubitatur, quin creditor indiſtinctè poſſit emere pignus à debitore, quia debitor dominus pignoris eſt *d. l. reſcriptum 12. in princ. infr. de diſtr. pignor.* Planè ſi debitor velit pignus emere à creditore, in eámque rem ſupponat perſonam amici qui emat, licèt mera iuris ratione non magis valeat emptio, quia ſemper verum eſt, debitorem emere rem ſuam, placet tamen mandatum conſiſtere, vt ex eo & qui mandauit, & mandatarius mandati actione ille directa, hic contraria obligetur *l. ſi mandauero tibi 22. §. ſi tibi quorum infr. mandat.*

a *Nec ſi minoris emerit.* RAT. DVB. Etiam ex actu nullo declaratur voluntas *l. vlt. infr. de reb. cor. qui ſub tutel. l. licèt transferam 20. de adim. legat.* Ergo quamuis debitor à creditore pign⁹ quod dedit, fruſtra emat, cùm rei ſuæ emptio nulla ſit, ſi tamen minoris emerit quàm ſit debitum, tanti videtur ius ſuum æſtimaſſe quanti precium, non quanti debitum eſt. Et conſequenter ſiue pignus repetat per directam actionem pigneratitiam, ſiue dominium vindicet, quod vtique facere tanquam dominus poteſt, dicendum eſt non cogi eum offerre totum debitum creditori, vt creditorem cogat poſſeſſionem pignoris reſtituere, ſed ſufficere ſi tantum offerat, quantum precij nomine conuentum fuit. DEC. Non magis poteſt eſſe precium aliquod vbi nulla emptio eſt, quàm aliqua eſſe emptio vbi nullum preciũ eſt, cùm ſubſtantia emptionis conſiſtat ex precio *l. 1. 2. §. 1. l. pacta conuenta 72. verſ. Paulus notat. inf. de cont. emp. l. 1. de rer. permut.* Ergo cùm rei ſuæ emptio non conſiſtat, nulla precij cõuentri ratio haberi poteſt in luendo aut vindicando pignore, ſed totũ debitæ quãtitatis, nec minus ſi debitor pluris pign⁹ emerit, quã in debito ſit, quàm ſi minoris. Id enim totũ offerre cogetur, quod eſt in debito, non quod in precio.

1 ¶ Debitoris filius, qui manet in patris poteſtate fruſtrà pignus à creditore patris, peculiaribus nummis comparat. & ideo ſi patronus debitoris contra tabulas eius poſſeſſionem acceperit, dominij partem obtinebit. nam pecunia, quam filius ex re patris [a] in precium dedit, pignus liberatur.

*Ad §. 1. Debitoris.*

RAT. DVB. Qui emit pignus à creditore iure creditoris diſtrahente, non ſatum poſſeſſionem rei obligatæ nanciſcitur, ſed etiam dominium *leg. 4. ſup. l. non eſt nouum 46. infr de acquir. rer. domin.* adeò vt de proprietate vinci non poſſit *leg. qui à creditore 18. Cod. de diſtract. pignor.* Atqui ponimus debitoris filium pignus à patre datum emiſſe à creditore ritè diſtrahente. Ergo dicendum eſt dominium rei obligatæ

acquiri filio non patri. Et conſequenter ſi debitor fuerit libertinæ condicionis, patronum eius petentem bonorum poſſeſſionem contra liberti tabulas ob non relictam ei legitimã portionem (nullo ſcilicet iam ſuperſtite filio vel eo ritè exheredato relictóque, vt querelam proponere, ac in ea obtinere non poſſit, vel denique abſtinente ſe bonis patris, vt Iuſtinianus explicat in *tit. de ſucceſſ. libert.*) nullam dominij partem in eo pignore habiturum, tanquam quod in bonis morientis liberti non fuerit, ſed in bonis filij, qui non libertus, ſed ingenuus fuit, vt poте ex libero & libera natus *tit. Inſt. de ingen in princip.* Nec quod filius hic in patris poteſtate fuerit, emptionis tempore ad rem facere videtur: cùm etiam vetere Pandectarum iure filiusfamilias acquiſitionis capax eſſet, nolente patre aut non valente ſibi acquirere, vt contra inueteratum errorem interpretum ſæpius docuimus ex *l. 4. §. ſed & filiusfamilias ſup. de edend. l. ei qui heres 13. §. vlt. l. cùm heres 52. infr. de acqu. hered. l. cogi 16 § ſi pater filio 11. leg. Imperator 50. ad SC. Trebell. l. 1. C. qui admitt. ad bonor. poſſeſſ.* Atqui non poteſt pater pignus ſuum emere à creditore, nẽ quidẽ per ſuppoſitam filij perſonam, quia rei ſuæ emptio nulla eſt, vt d[illegible]mus ad initium huius legis ex *leg. ſi mandauero tibi 22. §. ſi hi quorum infr. mandat.* Ergo nõ poteſt patria poteſtas impedire, quin hoc ſaltem caſu poſſit filius patris rem ſibi emere non à patre, ſed à creditore, ſicut & alius extraneus quilibet: præſertim cùm nulla in eo fiat iniuria aut patri aut creditori. Minus ad rem facit quod in propoſita huius §. ſpecie filiusfamilias ex peculiaribus nummis, id eſt, vt benè Accurſius interpretatur, ex profectitiis pignus paternum cõparauerit. Conſtat enim quoties de dominio rei venditæ quæritur, cui acquiratur, non tam inſpiciendum eſſe ex cuius pecunia ſes empta ſit, quàm cuius nomine & empta fuerit, & tradita *l. qui aliena 8. C. ſi quis alter. vel ſib.* niſi cùm comparata eſt ex nũmis pupilli vel militis *l. ex facto 52. verſ. planè infr. de pecul. l. ſi vt proponis 8. C. de rei vindic. l. 2. infr. quand. ex fact. tutor.* Ponimus autem & filiumfamilias emiſſe ſibi, & ſuo nomine, quamuis ex peculio profectitio, & ei non patri traditam rem fuiſſe, vt taceam peculium profectitium, tametſi ſit patris, eſſe tamẽ etiam filijfamilias, & veluti patrimonium eius cenſeri *l. 3. §. ſed verum l. patri 27. ſupr. de minor. l. depoſui 5. §. peculiũ l. quoties 47. §. vl. & paſ. inf. de pec.*

Dec. Filiusfamilias in patria poteſtate manens quicquid acquirit, etiamſi velit ſibi acquirere, acquirit tamen patri, & quidem ita vt ne momento quidem temporis conſiſtat acquiſitio in perſona filij, non magis quàm in perſona ſerui, ſi quid ſeruus acquirat, dummodò velit pater ſibi acquiri *l. placet 79. de acquir. hered.* Nulla enim hac parte inter filiũfamilias & ſeruum differentia eſt, niſi quod ſeruus acquirit domino etiam inuito *leg. etiam inuitis 32. de acquir. rer. domin. l. ſeruus vetante 62. de verb. oblig.* extra cauſam hereditatis *l. quum aliena 6. l. ſi quis mihi 25. §. iuſſum de acquir. hered.* filius verò patri non niſi volenti, quia ipſe cùm ſit liber homo, & habeat caput in ciuitate, acquirere ſibi poteſt, vt diximus. Ergo fatendum eſt filiumfamilias ementem à creditore pignus à patre datum ex nũmis peculiaribus, vel patri acquirere vel nihil agere. Atqui patri acquirere nõ poteſt, ne quidẽ volenti, quia nec pater ipſe rem ſuam poſſet emere, & ſibi magis acquirere, cùm id quod iam ipſius eſt, magis eius fieri non poſſit *§. ſic itaque Inſtit. de actionib. l. non vt ex pluribus 159. de regul. iur.* Ergo, vt Papinianus hîc reſpondet, filius debitoris in patris poteſtate manẽs, fruſtra pignus à creditore patris peculiarib. nummis comparat. Tunc enim filiusfamilias ſibi poteſt acquirere, cùm pater non vult ſibi per filium acquiri, non autem cùm acquirere patri non poteſt, nec ſi pater velit. Dicas, tãto magis permittendũ eſſe filio, vt ſibi acquirat, cũ patri acquirere non poteſt, nec ſi ambo cõſentiant. Quid. n. refert, an pater ſibi per filium acquiri nolit, an ei acquirere filius non poſſit? Sed reſpondeo primam in acquirendo cauſam eſſe patris, ſecundam filij *l. 1. C. qui admitt. ad bonor. poſſeſſ. poſſunt.* vt proinde quod filiusfamilias patri acquirere etiã volenti non poteſt, nec ſibi poſſit. Inſtabis, Cur ergo Papinianus diſtinguit, an ex peculiarib. nummis, an ex aliis filius paternũ pignus comparauerit? Nam cùm ait fruſtrà eum cõparare ex nummis peculiaribus, hoc ipſo fatetur aliud dicendũ eſſe, valeréque emptionem, ſi filius ex aliis quàm ex peculiarib. nũmis cõparauerit. Et ſanè ita eſt. Valet hoc caſu emptio, non quia pater rem iam ſuam acquirere ſibi vno caſu magis quàm alio poſſit, ſed quia cùm ex aliis quã ex profectitiis & peculiarib. nummis filius paternum pignus à creditore comparauit, emolumentum aliquod emptionis eſt, quod patri per filium acquiri poſſit, ſcilicet vt incipiat pater rem ſuam habere liberam, quæ antea fuerat pignori obligata: habere, inquam, ex noua cauſa, id eſt, ex venditione per creditorem facta, & eodem penè iure quo haberet, ſi res creditori ſuiſſet, poſtquam ita receptum eſt, vt creditor rem ſibi obligatam perinde ac ſuam poſſit diſtrahere, eiúſque dominium in emptorem transferre *d. l. 4. ſupr. d. l. non eſt nouum 46 infr. de acq. rer. domin.* Quid ſi inquies, An non & idem euenit, cùm ex peculiarib. nummis filius à creditore pignus emit? Nam & hoc caſu pignus liberatur, vt Papin. ſubijcit. Eſt igitur aliquod emolumentum patris, hoc quoq; caſu ex emptione, quam filiusfamilias fecerit. Reſpondeo. Imò verò nullũ eſſe hoc caſu patris emolumentum, quia pignus ex ipſius patris, non ex filij pecunia liberatum intelligitur, quandoquidem peculium licèt ſit filijfamilias, magis tamen eſt patris, qui ob hanc cauſam & de peculio tenetur, & peculium filio adimere, aut in totum ex parte pro arbitrio quandocunque poteſt, dum ne dolo malo *d. d. 3. §. ſed verum & dict. l. patri 27. de minor. l. qui ergo 16. l. ſumma cum ratione 21. l. peculium 40. in fin. de pecul. l. 1. §. 1. l. interdum 14. de in rem verſ.* Precium autem quod ex cauſa emptionis ſoluitur omnino neceſſe eſt emptoris eſſe, vt pecuniæ numeratæ dominium transferre poſſit in venditorem *l. ex empto 11. §. 2. infr. de action. empt.* Nihil ergo acquirit filius patri, cũ ex nũmis paternis ſoluit precium rei paternę, quam emit. Et quod hoc quoq. caſu pignus liberatur, non ex eo fit, quaſi factum filij liberationem patri acquiſierit: ſed quia perinde eſſe debet, ac ſi pater creditori per filium ſoluiſſet, quo caſu non dubitaretur, quin & patria patri libertatio, & pignus quoque per conſequentias neceſſarias liberatum eſſet. Cùm verò ex aliis quàm peculiaribus nummis ſolutio precij facta eſt creditori, non quidem ab ipſo filio (nummi enim quantumuis alieni, ſi traditi eſſent filio, æquè patri acquirerentur per filium, nec proinde alio iure cenſeri deberent, quàm peculiares) ſed ab alio qui donatam filio voluerit, vt nunquã videri potuerit pecunia quæſita patri, ſed rectà creditori nomine tamen filij pignus paternũ ementis, acquiritur emolumentum emptionis patri per filium, vt pater nõ modò rem ſuam liberam habere in-

Digitized by Google

incipiat, ſed neque creditori amplius neque extraneo qui numerauit pecuniã, teneatur. Itaque quod in ſpecie huius §. Papinian. negat, valere emptionẽ factam à filio, non illam duntaxat rationem habet; quòd filius eo tempore fuerit in patris poteſtate, ſed hanc quoque, quòd ex peculiarib. nummis preciũ ſoluerit: qua poſteriore ratione ceſſante prior vtique ſola non ſufficeret, vt emptio impediretur, & fruſtra facta dici deberet. Illud verò dignũ obſeruatione eſt, quod quãuis Iuſtin. in *l. cũ oportet 6. & l. vlt. C. de bon. quæ liber.* effecerit filiosfamilias capaces acquirendorum ſibi aduentitiorum omnium ſolo patri excepto & conceſſo vſufructu, incorrecta tamẽ remanet etiam hodie ſententia huius §. quia in omnis peculiaribus, & generaliter in profectitiis omnibus nihil Iuſtinianus innouauit *d. leg. cùm oportet in princ.* Planè quod diximus in nummis aduentitiis aliud reſponſurum fuiſſe Papinianum, ſi modò nummi traditi filio fuiſſent ab extraneo, ſed ipſius nomine ſoluti pignoratitio creditori admittendum hodie eſt indiſtinctè, id eſt, eo quoque caſu quo ipſi filiofamilias traditi ſint, quia non ideò acquiruntur patri per filium, vt olim, ſed filio ſoli, ob idq; precium ex eiuſmodi nummis ſolutum non ex patris, ſed ex filij pecunia ſolutum videri omnimodo debet.

a *Nam pecunia quam filius ex re patris.* RAT. DVB. Non liberatur pignus, niſi tota pecunia quæ debetur creditori ſoluta ſit vel ab ipſo debitore, vel ſaltẽ ab alio ipſius debitoris nomine, vel aliter creditori fuerit ſatisfactum *l. ſi rem 9. §. omnis pecunia ſup.* Atqui ponimus ſolutam fuiſſe pecuniam non à parte debitore, ſed à filio emente rem patris, nec patris nomine, ſed ipſius filij: nec denique pro debito, ſed pro precio emptionis, & quidem quæ ipſo iure nulla eſt, & inualida. Non igitur fieri poteſt, vt eius pecuniæ ſolutione pignus liberetur.

DEC. Sufficit ad liberationem pignoris, vt quantum debetur creditori ex ea cauſa pro qua pignus datum eſt, tantumdem ex pecunia debitoris ad creditorem peruenerit, cuius pecuniæ retinendæ non aliam cauſam habeat creditor, quam quia creditor ſit, & quę cauſa ſi non eſſet, condictione teneretur creditor ad eã pecuniam reſtituendam, quia ſemper bonũ & æquum eſt, pecuniam meam quæ ad te ſine cauſa peruenerit, mihi abs te reddi *l. ſi & me & Titiũ 32. in fin ſup. de reb. cred.* Atqui nullã creditor hîc cauſam habet retinendæ pecuniæ quam filius pro venditionis pretio ex re patris ſoluit, cùm tanquam vẽditor retinere nõ poſſit iure precij ex cauſa eius vẽditionis, quæ non valuit. Supereſt igitur, vt pecuniã ſibi ſolutam in precium retineat, & imputet in debitũ, pro quo pignus acceperat, & cõſequenter, vt ſi quantitas precij nõ minor ſit quantitate debiti (hoc enim omnimodo exigitur, vt pignus liberari poſſit, cuius liberãdi cauſa indiuidua eſt, vt toties diximus ex *l. heredes 25. §. idem obſeruatur ſup. famil. erciſcun. l. rem hereditariam 65. infr. de euict. l. quandiu 6. C. de diſtract. pignor.*) non ſolùm pater ipſe idem debitor iure cuiuſdam compenſationis liberetur, vt in *l. ſi conuenerit 18. ſupr.* ſed etiam pignus ipſum extinguatur, non minus quàm ſi à patre ipſo facta ſolutio proponeretur. Nihil enim refert, vt in ſuperioribus diximus, an creditor pecuniam à patre ipſo eodémque debitore acceperit, quo caſu nemo dubitaret, quin pignus liberatum eſſet, an verò à filio ſoluente ea re patris, quamuis ſuo non patris nomine, quoties neque ſolutionis faciendæ cauſam vllam filius habuit, neque habet creditor pecuniæ retinendæ.

2 ¶ Soluta pecunia, creditor poſſeſſionem pignoris, quæ corporalis apud eum fuit, reſtituere debet: nec quicquam amplius præſtare cogitur. Itaque ſi medio tempore pignus creditor pignori dederit: domino ſoluente pecuniam, quam debuit, ſecundi pignoris neque perſecutio dabitur, neque retentio relinquetur.

*Ad § vlt. Soluta pecunia.*

RAT. DVB. Iure ſuo facit creditor, qui pignus ſibi datum à ſuo debitore, dat etiam alij creditori ſeo pignori. Id enim tandem receptum eſt à prudentibus, contra iuris rigorem, qui aliud ſuadere videbatur, cùm pignus dari non poſſit, niſi à domino *l. aliena res 20.* vbi diximus *ſup.* creditor autem non ſit dominus *l. cùm & ſortis 35. §. 1. ſupr.* ſed ex sũma æquitate ob vtilitatem commerciorum, poſtquam vtilitas pignorum irrepſit *l. qui autem 14. §. 1. ſupr. de pecun. conſtit.* & illo etiam iuris colore, quòd creditor pignoratitius omnes pignoris fructus ſuos faciat, quamuis poſtea imputandos in ſortem *l. 1. & 2. Cod. hoc tit.* fructus autem rei ſit vel pignori dare licere *l. vlt. infr. de vſurp.* Ergo ſi creditor pignoratitius pignus ſibi datum pro centum alij dederit pignori pro ducentis, non eſt audiendus debitor, ſi centum duntaxat oblatis, quæ ipſe debet, pignoratitia velit agere ad pignoris à ſe dati reſtitutionem: niſi præterea offerat centum alia, id eſt, integra ducenta, quæ ſecundo creditori debentur. Quomodo enim fieri poteſt, vt pignoris vinculum quod pro ſecundo creditore ritè rectéque cõtractum eſt, inuito eo diſſoluatur, oblata minore ſumma, quàm quę ipſi debeatur? Quandoquidem voluntate primi debitoris pignus quod ei datum fuerat, etiam creditori creditoris obligatum intelligitur. Quod iuſtitia, vt non niſi tota ſumma ſoluta quæ creditori creditoris debetur; luere pignus poſſit, *d. l. alienã 20. leg. petenti 27. ſupr. hoc tit.* Nec vlla in eo fieri videtur iniuria primo debitori, qui vtique aduerſus proprium creditorem habere poteſt regreſſum pignoratitia actione ad conſequẽdam indemnitatem, ob id, quòd pro maiori quantitate pignus alij dederit, quàm pro quanta ſibi datum fuiſſet.

DEC. Reſoluto iure datoris reſoluitur ius acceptoris, vt ſolent loqui noſtri, & veriſſimum eſt ex *l. lex vectigali fundo 31. inf. de pign. l. vbi autem 4. alias l. ſi ex duobus §. ſed & Marcellus inf. de in diem addict.* quia nec plus iuris in alium trãsferre quiſquam poteſt, quàm ipſe habeat *vulg. l. nemo plus iuris 54. de regul. iur.* Atqui primus creditor qui pignus ſibi à debitore ſuo datum alij creditori pro maiori quantitate pecuniæ dedit pignori, non habuit ius obligatæ rei retinendæ, niſi quoadusque ſoluta ei eſſet pecunia, quæ ipſi non quæ ab ipſo debeatur, & quamuis ex tacita ipſius voluntate creditor idem pignus alij ſuo creditori dediſſe videatur, debet tamen eiuſmodi tacita voluntas tacitam quoque illam interpretationem admittere, vt neque longiori tempore voluerit ſecundum pignus durare, quàm quo primum duraturum eſſet, neque pro maiori quantitate, quàm pro qua ipſe pignus dediſſet. Denique

Digitized by Google

vt hactenus meliorem ſuam condicionem facere creditor primus poſſet, quòd idem pignus creditori ſuo iterũ dare pignori non prohiberetur, ſed tamen deteriorem ac duriorem debitoris ſui cauſam facere ea datione non poſſet. Ergo dicendum eſt, quod Papinianus hic reſpondet, ſolutâ creditori pignoratitio per debitorem pecuniâ quam ipſe debuit, cogẽdum eſſe creditorem qui priore loco pignus accepit, vt corporalẽ poſſeſſionem quam pignus accipiendo nactus eſt, per actionem pignoratitiam reſtituat, nec amplius quicquam præſtare cogi debitorem, vt pignus à ſe datum liberet, id eſt, non etiam ad hoc teneri, vt præterea offerat, vel præſtet, quod creditoris creditori amplius debeatur, quamuis primus creditor, qui ſecundo idem pignus dedit pro maiori quantitate pecuniæ non aliter luere illud poſſit, quàm ſi totum offerat quod debet, nec liberetur offerendo, quantum ſibi debetur. Nihil enim commune habet pignus primum cum ſecundo, niſi quod eadem res eſt, quæ vtroque contractu obligata fuit, cúmque pignoratitia actio naſcatur ex contractu pignoris *l. 1. ſupr. l. pen. infr.* ſicuti non poteſt dari primo debitori contra creditoris ſui creditorem, cum quo non contraxit, ita neque æſtimanda eſt ex eo, quod primus creditor pignoratitius creditori ſuo debeat, ſed ex eo tantùm quod ſuo creditori debet primus debitor, qui pignus dedit: & hic proculdubio Papiniani in hoc §. ſenſus eſt, ſiue dictionem *debitor*, quæ in textu deeſt, addere velis, ſiue malis ſupplere ad verbum *cogitur*. Nam ſi referas cum Accurſio verbum hoc *ad creditorem*, facies omninò ridiculum Papinianum, & reſpondentem de caſu prorſus indubitabili. Quid enim aliud poſſit debitor à creditore petere per actionem pignoratitiam, niſi vt corporalis poſſeſſio pignoris, quam in creditorem tranſtulit, ſibi à creditore reſtituatur? An fortè Papinianus cùm de corporali poſſeſſione locutus eſt, de naturali tantùm ſenſit, vt ciuilem excluderet, quomodo apud Accurſium quidam interpretãtur? Sed hoc totum nugatorium eſt, cùm ciuilis poſſeſſio naturalem plerumque concomitetur, præſertim verò in iuſto creditore pignoratitio, quem conſtat poſſidere ſibi etiam ciuiliter, quod ad omnes cauſas præterquam quod ad vſucapionem *leg. ſerui nomine 16. inf. de vſucap.* Præter id quod, vt idem Accurſius diſputat *reſtituendi* verbum, quo hîc Papinianus vtitur, pleniſſimam habet ſignificationem *leg. videamus 38. §. in Fauiana infr. de vſur. leg. reſtituere 35. leg. reſtituere 75. de verborum ſignificat.* vt proinde non minus ciuilem quàm naturalem poſſeſſionem continere debeat. Nec minus tamen nugatur idem Accurſius, cùm Papinianum ſic intelligit, vt creditor pignoratitia conuentus poſſeſſionem tãtùm pignoris reſtituere teneatur, non etiam pignus quod dedit creditori ſuo liberare. Nam imò verò liberare teneretur, ſi vellet ipſe pignus à ſe datum luere, aut ſi ſecunda pignoris datio ab eo facta poſſet rem obligatam afficere ſupra eam quantitatem, cuius debitor fuit dominus, qui pignus dedit. Quòd ſi Papinianum ſic velis intelligere, vt creditor ad nihil aliud cogi poſſit, quàm ad corporalem poſſeſſionem reſtituendam, vt excludas quanto deterior res obligata facta ſit dolo vel culpa creditoris, falſam efficies Papiniani ſententiam, cùm neque reſtitui videatur res, quæ deterior redditur, ſed dolo potius facere videatur, qui deteriorem reddit *leg. 3. §. ſi reddita ſupr. titul. proxim. leg. 1. §. ſi res depoſita 16. infr. depoſit. leg. creditor 7. & ſeq. Cod. hoc tit.* Admittamus ergo, quod res eſt, Papinianum de debitore loqui non de creditore, cùm ait, nihil eum amplius præſtare cogi, ſcilicet quàm vt ſoluat id ipſum, quod ſuo creditori debet, non quod creditor alij ſuo creditori. Non enim videri poteſt minus ſoluiſſe is, in quem amplioris ſummæ actio non competit *leg. non poteſt videri 117. de verborum ſignificatione*. Huic verò interpretationi noſtræ, aut etiam emendationi, ſi dictionem *debitor* mecum addere malis, quàm ſupplere, ne quid obſcuri aut ambigui remaneat, quadrant optimè ſequentia illa omnia, quæ per illationem Papinianus ſubijcit his verbis, *Itaque ſi medio tempore pignus creditor pignori dederit, domino ſoluente pecuniam quam debuit, ſecundi pignoris neque perſecutio dabitur, neque retentio relinquetur.* Eſſet enim hæc illatio inepta, ſi in præcedentibus dixiſſet Papinianus creditorem pignoratitium, nihil aliud præſtare cogendum per actionem pignoratitiam quàm vt corporalem pignoris poſſeſſionem reſtituat creditori. Quid enim hoc cum illo commune habet? Sed erit congruentiſſima ſi ſuperior ſententia ad debitorem referatur: ſi enim verum eſt, vt eſt, debitorem creditoris qui idem pignus alij creditori pignori dederit, nihil amplius præſtare cogi, quàm vt eam pecuniam ſoluat, quam ipſe debeat, non etiam quam creditor ſuo creditori, prorſus conſequens eſt, vt eâ pecuniâ ſolutâ, quemadmodum pignoris primi vinculum tollitur, ita ſecundum pignus quod à primo pendet, tanquam acceſſorium quoddam à principali, æquè pereat, & extinguatur: ac proinde vt neque perſecutio pignoris ſecundo creditori competat, ſi pignus non poſſideat, neque retentio ſi poſſideat, quia tam perſecutio quàm retentio pignoris præſupponit pignus aliquod in neceſſarium antecedans *leg. 1. infr. de pignor.* quamuis retentio poſſit locum habere, etiamſi pignus nullum ſit, vt in *leg. ſi in area 33. de condict. indeb. leg. in hoc iudicium 14. §. 1. ſupr. commun. diuid.* ſubſiſtente nimirum alia cauſa iuſta, quæ porrò hîc, nullo ſubſiſtente pignore, ſubeſſe nulla poteſt. Iunge his quæ diximus, *titul. Cod. ſi pignus pignor. dat. ſit leg. grege 13. §. cum pignori infr. de pignor. leg. de acceſſionib. 14. §. & ſi mihi pignori infr. de diuerſ. tempor. præſcript.*

41. PAVLVS libro 8. Quæſtionum.

REm alienam pignori dediſti, deinde dominus rei eius eſſe cœpiſti. datur vtilis actio pigneratitia creditori. Non eſt idem dicendum, ſi ego Titio [a], qui rem meam obligauerat ſine mea voluntate, heres extitero. hoc enim modo pignoris perſecutio concedenda non eſt creditori. neque vtique ſufficiet

ad com-

ad competendam vtilem pigneratitiam actionem, eundem eſſe dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed ſi conueniſſet de pignore, vt ex ſuo mendacio arguatur, improbè reſiſtit, quo minus vtilis actio moueatur.

*Ad l. Rem alienam 41.*

RATIDUB. Quiſquis agit hypothecaria (de hac enim Paulus hîc tractat, quam poſtea pignoris perſecutionem appellat, licèt eam ſuo more pignoratitiam vocet, vt in *l. pen. §. 1. inf. de except. rei iudic.*) probare debet præcisè rem in bonis debitoris fuiſſe eo tempore, quo conueniebat de pignore *l. & quæ nondum 15. § quod dicitur inf. de pignor. l. quæ prædium 6. & l. vlt. C. ſi alien. res pignor. dat. ſit.* Nam cùm pignoris obligatio rem ipſam afficiat, de qua obliganda agitur, certum eſt non ab alio poſſe rem obligari, quàm qui eius dominus ſit, niſi proponas in contrahenda obligatione voluntatem domini ſiue expreſſam ſiue tacitam interueniſſe, aut eius ratihabitionem ſecutam fuiſſe, vt in *l. aliena res 20. ſup. hoc titul. l. ſi fundum 16. §. 1. infr. de pignor.* vel obligatam rem fuiſſe ſub hac condicione, ſi in debitoris dominium quandoque peruenitet, vt in *d. l. ſi fundum 16. §. aliena res*, vel denique fuiſſe debitori iam tum debitam cùm eam obligabat *l. 1. in prin. eod. tit.* ex ea ſcilicet cauſa, ex qua dominium ſubinde acquiri per ſolutionem & traditionem debitori ſperaretur, puta ex cauſa emptionis vel ſtipulationis aliáve ſimili. Sic enim locus ille intelligendus eſt, vt conſtat ex *l. 3. §. cùm ex cauſa inf. qui potior. in pignor. hab. l. filiam fratribus 56. ad SC. Treb. l. ſi quis alienam 46. de action. empt.* Ergo ſi rem alienam pignori dederis, deinde dominus eius rei eſſe cœperis, non ideò vtilis actio pignoratitia, id eſt, hypothecaria dari debet creditori. Multum ſi quidem refert, an quis expreſſa vel tacita conuentione bona ſua omnia generaliter obliget præſentia & futura, an verò ſpecialiter obliget certam rem alienam. Priore caſu ſufficit dominium quãdocunque poſtea debitori ſuperueniſſe *d. §. quod dicitur*. Poſteriore verò non item *d. l. 1. in princip. de pignor.* quia obligationem, quæ ex pacto vel cõtractu aliquo naſcitur, cuiuſmodi eſt illa, quæ quaſi Seruianam & hypothecariam parit, neceſſe eſt naſci vel ſtatim ab initio & ipſo pacti aut contractus tempore, vel nunquam. Hîc porrò non potuit naſci ſtatim, cùm tempore conuentionis res certa quæ obligabatur, eſſet aliena, nec in id tempus conferretur obligatio, quo futura eſſet debitoris.

DEC. Directa quidem hypothecaria præciſam illam dominij probationem omnino exigit, adeoque inſpecto tempore contractus, alioquin non poteſt pignus conſiſtere, niſi ex ſuperueniente aliqua noua voluntate domini, quomodo Accurſius docet ex *l. cùm res 5. C. ſi alien. res pignor. dat. ſit. l. qui balneum 9. §. Titia infr. qui potior. in pign. hab.* Sed deficiente directa, non eſt nouum vt vtilis competat, quoties eius dandæ iuſta cauſa non deficit. Inductæ ſunt enim actiones vtiles tam ciuiles quàm prætoriæ, vt eſſent ſubſidiariæ deficientibus directis *l. quoties 21. infr. de præſcript. verb.* Atqui cùm debitor ipſe qui rem alienam quaſi ſuam, ſiue ſciens, ſiue ignorãs, pignori dedit creditori ignoranti, conuenitur hypothecaria vtili, ſumma æquitas contra eum facit pro creditore, quoniam improbus eſt debitor, ſi conueniri ſe poſſe ideò neget, quòd aliena res fuerit, quam pignori dedit, cùm eo tempore quo dedit, ſuam eſſe adfirmauerit, vt proinde ex mendacio ſuo arguatur, qui non modò contra factum ſuum venire velit ad ſuam vtilitatem, quod nunquam ferendum eſt *l. poſt mortem 25. ſupr. de adopt.* ſed etiam contra propriam ſuam adfirmationem, quod ſemper dolo proximum eſt *l. ſi quis adfirmauerit 9. ſup. de dolo. l. Iulianus 13. §. quid tamen infr. de action. empt.* Porrò improbitas omnis coercenda eſt & vindicanda, ſaltem data vtili aliqua non ſolùm exceptione, ſed etiam, ſi opus ſit, actione *l. ſi quis dolo 51. §. 1. in fin. infr. de re iudic.* Ergo creditori hoc caſu accommodanda eſt vtilis hypothecaria, ad exemplum ſcilicet directæ, vt ſcriptum eſt in *l. cùm res 5. C. ſi alien. res pignor. dat. ſit.* Et hæc ratio eſt, quam Paulus noſter adfert in fine huius legis, vt poſtea dicemus. Ex qua ratione intelligimus, tractare Paulum hîc de creditore ignorante rem eſſe alienam, quæ pignori dabatur. Nam ſi ſciebat, non poſſet mendacium obiicere debitori, qui vtique ſcientem decipere non potuiſſet, quem nec certiorare debuerat *l. 1. in fin. de action. empt. l. tutor 16. §. 1. in fin. ſupr. hoc tit. l. nam ſi ſcit 26. de rei vindic.* Et ita locus hic Pauli conciliandus eſt cum *d. l. 1. de pignor.* vbi negat Papinianus, in ſpeciem alienæ rei collata conuentione pignoris, poſteà quæſito debitori dominio dandam eſſe vtilem actionem hypothecariam creditori, ſed tantùm retentionem ſi poſſeſſor pignoris inueniatur. De illo enim creditore Papinianus diſertè loquitur, qui rem alienam eſſe nõ ignorauit. Ne dubitare quis poſſit, aliud eum reſponſurum fuiſſe in creditore, qui ignoraſſet. Ignoranti enim & per iuſtam ſuam ignorantiam decepto ſuccurrendum eſt (alieni namque facti ſemper probabilis eſt ignorantia *l. vlt. infr. pro ſuo.*) non etiam ſciẽti, ac ſeipſum decipienti, vt loquitur *d. l. nam ſi ſcit.* An verò debitor ipſe, qui rem alienam pignori dedit, alienam ſciuerit, aut ignorauerit, non diſtinguimus, quoniam & cùm ignorauit, ſuamque rem eſſe credidit & adfirmauit, quomodo adfirmat hoc ipſo, quiſquis dat pignori, ſaltem in tacitum quoddam & neceſſarium antecedens, arguitur poſteà ex ſuo mendacio, ſi neget ſe dominum eo tempore fuiſſe, quo pignori rem quaſi ſuam dabat. Et quamuis iam tum non fuerit in dolo, ſi rem ſuam eſſe putabat, multóque minus ſi eam bona fide quaſi ſuam poſſidebat, nunc tamen dolo facit & mẽdacium ſuum fatetur, cum ſe negat fuiſſe dominum: non quia falſa ſit negatio, ſed quia declarat falſam fuiſſe adfirmationem, & quidem dolo malo, cùm hodie nihil eius interſit, an vera fuerit, an falſa, ſi modò bonam fidem vellet agnoſcere, nec pignoris controuerſiam ei facere, cui & pignus à ſe datum eſſe, & debere ſe non inficietur. Simile quiddam eſt in *l. 2. §. circa infr. de doli mal. except.* Excipienda tantum eſt cauſa libertatis. Vtilis enim libertas nulla eſt, niſi quæ ab initio competiit & efficax fuit *l. ſi ſeruo alieno 20. infr. qui & à quib. manum. liber. non fiant.* Nam ſi non aliud inſpiciendum eſſet, vt vult Bartolus, niſi an intereſſet manumiſſoris, aliud ſanè dicendum eſſet, quia hominem beneficio affici intereſt hominis *l. ſi venditor 6. §. 1. de ſeru. export.* præſertim fauore libertatis quam & competere & conſeruari intereſt etiam reipublicæ. Multum ergo refert an contra debito-

 

rem ipſam, an contra tertium poſſeſſorem hypothecaria exerceatur, de re aliena pignori data, cuius dominium poſteà fuerit debitori acquiſitum. Priore caſu non poteſt debitor quæſtionem dominij referre, non magis quàm creditor debitori *l. ſi pignore 22. §. ſi prædo & §. ſi creditor ſupr.* quia cùm conuenerit ipſe de pignore, arguit ſe de mendacio, ſi neget rem eo tempore ſuam fuiſſe, ſiue bona fide illam poſſederit, ſiue poſſidendi titulum nullum habuerit, ac ne ipſam quidem poſſeſſionem, vt Paulus ſubiicit in fine huius legis: tametſi cùm rem pignori dabat, non adfirmauerit rem ſuam eſſe. Sufficit enim id tacitè actum fuiſſe, vt pro cauto & adfirmato habeatur *l. cum quid 3. ſupr. de reb. credit.* Nec refert quid dictum fuerit, cùm appareat quid actum ſit *l. ſemper in ſtipulationibus 34. de reg. iur.* quamuis interſit aliquãdo, an quid nominatim dictum ſit, an verò tacitè & in conſequentiam tantùm veniat, vt in ſpecie *l. penult. infr. de euict.* At poſteriore caſu cum aduerſus tertium exercetur hypothecaria, non poteſt actor vincere non ſolùm ſi directam proponat hypothecariam, ſed nec ſi vtilem, quin probet rem quæ pignori data fuit, non quidem in dominio, ſed ſaltem in bonis debitoris fuiſſe eo tempore quo pignori dabatur. Minus enim eſt ac multo facilius, probare rem fuiſſe in bonis quàm in vero, & quiritiario dominio, quando dominij probatio plerunque difficillima ſit *§. commodum Inſtit. de interd.* rem autem in bonis eſſe facilè eſt probare: cùm ea demùm res in bonis noſtris eſſe dicatur, cuius retinendæ nomine ſi eam poſſideamus, exceptionem habemus, aut etiam actionem ad eam recuperandam ſi eius poſſeſſionem amiſerimus *l. rem in bonis 52. infr. de acquir. rer. domin.* Itaque ſi qua res à nobis ſic poſſeſſa fuerit, vt eius nomine Publicianam habere poſſimus, nemo dubitat quin & pignori à nobis dari poſſit, & ad eã vindicandam hypothecaria etiam contra tertium poſſeſſorem exerceri, quia ſic tuetur Prætor creditorem per Seruianam, quemadmodum debitorem per Publicianam *l. ſi ab eo 18. infr. de pignor.* Quidni verò cùm vtraque actio ſit ex iuriſdictione Prætoris? apud quem plus eſt habere rem in bonis, quàm in dominio quiritiario: cùm ſi quando concurrant, melior cauſa ſit domini bonitanj, quàm quiritiarij, vt docet Vlpianus in *Fragment tit. 19. de acquiſit. rer.* & conſtat ex *l. doce 9. Cod. de rei vindic. iunct. l. quamuis 75. infr. de iur. dot.* Et hoc eſt, quod voluit dicere Bartolus, creditorem agentem hypothecaria directa, contra tertium poſſeſſorem, ſiue habentem titulo ſingulari cauſam lucratiuã à debitore, ſiue oneroſam, probare debere dominium directum, vel vtile, vel quaſi dominium. Quanquam poterat & expeditiùs & meliùs dicere cum Caio in *d. l. & quæ nondum §. quod dicitur de pignor.* creditori incumbere onus probandi rem fuiſſe in bonis debitoris. Nam dominium, quod ille vocat vtile, nullum eſt, vt docuimus in libris Coniecturarum, & ad *l. 1. ſupr. ſi ager vectigal. pet.* Rem tamen in bonis habet quiſquis aut directum dominium, aut quod ille appellat vtile, aut quaſi dominium habet: imò & quiſquis rem aliquam bona fide poſſidet *l. bonorum 49. de verb. ſignific.* Nec facilè probare poſſum, quamuis aliàs probauerim, quod idem Bartolus tradit, & cum eo cæteri omnes interpretes, meliorem eſſe condicionem creditoris agentis Saluiano interdicto ad pignoris poſſeſſionem recuperandam: hactenus nimirum, vt ſufficiat ei probare debitoris ſui poſſeſſionem ſolam, etiam agenti contra extraneum poſſeſſorem. Qua ratione vix vllus hodie in tota Italia vſus eſt actionis hypothecariæ, ſed Saluiani tantùm interdicti, ex conſilio Pauli Caſtrenſis ad hanc legem, & quidem vtilis, quoties aduerſus extraneum agitur, non directi, vt ſe actor exoueret neceſſitate probandi dominij, cuius probationem plerique putant eſſe non modò difficilem, vt Iuſtinianus loquitur in *d. §. commodum.* ſed etiam impoſſibilem: putant enim cùm Saluiano interdicto, ſiue directo, ſiue vtili agitur, ſufficere ſolam poſſeſſionis probationem, quòd in eo interdicto, vt in cæteris de poſſeſſione tantùm non etiam de dominio & proprietate agatur ex *l. 1. C. de precar. & Saluian. interd.* Ego verò admitto equidem in hoc interdicto, vt in cæteris, de ſola poſſeſſione agi, alioqui neceſſarium eſſe Seruianum iudicium, vt ait *l. 2. infr. eod. ill. tit.* Sed dico, ita hoc intelligi debere, vt qui agit Saluiano interdicto, contendat tantùm de poſſeſſione: non etiam vt ei ſufficiat ſui debitoris poſſeſſionẽ probare: cùm nõ aliter Saluianum directum, aut vtile competat, quàm ſi probetur res coloni, aut alias de quibus agatur pignori datas eſſe *d. l. 1. infr. de Saluian. interd.* quod & Caſtrẽſis fatetur. Atqui nõ aliter probari hoc poteſt, quàm ſi probetur res illas, quæ pignoratæ dicuntur, in bonis debitoris fuiſſe *d. §. quod dicitur* Nihil ergo hac in re prodeſſe creditori poteſt, quod Saluiano interdicto agat, potiùs quàm Seruiano, aut quaſi Seruiano iudicio, vt ſe grauiori probatione exoneret. Aliudque eſt tractare de poſſeſſione actoris interdictum proponentis, aliud verò de authoris poſſeſſione ex qua ius interdicti pendeat, & quam vtique talem eſſe oportet, vt dubitari nõ poſſit, quin res ab eo pignoratæ, ſiue expreſsè, ſiue tacitè in bonis eius fuerint, id eſt, pro qua ſiue tuenda, ſiue recuperanda vel actionem, vel exceptionem habere potuerit *d. l. rem in bonis*, aut etiam interdictum: nam & actionis appellatione generali etiam interdicta continentur *l. actionis 37. infr. de oblig. & action.* vt proinde nihil prohibeat, intentari hoc caſu hypothecariam, non minùs quàm Saluianum vtile interdictum, licèt Bartolus hic *num. 9.* contrà ſentiat. Nec turſus nouum eſt, vt etiam in interdictis de iure ac proprietate diſputetur, ſi modò talia ſint, vt ad rem familiarem pertineant *l. 2. §. quædam ſunt infr. de interd.* cuiuſmodi eſt Saluianum. Quare nec valde neceſſe eſt, tantopere laborare cum Bartolo, quibus modis dominium probari poſſit, an proponendo præſcriptionem triginta vel quadraginta annorum, aut poſſeſſionem longi temporis cum titulo & bona fide in rebus immobilibus: pro mobilibus verò poſſeſſionem triennij æquè cum titulo & bona fide, quod tempus à Iuſtiniano præſcriptum eſt vſucapioni in *l. vnic. C. de vſucap. transform.* an allegando etiam rem à debitore pignoratam, ab eodem poſſeſſam fuiſſe, & occupatam, cùm antea in nullius bonis eſſet, vt inferamus factam ergo eſſe iure gentiũ primi occupantis. Quid enim neceſſe eſt de his & aliis acquirendi, aut probandi dominij modis, quærere in actione hypothecaria, cùm ſufficiat probare rem in bonis debitoris fuiſſe, quod facillimę probationis eſt? Planè in directa rei vindicatione, in qua nõ niſi de dominio quęritur, & quod omnimodo probandum eſt, vt actor intentionem ſuam implere poſſit & vincere *d. l. in rem 23 in princ. ſupr. de rei vindic. l. vlt. C. eod.* poteſt Bartoli quæſtio eſſe non inutilis: quãquam & vindicatio directa dominij etiam ei cõpetit, qui rem in bonis habet, quãuis de dominio quiritiario nihil probet *d. l. doce 9. C. eod. tit.* dummodò ius habeat à domino, ne

mino, ne quis fortè nobis obijciat Publicianã, quæ vtilis tantùm & prætoria, non autem directa & ciuilis vindicatio eſt, quoniam quiſquis Publicianam exercet, fatetur ſe emiſſe à non domino §. *namque Inſtit. de act.* Sufficit ergo ad probandum verum & quiritiarium dominium, vt qui agit, dicat, probétq; ſe titulum habere ab eo, quem dicat fuiſſe dominũ, licèt authoris ſui dominium non aliter probet, quã hoc ipſo quòd non probatur emiſſe à non domino, ne alioqui dãdus ſit progreſſus in infinitum, ſi probandum ſit dominium venditoris & eius ſimiliter à quo venditor comparauit, aut vt dicat, probétque ſe vel authorem ſuum tanto tempore poſſediſſe cũ titulo, quantum ſatis ſit ad complendam vſucapionem. Quid enim aliud eſt vſucapio, quàm adeptio, aut vt alij legunt, adiectio dominij? *leg. 3. infr. de vſucap. l. in bello 12. §. ſi quis ſeruum de captiu. & poſtlim.* Et hæc certior ac facilior certè eſt ratio probandi dominij, tum quoque cum quis dicit emiſſe ſe à domino. Non enim minus iuris habet, qui iam dominus poſſedit per tempus legitimum vſucapioni præſtitutum, quàm ſi dominus antea non fuiſſet *d. § ſi quis ſeruum in fin.* Et hos duos modos probandi dominij exprimunt Imperatores in *l. nullo iuſto titulo 24. C. de rei vindic.* Nam quod addit Bartolus de præſcriptione 30. vel 40. annorum, falſum eſt, cùm per illam præſcriptionem, ſi iuſtus titulus nullus præcedat, non dominium acquiratur, nec directa vindicatio, ſed tantùm exceptio, quod & verbum ipſum præſcriptionis demonſtrat *tit. de diuerſ. tempor. præſcript. l. ſi duo .3. l. Iulianus ait*, vbi diximus *ſupr. de iureiur.* Dices, hypothecariam actionem & quaſi Seruianam non dari, niſi ad auocandam nudam poſſeſſionem *l. ſi cũ venditor 66. inf. de euict.* Sufficere igitur debere creditori, vt probet poſſeſſionem, non etiam dominium debitoris. Reſpondeo per hypothecariam auocari quidem ſolam & nudam poſſeſſionem, ſed ad eum finem, vt auocata poſſeſſione creditor poſſit pignus vendere, & tradere. Quænam enim eſt alia vtilitas pignoris, niſi vt diſtrahatur? & quidem ita, vt quamuis aliena res ſit, dominium tamẽ à creditore in emptorem transferatur? Rem igitur ipſam quæ pignorata eſt, affici neceſſe eſt, & quidem à domino vel quiritiario, vel ſaltem bonitario, qui ſi ipſe venderet dominium transferre poſſet, cùm nec alia cauſa ſit, propter quam placuerit dominium transferri poſſe à creditore, qui dominus non eſt, quàm quia vendit ex domini voluntate, vt diximus ad *d. l. 4. ſupr.* Porrò afficere rem ipſam non poteſt is, qui eam tantùm poſſidet, ſed is demum qui eius verè dominus eſt; aut ſaltem qui eam in bonis habet. Dominium ergo aut quiritiarium aut ſaltem bonitarium omnimodo probandum eſt, vt pignus vtiliter datum aut hypotheca conſtituta videri poſſit. Quid? An non habet ius ſaltẽ in poſſeſſione is, qui rem poſſidet? Quidni ergo ſaltẽ ius illud, quod in poſſeſſione habet, obligatum intelligitur, & ipſa poſſeſſio quam ſolã auocat is, qui agit hypothecaria? Obiectio eſt Bartoli, ſed ad quã reſpondet nõ inſubtiliter, vt ſibi videtur, creditorem agentem hypothecaria non auocare poſſeſſionem debitoris, quã vtique amiſit debitor ſiue tradendo pignus creditori *l. ſi rem alienam 9. §. propriè l. cùm & ſortis 35. §. 1. ſupr.* ſiue vendendo alij, vt interuertat poſſeſſionem creditoris. Cùm enim non poſſint duo ſimul poſſidere, ne quidem vnus iuſtè, alius iniuſtè *l. 3. § ex contrario infr. de acquir. poſſ. leg. duo 19. infr. de precar.* non poteſt debitor alium poſſeſſorẽ facere rei quam obligat, aut obligauit, quin poſſeſſionem ſuam amittat, nemo autẽ dubitat, quin extinctione & peremptione rei obligatę pignus ipſum extinguatur *l. Paulus 29. §. domus de pignor.* Sed quàm futilis & vana ſit hæc ad obiectionem reſponſio, ex eo intelligimus, quòd ſi pignus nudo pacto ac ſine traditione conſtitutum ſit, quam propriè hypothecam appellamus, nulla poſſeſſio in creditorẽ tranſlata videri poteſt *d. l. 9. § propriè & d. l. 35. §. 1. ſupr.* Nec eo minus tamen actio hypothecaria ei competit ad auocandam poſſeſſionem *dict. l. ſi cùm venditor.* cùm inter pignus & hypothecam nihil omnino interſit, quantum ad formulam & poteſtatẽ actionis hypothecariæ *l. 5. §. 1. infr. de pignor.* niſi quod magis propriè hypothecariã dicimus, quæ ex hypotheca naſcitur, vnde & nomẽ habet, quàm quæ ex pignore. Atqui non poteſt dici creditorem hoc caſu poſſeſſionem ſuam auocare, quam ſcilicet necdum habet hodie, nec vnquã habuit. Neceſſe igitur eſt, vt auocet poſſeſſionem alienam, id eſt, quę penes eum ſit, qui hypothecaria cõuenitur, ſiue debitor ille ſit, ſiue alius quilibet. Quidni ergo hoc ſaltem caſu ſufficiet creditori ad obtinendũ in hypothecaria, etiam contra tertium poſſeſſorem, vt debitoris ſui poſſeſſionem probet? Nã ſi contra debitorem ipſum agat, iam diximus ſufficere probationẽ poſſeſſionis, nec requiri probationẽ dominij, quia referre quæſtionẽ dominij debitor nõ poteſt: imò nec poſſeſſionis quam dicat ſe non habuiſſe tempore contracti pignoris, cùm conuenerit ipſe de pignore. Sufficit ergo creditori, vt probet cõuentionem, & præſentem debitoris poſſeſſionem, vt in aliis in rem actionib. *l. non aliàs 24. §. ſed ſi poſtulatur ſupr. de iudic. l. 1. C. de alienat. iudic. mut. cauſ. fact.* non autem quod conuentionis tempore debitor poſſederit. Et hoc ſuperioribus addendum eſt. Ad obiectionem verò Bartoli reſpondendum idipſum, quod iam diximus, etſi per hypothecariam nuda poſſeſſio auocatur, ad eũ tamen finem auocari, vt creditor vbi eam nactus erit, poſſit rem obligatam vendere, ac venditam emptori tradere: quod tamen non aliter fieri poteſt, quàm ſi per conuẽtionem pignoris res ipſa obligata afficiatur, nec tantùm rei poſſeſſio, ſed ipſa quoque res & proprietas obligetur, quod non alius facere poſſit, quàm qui eam rem conuentionis tempore ſaltem in bonis habuerit. In eóque maximè ac inter cætera differt pignoris & hypothecæ vindicatio à vindicatione dominij, quæ non fit in ordine, vt loquuntur, ad venditionem, ſed tantùm ad auocandam & retinendã poſſeſſionem. Adhuc inſtat Bartolus, vt probet ſufficere debere creditori hypothecariam contra tertium quoque exercenti, vt doceat de poſſeſſione ſola ſui debitoris, ex eo, quod tum quoque cùm debitor nudam rei quam obligauit, poſſeſſionem habuit, & perdidit, auocare tamen illã & recuperare potuit interdicto aliquo ex iis quæ prætor propoſuit ad recuperandã poſſeſſionẽ. Cur nõ igitur & creditor, inquit Bartolus, recuperare & auocare eandem poſſeſſionem poterit, ſi ponas, vt ponendum eſt, obligata ei fuiſſe bona omnia debitoris, ac proinde iura quoque & actiones, de quib. nemo dubitat, quin bonorum appellatione contineantur *l. bonorum 49. in fin. de verb. ſignific.* Sed reſpõdet, non cõpetere hoc caſu hypothecariam creditori, ſed tantummodò Saluianum interdictum. Æquè malè, vt iam oſtendimus. Nam & qui Saluiano interdicto ſiue directo ſiue vtili experitur de re pignori data, ſicuti probare cogitur rem pignori obligatam eſſe vtiliter, ita & probandum habet omni-

modo rem in bonis eius fuiſſe, qui aut expreſsè aut tacitè conuênit de piguore. Non enim minus proponitur Saluianum, quàm hypotbecaria actio in ordine ad venditionem pignoris, ac proinde nec minus iuris habere debet qui eo interdicto vitur, quàm qui proponit hypothecariam, nec leuioribus ouerari probaoonibus.

a *Non eſt idem dicendum ſi ego Titio.* RAT. DVB. Ex qua perſona quis lucrum ſentit, eius factum præſtare debet *l. ex qua perſona 149. de reg. iur.* præſertim qui lucrum ſentit tanquam beres defuncti. Cenſentur enim beres & defunctus vna eadémque propemodum perſona, vt Iuſtinianus ait *Nouel. 48. de iureiur. à moriente præſtit. in princ. l. heres & hereditas 22. infr. de vſucap.* Ergo ſi Titio, qui rem meam ſine voluntate mea obligauerat, beres extitero, dicendum eſt perinde contra me dandam eſſe creditori vtilem pignoratitiam, atq; ſi rem Titij ego pignori dediſſem, deinde ei beres extitiſſem. Vtroque ſi quidem caſu euenit ex poſtfacto, vt idem ſit dominus, qui & pecuniam debet. Et verò qui defuncto ſuccedit, an non hoc ipſo rata videtur habere omnia, quæ defunctus geſſit? *l. ſolutum 11. §. ſolutam ſup. l. vlt. infr. rat. rem haber.* Non magis igitur permittendũ ei eſt, vt defunctum, quàm vt ſeipſum arguat de mendacio: quod & interpretes ad hunc locum ex hoc textu notant, & ex *l. ſi creditorib. 5. C. de ſeruo pignor. dat. manum.* Atque ita ſenſit proculdubio Modeſtinus in *l. ſi Titio 22. infr. de pignor.* vbi hanc ipſam ſpeciem tractans, ſi Titio qui rem meam ignorante me creditori ſuo obligauerat, heres extitero, ait, ex poſtfacto pignus quidem directo non conualeſcere, ſed vtilẽ pignoratitiam contra me dandam eſſe creditori. Nec dici poteſt quãtopere ſe torqueãt interpretes, vt legem illam cum hac, id eſt, Modeſtinum cum Paulo cõcilient, vt videre eſt apud Accurſium, qui tam hîc quàm in *d. l. ſi Titio*, varios adfert cõciliationis modos, quos tamen omnes improbat, vno illo excepto, in quo & conſiſtere tandem videtur, & quem ſolum Bartolus probat, vt quamuis vterque locus de actione pignoratitia loquatur, Paulus tamen hîc intelligi debeat de hypothecaria, Modeſtin' verò de perſonali pignoratitia cõtraria per quam aſſequatur, vt debitor vel aliud pignus det æquè bonum, vel quãti creditoris ob eam cauſam intererit præſtare teneatur. Cùm tamen ſi titulos inſpicimus, ſub quibus leges collocatæ ſunt, debuiſſent potius interpretari Paulum de perſonali actione pignoratitia ſiue directa, ſiue cõtraria de qua hic titulus eſt, Modeſtinum verò de reali & hypothecaria. Nec melius alij ſententiã Pauli ad iuris rigorẽ referunt, Modeſtini verò ad æquitatem. Nam cùm vtroque loco agatur de pignoratitia vtili, apparet quæſtionẽ eſſe tantùm de æquitate, ex qua ſcilicet vtiles omnes actiones æſtimantur *d. l. quoties 21. de præſcript. verb. l. 2. §. item Varus de aqua & aqua pluu. arcend.* Inſpecta ſiquidẽ mera iuris ratione, Paulus & Modeſtinus conſentiunt directam hypothecariam competere non poſſe ex contractu, quo res aliena fuerit pignori data. Fatendũ igitur eſt, diſſentire omnino Modeſtinum à Paulo. Quod & vir doctiſſimus Iac. Cuiacius fatetur *libr. 19. Obſeru. c. 26.* ſed ait differentiam, quæ Pauli temporib. inter hos duos caſus fuit, & quam, ſi ei credimus, nec ignorauit Moedſtinus, nec prætermiſit, poſtea ſublatã fuiſſe temporib. Modeſtini, quem ait & Pauli ſtudioſiſſimum fuiſſe, & ad Gordiani vſque tempora perueniſſe ex *l. 5. C. ad exhib.* Quaſi verò non ad eadem vſq; tempora, Paulus quoque & Vlpianus qui coætanei fuerunt, non peruenerint, quorum vterque admodum ſenex ſub Gordiano præfecturam geſſit, in qua & Vlp. per ſeditionem à militibus interfectus fuit, vt ab iis proditum eſt, qui de ipſorum vita & obitu ſcripſere. Satiſque probabile eſt, Modeſtinum, qui Vlpiani diſcipulus & ſectator perpetuus fuit, diſſẽſiſſe in hac quæſtione à Paulo, à quo & Vlpianus tã ſæpe tãque facile diſſentiebat, ſicut & Paulus à Papiniano, quem maiore ſemper veneratione Vlpian. habuit. Vtut ſit, magna hîc & euidens diſſentiendi cauſa ſuberat. Modeſtino enim ſatis eſſe videbatur ad dandam creditori vtilem pignoratitiam, id eſt, hypothecariam actionem, vt idem eſſet dominus pignoris, qui & pecuniam deberet, ſiue conueniſſet ipſe de pignore, ſiue ei qui conuenerat, iure præſertim hereditario ſucceſſiſſet, quia cogendus ſit heres omnimodo ratum habere factum defuncti *l. cùm à matre 14. C. de rei vindic. l. venditrici 3. C. de reb. alien. non alienand. l. 3. §. 1. infr. de except. rei vendit. & tradit.* vbi dicit Vlp. quod ad rem noſtram maximè pertinet, nõ ſolùm ſi alienum fundum vendideris, & tuum factum poſtea petas, exceptione rei venditæ & traditæ repelli te debere, ſed etſi dominus fundi heres ei extiterit, qui alienam rem vendiderat, idem eſſe dicẽdum. Quo ex loco poteſt colligi, nullam Vlpianum inter hos caſus differentiam conſtituiſſe. Paulus verò longè ſubtilius, vt mihi quidem videtur, negat ſufficere ad dandam vtilem hypothecariam creditori, vt idem ſit dominus & debitor, ſed multùm referre putat, an ille ipſe qui conuênit de piguore rei alienæ domino ſucceſſerit, vt in priore huius legis ſpecie, an verò dominus ſucceſſerit debitori. Priore caſu dat vtilem creditori pignoratitiam actionem. Nam & cùm quis rẽ alienam vẽdidit, ſi medio tempore, id eſt, ante traditam eam domino heres extiterit, idem Paulus reſpondit cogendum eum implere vẽditionem, id eſt, vt rẽ tradat in *l. ſi quis alienam 46. infr. de act. empt.* At poſteriore caſu negat idem dicẽdum eſſe. Et rationẽ diuerſitatis adfert, quoniã priore caſu improbus eſt debitor, qui reſiſtit, quominus vtilis actio cõtra ipſum moueatur. Ideò autẽ improbus, nõ quòd nolit creditori ſatisfacere, cùm ſit debitor & dominus, ſed quia cũ ipſe cõuenerit de pignore, arguit ſe de proprio mendacio negando eſſe vtiliter obligatã rem alienã quam ipſe obligauerat quaſi ſuam. Poſteriore autẽ caſu nullũ mendacium eſt, & cõſequenter nulla improbitas debitoris, tametſi eo tẽpore quo cõuenitur, & domin' & debitor inueniatur. Nõ eſt igitur hoc modo cõcedenda pignoris perſecutio creditori, nõ ſolũ directa, de qua nemo dubitare poſſit, cũ pignus ab initio non conſtiterit, ſed nec vtilis, de qua ſola Paulus tractat, cũ hanc ſpeciẽ opponat priori, in qua de vtili ſola reſpõderat. Et hanc differẽtiæ rationẽ perſtringit eleganter & breuiter, ſed ſubobſcurè ſuo more ab illis verbis *nec vtique ſufficit* ad finẽ vſque legis. Vbi quod ait, *ſed ſi conueniſſet* faciliorẽ interpretationẽ habuiſſet, ſi ſcripſiſſet quomodo ſenſit haud dubiè, *ſed cùm conuênit.* Ea namq; verba totúmq; hunc poſtremum verſiculũ retuliſſent interpretes, quomodo referri debet ad priorẽ ſpeciem huius legis de debitore qui heres extitit domino, nõ ad poſteriorẽ de domino, qui heres extitit debitori, de quo tamen & Accurſ. & Bart. totam hanc poſtremam legis partem intelligunt, quaſi totius legis duæ ſint partes, prima quãdo dominium ſuperuenit debitori, ſecũda quando debitum, vt Bartolus loquitur, ſuperuenit domino, qui ſucceſſerit debitori, ſed rurſus ſecunda ſubdiui-

datur in alias duas partes, prima, inquit, quando res fuit obligata ſimpliciter, ſecunda, quando ille qui obligauit, expreſsè ſe aſſeruit eſſe dominum. Indeque nimirum occaſionem ſumunt quærendi, an liceat heredi arguere mendacium defuncti, tanquam ſi verba illa *vt ex ſuo mendacio arguatur*, duplicem ſenſum in recta Grãmatica recipere poſſint, vnum de mendacio heredis, alterum de mendacio defuncti, in quo ſe non minùs malos Grammaticos, quàm Iureconſultos profitentur. Nam neque de herede, neque de defuncto ea verba intelligi debent, ſed de debitore qui rem alienam quaſi ſuam obligauit, ac poſteà domino heres extitit, vt interpretati ſumus. Quòd ſi cum Cuiacio pro tuenda Modeſtini ſententia obiicias, æquum eſſe, vt heres ratum habeat factum defuncti: reſpondebo id quidem verum eſſe quantum ad hoc, vt heres agens & veniens contra factum defuncti repellendus ſit exceptione doli mali *d. l. 1. de except. rei vendit. & tradit. d. l. cùm à matre 14. Cod. de rei vindic. l. venditrici 3. Cod. de reb. alien. non alienand. leg. vindicantem 17. leg. Seia 72. infr. de euict. leg. item ſi filiusfamilias 7. alias leg. ſed Iulianus §. ſed etſi filiusfamilias infr. de SC. Maced.* ſed non vt ideò contra heredem agi poſſit ex defuncti contractu qui non conſtitit. Neque rurſus verum eſt ſucceſſionem habere vim ratihabitionis in iis quæ defunctus geſſit ſuo nomine, ſed in iis tantùm quæ geſſit nomine heredis ſui, puta ſi eius quoque bona obligauerit, quod facere ſuo iure poteſt *leg. Paulus reſpondit 29. in princip. & §. 1. infr. de pignor.* Negotium enim quod meo nomine geſtum non eſt, non poſſum ego ratum habendo facere meum *leg. ſi pupilli 6. §. ſed ſi egò ſupr. de negot. geſt.* Et ita intelligi debet, quod ſcriptum eſt in *l. aliena res 20. ſupr. hoc tit.* pignus in aliena re conſtitutum per ſubſecutam domini ratihabitionem confirmari.

42. PAPINIANVS libro 3. Reſponſorum.

CReditor iudicio, quod de pignore dato proponitur, vt ſuperfluum pretij cum vſuris reſtituat iure cogitur. nec audiendus erit, ſi velit emptorem delegare: cùm in venditione, quæ fit, ex facto ſuum creditor negotium gerat.

*Ad l. Creditor 42.*

Non eſt quòd longiores ſimus in huius legis interpretatione. Eſt enim à nobis fuſiùs explicata in *l. eleganter 24. §. ſi vendiderit ſupr.* qui locus pugnare cum hac lege ex diametro videbatur. Oſtendimus autem ibi locum illum à Triboniano corruptum fuiſſe, & legem hanc emendandam eſſe in illis verbis, *ex facto*, quæ ſunt in Pandect. Florent. legendumq; *ex pacto* quod & ante nos Iacobus Cuiacius feliciter obſeruauit, non vt in libro Accurſij, & vulgata editione *in venditione ritè facta*. Nam cùm dubitandi ratio ad hanc legem illa eſſet quòd quoties non alia de cauſa quis tenetur, quàm quòd actionem habeat, delegatio pro iuſta præſtatione eſt, vt Papinianus noſter cuius hæc lex eſt, ſcribit in *l. quod debetur 51. infr. de pecul.* In propoſito autem creditor qui pignus vendidit pluris quàm ei debitum eſſet, non aliam ob cauſam pignoratitia actione teneri videbatur, vt ſuperfluum precij redderet, quàm quòd eo nomine contra emptorem pignoris actionem ex vendito partam paratámque haberet, videbatur ſanè audiendus volens emptorem delegare, Papinianus ſubtiliter animaduertit, imò verò creditorem qui ex pacto pignus vendidit, id eſt, non tantùm iure creditoris, ſed etiam iure conuentionis non tam debitoris ſui quàm proprium ſuum negotium geſſiſſe: ideóque cogendum eum, vt ſuperfluum precij præcisè ipſe reſtituat pignoratitia actione, hoc eſt, eam quantitatem qua precium excedit ſummam debiti. Itaque tota ratio decidendi continetur iis verbis *in venditione quæ fit ex pacto*, vt intelligamus aliud reſponſurum fuiſſe Papinianum in venditione, quæ non ex pacto, ſed tantùm ex neceſſitate iuris facta fuiſſet, quamuis creditore ipſo diſtrahente iure creditoris. Siue autem hoc ſine illo modo facta venditio ſit, ponendum neceſſariò eſt, ritè factam venditionem fuiſſe. Alioqui non ſolùm de ſuperfluo precij quærendum non eſſet, ſed neque de precio, quippe quod ex venditione nulla & non ritè facta deberi nullum poteſt: ideóque nec de emptore delegando, qui debitor non eſſet, non magis quàm ſi totum precium ſoluiſſet, vt in *leg. vlt. Cod. ſi vendit. pignor. agat.* niſi fortè paratus eſſet debitor ratam habere venditionem, quamuis malè factam precium exigendo, vt in *leg. ſeruum Titij 49. infr. mandat.* Nam & cùm creditor pignus ex pacto vendit, vtique vendit quaſi procurator creditoris, licèt ſui non alieni negotij gerendi cauſa *leg. ſi pignori 29. in fin. ſupr. famil. erciſc.* ac proinde nihil impedit, quominùs eam venditionem ratam habere debitor poſſit, ac ſi eius nomine geſta eſſet *leg. ſi pupilli 6. §. item quæritur 9. ſupr. de negot. geſt.* Ex quo apparet Accurſianam lectionem, & conſequenter interpretationem, non modò mendoſam eſſe, ſed etiam improbabilem prorſus, & ineptam: ſicut & tot conciliationes quas bonus Accurſius conquirit vndique, vt Papinianum cum Vlpiano conciliet, & quas tamen omnes Caſtrenſis hîc congerit, vt ex multis diſtinctionibus vnam efficiat, quam hîc refellere nihil attinet, cùm ex iis quæ iam diximus ad *dict. §. ſi vendiderit leg. eleganter 24. ſupr.* ſatis ſuperque refutata ſit.

43. SCÆVOLA libro 3. Digeſtorum.

LOcum purum pignori creditori obligauit, eíque inſtrumentum emptionis tradidit: & cùm eum locum inædificare vellet, mota ſibi controuerſia à vicino de latitudine, quod aliàs probare non poterat, petiit à creditore, vt inſtrumentum à ſe traditum auctionis exhiberet. quo non exhibente, minorem locum ædificauit: atque ita damnum paſſus eſt. quæſitum eſt, an, ſi creditor pecuniam petat, vel pignus vendicet, doli exceptione poſita, iudex huius damni ra-

tionem habere debeat. reſpondit, ſi operam non dediſſet, vt inſtrumenti facultate ſubducta, debitor caperetur, poſſe debitorem, ſi pecuniam ſoluat, pignoratitia agere: opera autem in eo data, tunc & ante pecuniam ſolutam, in id, quod intereſt, cum creditore agi.

*Ad l. Pignori 43. & vlt.*

RAT. DVB. Non debet creditor recuſare quominùs id ſaltem præſtet debitori, quod ſine ipſius creditoris diſpendio futurum ſit *leg. in creditore 38. in fin. ſupr. de euict.* Atqui nihil intereſt creditoris, vt emptionis & authoritatis inſtrumentum ſibi à debitore traditum exhibeat, quoties eo indiget debitor, vt ſuam præſertim & pignoris cauſam meliorem faciat, puta vt in eo fundo quem pignori dederat ędificet, ſi fortè mota ei ſit à vicino controuerſia de latitudine, quam aliàs probare non poſſit. Ergo ſi ob non exhibitum à creditore emptionis & authoritatis inſtrumentum debitor minorem locum ædificare coactus, atque ita damnum paſſus ſit, damni huius rationem in perſona debitoris haberi æquum eſt, vt creditor ſiue pecuniam petat, ſiue pignus vindicet oppoſita doli mali exceptione repellatur, ſi nõ hoc damnum ſarcire ac præſtare paratus ſit. Maximè cùm ex parte debitoris non modò iuſta, ſed etiam neceſſaria cauſa fuerit petendæ exhibitionis, quam nec denegari vnquam oportet iis quorum ex aliqua iuſta & honeſta cauſa intereſt *l. argentarius 10. in princip. ſupr. de edend. l. ſi quæ ſint cautiones 5. ſupr. famil. erciſc. l. 3. §. ſciendum & paſſ. ad e. hib. l. inſtrumenta 24. C. de fideic.* Quis verò non videt, intereſſe hoc caſu debitoris, cùm is inſtrumentorum ad pignoris cauſam pertinentium, non minùs quàm pignoris dominus manſerit? Imò etiam creditoris, cui vtique non licuit per huiuſmodi exhibitionis denegationem, ius & cauſam pignoris diminuere *l. creditor 7. Cod. hoc tit.* Quid enim ex ea denegatione ſenſit commodi, niſi quod debitori nocuit? Atqui malitiis indulgendum non eſt *l. in fundo 38. ſupr. de rei vindic.* DEC. Non facilè cenſendus eſt creditor exhibitionem inſtrumenti denegaſſe dolo malo, ex qua etiam lucrum ipſe & commodum aliquod ſperare potuiſſet, meliore facto per debitoris ædificationem pignore, vt non tantùm debitori, ſed ſibi etiam ipſi noceret. Qui enim dolum allegat, dolum probare debet *l. in exceptionibus 19. §. qui dolo de probat.* nec facilè quiſquam ſuum iactare, & vtilitates ſuas negligere præſumendus eſt *l. cùm de indebito 25. eod. tit.* Ergo ſi non probetur creditor data opera & dolo malo exhibitionem inſtrumenti denegaſſe, vt eius facultate ſubducta debitor caperetur, & in damnum incideret, nihil cauſæ eſt, cur non ei licere debeat pecuniam totam petere, aut pignus vindicare, quouſque totum ei debitum ſolutum ſit, aut aliter eo nomine ſatisfactum, quo demùm ſecuto pignoratitia agere debitor poterit. Poteſt enim variis ex cauſis fieri, vt exhibere inſtrumentum venditionis creditor non potuerit eo tempore, quo exhibitio petebatur, ita vt non modò nullus dolus, ſed neque culpa vlla creditori obiici eo nomine poſſit. Quid enim ſi habuit in alia prouincia, vnde aſportari tam citò non potuerit, vt in *l. ille à quo 13. §. ſi de teſtamento infr. ad SC. Trebell?* Quid ſi in loco ad quem non pateat libera acceſſus? Quid denique ſi tale quid aliud ſimile, vt in *l. ſciendum 21. & ſeq. infr. de vſur?* Planè ſi creditor doloſè ac malitioſè hanc exhibitionem denegauit, aut, quod effectu penè idem eſt, diſtulit, tum verò id obtinebit, quod ſuprà obiecimus non eſſe malitiis indulgendum, & ex hac cauſa poterit debitor cum creditore agere in id quod intereſt, vt pleniſſimam indemnitatem conſequatur, adeoque quod magis mirum eſt, etiam ante ſolutam pecuniam, vt Scæuola hîc reſpondit. Sed quanam actione? An fortè de dolo, cùm ponamus dolum interceſſiſſe? Minimè verò. Non enim ad inducendam actionem de dolo ſufficit dolum admiſſum eſſe, ſed illud prætereà concurrere neceſſe eſt, vt dolus ille nulla alia actione vindicari poſſit, ne quidem ſubſidiaria & extraordinaria *leg. 1. §. ait Prætor & §. idem Pomponius & paſſ. ſupr. de dolo.* Atqui in propoſita ſpecie competit pignoratitia, & quidem directa, de qua & in proximo verſiculo egit Scæuola, in quam cùm etiam leuis culpa veniat, multò magis dolus *l. ſi cùm venderet 13. §. 1. ſupr.* cùm dolus omnis in ſe includat culpam *l. 5. § nunc videndum ſupr. tit. prox. l. ſi ſeruus 31. ſupr. hoc tit. l. contractus 23. de regul. iur.* Ratio tamen dubitandi illa hîc ſubeſt, quòd non datur pignoratitia directa debitori contra creditorem, niſi poſtquàm ſoluta eſt omnis pecunia debita, vel aliter eo nomine ſatisfactum fuit *l. ſi rem 9. § omnis pecunia ſupr. l. quamdiu 6. C. de diſtract. pignor.* Sed id ad vrgendam pignoris reſtitutionem pertinet, non ad indemnitatem petendam, ſi quid interim dolo malo creditoris abſit debitori, vt bene Bartolus interpretatur. Addit tamen Bartolus, non eſſe cogendum creditorem, vt venditionis inſtrumentum debitori exhibeat, tum quoque cùm exhibere & poteſt, & debet, niſi oblata per debitorem cautione de eo quandocunque creditori reſtituendo ex *leg. quamuis 6. ſupr.* Nec improbabiliter ſi locus ille Triboniani non eſſet, magis quàm Pomponij, vt ad eum docuimus. Facit tamen non malè pro hac Bartoli ſententia, quæ & nobis probatur, quod ſcriptum eſt in *l. ſi quæ ſint cautiones 5. ſupr. famil. erciſc.* in illis verbis *cautione interpoſita vt cum res exegerit ipſa exhibeantur: & dict. l. inſtrumenta 24. Cod. de fideicommiſſ.* Adde *l. ſi cùm conuenit 20. infr. de pignor.*

1 ¶ Titius cùm pecuniam mutuam accepit à Caio Seio ſub pignore culleorum: iſtos culleos cùm Seius in horreo haberet, miſſus ex officio annonæ cẽturio culleos ad annonam ſuſtulit: ac poſtea inſtantia Caij Seij creditoris recuperati ſunt. quæro, intertrituram, quæ ex operis facta eſt, vtrum Titius debitor, an Seius creditor adgnoſcere debeat. reſpondit, ſecundùm ea, quæ proponerentur, ob id, quod eo nomine intertrimenti accidiſſet, non teneri.

*Ad §. 1. Titius*

*Ad §. 1. Titius.*

RAT. DVB. Non videtur reddi dos quæ deterior redditur, ſiue pignorata fuerit, ſiue depoſita, ſiue commodata *l. 3. §. ſi reddita ſupr. tit. prox. l. 1. §. ſi res depoſita 16. infr. depoſit. l. eleganter 14. §. vlt. ſupr. hoc titul.* Atqui ponimus culleos, ſub quorum pignore pecuniam mutuam Titius à Caio Seio acceperat, & ſublato à cẽturione, miſſo ex officio annonæ ad annonam (ſeruabatur enim vinum & geſtabatur in culleis *l. legatum 17. §. 1. infr. de ann. legat.*) ex iis operis deteriores factos eſſe durante cauſa pignoris. Ergo quamuis eos poſtea Caius Seius à cẽturione recuperauerit, dicendum eſt, Caium Seium interrituram illam, quæ ex iis operis facta eſt, aut, vt aliàs loqui prudentes ſolent, intertrimentum illud agnoſcere debere, non Titium debitorem, cui ablati cullei non ſunt, quos eo tempore non poſſidebat.

DEC. Creditor qui pignus à debitore accepit, nõ tenetur, niſi de dolo & culpa leui, ſi qua ratione pignus interim deterius factum ſit *l. ſi cùm venderet 13. §. 1. ſupr. hoc tit. l. 5. § nunc videndum 1. ſupr. tit. prox l. contractus 23. de reg. iur. l. creditor 7 & ſeq. C. hoc tit.* Atqui neque dolus vllus, neque culpa vlla eſt eius, qui iuſſu magiſtratus & ad cauſam ac vtilitatem publicam annonæ culleos ſibi pignoratos tradidit, quamuis ex eo deteriores facti ſint, cùm parêre habuerit neceſſe *l. non videntur data 167. §. 1. de regul. iur. l. ſi quis 7. §. doli mali ſupr. de iuriſd. l. aut prætor 7. §. ſed etſi verſic. quid tamen ſupr. de minor. l. vlt. de leg. commiſſ. l. 4. in princ. de aqua & aquæ pluu. arcend. leg. iniuriarum 13. §. ſi quis quid decreto infr. de iniur.* Ergo cum nihil hoc caſu creditori poſſit imputari, periculum interrituræ ad eum pertinere non debet, ſed ad debitorem, non quia ei aliquid imputari magis poſſit, ſed quia dominus eſt. Ad quem enim alium potius quàm ad dominum pertinere debeat periculum caſus fortuiti *l. pignus 9. cum l. præced. Cod. hoc tit. & d. l. contractus.* In propoſita verò ſpecie illud etiam facit pro creditore, quod ad eius inſtantiam cullei recuperati fuerant, vt appareret nihil ei poſſe imputari, quamquam nec erat neceſſe, vt in recuperãdis culleis diligentiam vllam præſtaret: ſufficit enim vt nihil ei imputari poſſit. Itaque ſi recuperare culleos non potuiſſet, idem tamen dicendum eſſet. Erant autem cullei non tantùm vinarij de quib. in *dict. leg. legatum 17. §. 1. de ann. legat.* ſed etiam frumentarij de quibus in *l. quæſitum 12. §. 1. infr. de inſtruct. & inſtrum. legat.* & culleum aut culeum dicebant veteres vtrem ex corio factum, vt ex Iſidoro docet hîc Gothofredus, quod nec Accurſius noſter ignorauit. Hinc verò infert Bartolus nec malè, poſſe officialem propter vtilitatem publicam capere res priuatorum, data tamen mercede de publico, ex *leg 2 Cod. pro quib. cauſ. ſerui pro præm. libert. accip. l. item ſi verberatum 15. §. 1. ſupr. de rei vindic. l. ſi locus 14 §. 1. quemadm. ſeruit. amitt.* Quod tamen quantum ad dandam mercedem non ſeruari de cõſuetudine idem Bartolus poſt Accurſium notat. Plus dicit Bartolus, poſſe etiam Magiſtratus authoritate iuberi quem vt condemnato caput amputet, vel eum furca ſuſpendat, ſi modò, inquit, vtilis perſona ſit. Hoc enim facit vtilitas publica, cuius gratia conſtat alia quàm plurima contra iuris ciuilis rationem & conſtituta & recepta eſſe *leg ita vulneratus 51. §. vlt. ſupr. ad leg Aquil.* Iuris enim communis ratio ſanè repugnat *leg. 1. & 2. Cod. ne liber. aut ingen. lib. x. & ne oper. à collat. exig. & tit. ne ruſtic. ad offic. vel. reuoc. per tot.* Iunge *Nouell. de ſanctiſſ. Epiſc. §. ſi monachus igitur.*

NR 1318873

Digitized by Google

Google

XX
F
30

Digitized by Google